

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ROGÉRIO HIDEAKI NOMURA

**Os reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada
tributária**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

ROGÉRIO HIDEAKI NOMURA

**Os reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada
tributária**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, área de Direito Constitucional e Processual Tributário, sob orientação da Profa. Dra. Isabela Bonfá de Jesus.

SÃO PAULO

2017

Banca Examinadora

Dedico este trabalho ao meu pai, Hitomi Nomura (*in memorian*). Como quando em vida, certamente, sempre me acompanha. Também, ao meu filho *Makoto*. Mesmo não tendo a permissão de vir ao mundo, foi e sempre será nossa inspiração.

AGRADECIMENTOS

Concluir um trabalho traz uma sensação de superação pessoal, especialmente quando se tem a certeza de que obstáculos foram vencidos e dificuldades foram suportadas. E o ensinamento que vem à tona, por vezes esquecido, é que dificuldades constituem aprimoramento natural da vida. Eis a minha sensação.

A superação pessoal e, conseqüentemente, a satisfação intelectual, vale dizer, materializada nas páginas seguintes, somente foi possível pela importante participação de diversas pessoas, sem as quais os objetivos pretendidos no projeto inicial não teriam sido alcançados.

Antes de tudo, agradeço imensamente a Deus pela luz e pela proteção.

À minha mãe, aos meus irmãos, às minhas tias e aos meus tios, pelo apoio e incentivo. À minha sogra, Eulália Branquinho (dona Lola), pelas constantes orações.

Meu infinito amor à minha esposa, Georgiana, e ao meu filho, Heitor. Inegavelmente, o carinho, o companheirismo, o apoio e a compreensão de vocês nas horas de ausência foram imprescindíveis para a conclusão deste trabalho, inclusive para superação das dificuldades. E ao novo ser que, num momento mágico, brotou em nossas vidas e, brevemente, alegrará a vida de nossa família.

Minha eterna gratidão e reverência aos Professores Drs. Elizabeth Nazar Carrazza e Renato Lopes Becho, pela confiança e oportunidade que me foi conferida e pelos ensinamentos proferidos em suas aulas.

Registro também meu imenso e eterno agradecimento à Professora Dra. Isabela Bonfá de Jesus, pelas valiosas e imprescindíveis orientações.

À Professora Dra. Luiza Nagib, que, embora não tenha sido minha orientadora, as orientações dadas no início do curso e sua participação em minha banca de qualificação contribuíram valiosamente para o aprimoramento deste trabalho.

Ao meu grande amigo Marcio Cesar Costa, exemplo de força e superação, pelo incentivo e importante apoio.

Minha gratidão e respeito aos professores do Curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, verdadeiros baluartes da educação e da ciência jurídica, com destaque especial aos Professores Drs. Roque Antonio Carrazza, Cláudio De Cicco e Thais Helena Morando. Também agradeço os Professores Assistentes Bata Simões, Carlos Daniel e Dalton Oliveira.

Meus sinceros agradecimentos aos advogados Nelson Wilians Fraton Rodrigues e Rafael Sganzerla Durand, sócios do escritório, e aos meus companheiros de trabalho, pelo apoio e suporte.

Meu agradecimento final aos colegas do Curso de Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo pelos instigantes debates dentro e fora da sala de aula.

E a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para o desenvolvimento deste trabalho.

Muito obrigado a todos.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar os reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal, exaradas em controle de constitucionalidade, sobre os efeitos prospectivos das decisões de mérito, já transitadas em julgado, proferidas em demandas individuais envolvendo relação jurídica tributária de trato continuado ou sucessivo. O estudo do comportamento da coisa julgada ante as soluções definitivas tomadas pela Suprema Corte é relevante, em razão do necessário estabelecimento de uma solução que, de um lado, atenda certos princípios, e de outro, favorece a estabilidade das relações jurídicas. Essencial para a realização deste trabalho foi o estudo dos princípios da segurança jurídica, da igualdade, da legalidade, da universalidade da jurisdição, bem como de outros assuntos relacionados ao objeto analisado, além da exposição de algumas posições da doutrina e da jurisprudência. Concluiu-se que as decisões do Supremo Tribunal Federal exercem substancial influência sobre os efeitos futuros das decisões de mérito já transitadas em julgado oriundas de demandas individuais, cujos efeitos cessar-se-ão, após a publicação de Resolução do Senado Federal ou de acórdão emanado pela Suprema Corte em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, a partir de uma nova decisão proferida em ação judicial própria.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito; Segurança Jurídica, Igualdade, Legalidade, Universalidade da Jurisdição, Relação Jurídica Tributária continuativa; Coisa Julgada; Controle de Constitucionalidade; Valorização do Precedente Judicial no novo CPC/2015; Parecer PGFN/CRJ/Nº 439/2011.

ABSTRACT

The purpose of this essay is to analyze the reflexes of Federal Supreme Court's decisions pronounced within the framework of constitutional control on the prospective effects of final and unappealable decisions on the merits rendered in individual cases which involve a continuous or successive tax law relationship. The study of the behavior of the *res judicata* on the definitive solutions given by the Supreme Court is relevant due to the necessary provision of a solution that, on the one hand, meets certain principles, and on the other, favors the stability of legal relations. Essential to the accomplishment of this work was the study of the principles of Legal Security, Equality, Legality, Universal Jurisdiction, as well as other subjects related to the matter analyzed, and the exposition of some doctrinal positions and jurisprudence. It was concluded that Federal Supreme Court's decisions have a substantial influence on the future effects of unappealable decisions on the merits resulting from individual lawsuits, the effects of which will cease after the publication of a Federal Senate Resolution or a judgment issued by the Supreme Court in diffuse or abstract constitutional control when a new decision is rendered in another lawsuit.

Keywords: Democratic State of Law; Legal Security, Equality, Legality, Universal Jurisdiction, Continuous Tax Law Relationship; *Res judicata*; Constitutional Control; Valuation of the Legal Precedent in the new CPC / 2015; Opinion PGFN / CRJ / No. 439/2011.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1. ESTADO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA	14
1.1. Princípio da Legalidade	22
1.2. Princípio da Igualdade	27
1.3. Princípio da Universalidade da Jurisdição	31
2. RELAÇÃO JURÍDICA	34
2.1. Relação jurídica tributária.....	36
2.2. Espécies de relação jurídica tributária	42
2.3. Processo e relação jurídica processual.....	48
2.3.1. Breves notas sobre jurisdição, processo e ação	50
2.3.2. O provimento final de mérito.....	53
2.4. A relação entre o direito material e o direito processual	55
3. A COISA JULGADA.....	59
3.1. Breve histórico.....	59
3.2. A coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro	67
3.3. Definição e finalidade	68
3.4. Inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil sobre a coisa julgada	70
3.5. Coisa julgada formal e coisa julgada material	74
3.6. Efeitos negativos e positivos da coisa julgada.....	77
3.7. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada.....	80
3.8. Eficácia temporal da coisa julgada e a cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	82
4. A COISA JULGADA FORMADA EM AÇÕES ENVOLVENDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA	87
4.1. Os limites objetivos da coisa julgada e a relação jurídica tributária sucessiva.....	88
4.2. A Súmula 239 do STF	92
4.3. A coisa julgada e a alteração superveniente da legislação.....	93
5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	98
5.1. Controle difuso de constitucionalidade.....	100

5.1.1. Incidente de arguição de inconstitucionalidade	103
5.1.2. O instituto da repercussão geral	105
5.1.3. Recurso extraordinário repetitivo	110
5.2. Controle concentrado de constitucionalidade	112
5.2.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).....	116
6. A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DE MÉRITO, EXARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO OU ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, SOBRE AS DECISÕES DE MÉRITO TRANSITADAS EM JULGADO PROFERIDAS PELOS DEMAIS ÓRGÃOS JUDICIAIS	119
6.1. A valorização do precedente judicial.....	137
6.2. O parecer PGFN nº 492/2011	141
CONCLUSÃO.....	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	163

INTRODUÇÃO

Um dos temas mais intrigantes e importantes para o sistema jurídico brasileiro, e que há muito tempo vem sendo objeto de discussão pela doutrina e pela jurisprudência, sem dúvida nenhuma, diz respeito à coisa julgada em matéria tributária.

Como sabido, a coisa julgada representa um dos instrumentos mais expressivos para busca da estabilidade das relações jurídicas, sendo certo que qualquer tentativa de suprimi-la, invariavelmente, representará verdadeira ofensa não só à Constituição Federal, mas, principalmente, ao próprio Estado de Direito.

Dentre as questões de relevo envolvendo a coisa julgada destaca-se o seu limite temporal, especialmente em se tratando de relação jurídica tributária de trato continuado ou sucessivo.

Como cediço, as sentenças de mérito de demandas individuais, via de regra, possuem efeitos para o passado, na medida em que o silogismo realizado pelo Estado-juiz reporta-se às circunstâncias fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes.

Por outro lado, admite-se que o julgado possua efeitos prospectivos (para o futuro), especialmente, quando o juízo de certeza contido na sentença disser respeito a relações jurídicas que se repetem no tempo, de forma continuada. Exemplo desta espécie de vínculo jurídico encontra-se fartamente no campo tributário, como o ICMS, o ISSQN, as contribuições previdenciárias, dentre outras exações fiscais.

Assim, um contribuinte que detém decisão de mérito transitada em julgado, na qual foi declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma norma jurídica, e a consequente inexistência de relação jurídica tributária com determinado Ente Político tributante, por certo, beneficiar-se-ão deste julgado relativamente aos fatos posteriores àquela decisão, ao menos enquanto se mantiverem as circunstâncias de fato e de direito expostos na respectiva demanda.

Entretanto, se para tal situação não se verificam maiores discordâncias, há, por outro lado, divergências a respeito da influência que as decisões do Supremo Tribunal Federal, exaradas em controle de constitucionalidade, exercem sobre os efeitos prospectivos das

sentenças de mérito, já transitadas em julgado, proferidas em demandas individuais e que tenham decidido de modo contrário àquele afirmado posteriormente pela Suprema Corte.

Uma análise, diga-se, apressada poderá levar ao entendimento de que, sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, cujo escopo é conferir estabilidade e continuidade da ordem jurídica, bem como a previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, as soluções adotadas pelo Supremo Tribunal Federal não causariam nenhuma interferência sobre os efeitos de uma decisão já transitada em julgado, não cessando, portanto, a eficácia vinculativa deste julgado.

Eis o interesse do desenvolvimento deste trabalho, cujo escopo é investigar o comportamento da coisa julgada, ou, propriamente, dos efeitos da sentença de mérito diante de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso e concentrado.

Para tal desiderato, no primeiro capítulo, abordaremos o Estado de Direito e a segurança jurídica, bem como os princípios da legalidade, da igualdade e da universalidade da jurisdição, os quais constituem, ao lado de outros princípios não menos importantes, verdadeiros instrumentos da desejada previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico.

No segundo capítulo, primeiramente, falaremos dos aspectos gerais da relação jurídica na doutrina civilista e, posteriormente, da obrigação tributária, seus elementos e seu nascimento, inclusive da classificação dos fatos geradores e das espécies de relações jurídicas tributárias. Ato contínuo, trataremos do processo como relação jurídica, em razão dos deveres de observância de certos atos e procedimentos legalmente estabelecidos; a distinção entre processo (como síntese da progressão jurídica) e relação processual (como progressão de atos e fatos estabelecidos por lei); a diferença entre relação jurídica processual e relação jurídica substancial; algumas notas acerca da jurisdição, processo e ação; e do provimento final de mérito. Após, procuraremos demonstrar a importância que o direito material exerce em relação ao direito processual, especialmente a compreensão desta última disciplina ante as peculiaridades do direito tributário, destacando-se, pois, a necessária inter-relação entre estes dois ramos do direito.

No terceiro capítulo abordaremos a coisa julgada e sua importância, bem como discorreremos brevemente acerca da evolução histórica deste instituto. Depois, trataremos da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro, sua definição e finalidade, as inovações

introduzidas pela Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) em relação à coisa julgada, seus limites e efeitos.

Adentrando no tema da coisa julgada em ações envolvendo matéria tributária, no quarto capítulo analisaremos os limites objetivos da coisa julgada referente a demandas que envolvem relações jurídicas tributárias continuativas ou sucessivas. Teceremos também breves considerações sobre a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal e a influência das alterações legislativas ocorridas após a formação da coisa julgada.

Em seguida, trataremos da jurisdição constitucional, das modalidades de controle de constitucionalidade, dos efeitos daí decorrentes e da força normativa dos respectivos julgados.

Ato contínuo, trataremos do tema central deste trabalho. Falaremos também acerca da força vinculativa dos precedentes judiciais. Teceremos, ainda, alguns comentários em relação ao Parecer PGFN/CRJ/Nº 439/2011 e apresentaremos algumas posições da doutrina a respeito do tema aqui proposto.

Por opção metodológica, o trabalho não abordará a relativização da coisa julgada, embora seja relacionada com o que foi aqui desenvolvido, por ser um tema de alta complexidade e que, por certo, merece estudo aprofundado e individualizado.

Por fim, cumpre registrar que o propósito deste trabalho não é esgotar o assunto que será aqui tratado, mas, sim, abordar seus principais aspectos de maneira a contribuir para as discussões acerca do tema proposto.

1. ESTADO DE DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA

A noção primeira de Estado de Direito surge a partir do momento em que o Estado não só criava a lei e a impunha aos seus súditos, como também se submetia à própria lei que criou.

Nesse sentido, pode-se afirmar que o Estado de Direito nasce pela noção de legalidade. É o que se infere das seguintes palavras de INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO:

Quanto às origens e ao seu desenvolvimento histórico, juristas, filósofos e cientistas políticos, sem discrepâncias, indicam o surgimento do *Estado de Direito* no momento que se consegue pôr freios à atividade estatal *por meio da lei*, vale dizer, no instante em que o próprio Estado se submete a leis por ele criadas, ainda que isso possa parecer um paradoxo, e tão embaraçoso paradoxo que o citado Legaz y Lacambra, como vimos, chegou a dizer que o Estado de Direito era um dos mistérios da ciência jurídico-política e compará-lo ao mistério teológico do Deus-Homem, que não obstante tenha criado a Natureza, a ela estaria submetido.¹ (destaques do autor)

Paralelamente à noção de legalidade, o Estado de Direito também passou a ser entendido como um Estado que não só criava e se submetia às suas próprias leis, mas também aquele que cumpria os atos que decorriam da aplicação da lei, vale dizer, que se submetia às decisões judiciais.

Eis as lições de GERALDO ATALIBA:

É corrente a afirmação de que o Estado de Direito é o que se subordina à lei. Tal concepção, entretanto, é equivocada, porque insuficiente. Equivocada na medida em que se ajusta à maioria dos Estados modernos, os quais sempre atuam de acordo com a lei.
[...]

Assim, também, para que se repute um Estado como de Direito é preciso que nele se reúna à característica da subordinação à lei a da submissão à jurisdição, nos termos postulados por Giorgio Balladore Pallieri [...].

Este notável publicista milanês insiste em que só é possível reconhecer Estado de Direito onde: a) o Estado se submete à jurisdição; b) a jurisdição deva aplicar a lei preexistente; c) a jurisdição seja exercida por uma magistratura imparcial (obviamente, independente), cercada de todas as garantias; d) o Estado a ela se submeta como qualquer *pars*, chamada a juízo em igualdade de condições com a outra *pars*.²

Na mesma linha de entendimento, ROQUE ANTONIO CARRAZZA afirma que “Estado de Direito é aquele que, tanto quanto os particulares, respeita as leis e as decisões

¹ *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 198.

² *República e Constituição*. 3. ed. Atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 120.

judiciais”.³

Pois bem. Uma das principais conquistas do Estado de Direito é a noção de segurança jurídica, a qual se firma não só no princípio da igualdade, mas também no princípio da certeza jurídica.

Essencialmente, a segurança jurídica tem a finalidade de assegurar que todos tenham prévio e pleno conhecimento de como comportarem-se e quais os resultados atribuídos pelo ordenamento jurídico sobre um dado comportamento.

Nesse sentido, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. assim observa:

Diz-se, assim, que a segurança depende de normas capazes de garantir o chamado câmbio das expectativas. Ora, como diz Radbruch, a segurança jurídica exige positividade do direito: se não se pode fixar o que é justo, ao menos que se determine o que é o jurídico. Segurança significa a clara determinação e proteção do direito contra o não direito, para todos. Na determinação do jurídico e, pois, na obtenção da segurança, a certeza é um elemento primordial. Por certeza entende-se a determinação permanente dos efeitos que o ordenamento jurídico atribui a um dado comportamento, de modo que o cidadão saiba ou possa saber de antemão a consequência das suas próprias ações. Ora, esta exigência vem satisfeita ao máximo quando o legislador não abandona a regulação dos comportamentos ao ajuizamento de caso por caso pelo aplicador, mas estabelece com uma norma a regulação de uma ação-tipo, de modo que nela caibam todas as ações concretas que ela inclui. A tipificação, nesse sentido, é garantia da certeza que é base da segurança. Mas a segurança só se obtém se, além da regulação de uma ação tipo, esta valer para todos igualmente. A igualdade é um atributo da segurança que diz respeito não ao conteúdo, mas ao destinatário das normas, garantindo segurança a norma que obedece o princípio da isonomia.⁴

Ou, como afirmou HELENO TAVEIRA TORRES, “a segurança jurídica tem por finalidade reduzir as incertezas decorrentes do ordenamento jurídico e preservar a confiança gerada sobre seu bom funcionamento, sem concessões para subjetivismos e tratamentos diferenciados, exceto nos casos autorizados pela Constituição”.⁵

Segundo REGINA HELENA COSTA, a segurança jurídica pode compreender as seguintes ideias:

- 1) a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;

³ *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 451.

⁴ *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*, 19/08/2014. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/156>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

⁵ *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 192-193.

- 2) a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
- 3) a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem na conservação de direito em face da lei nova;
- 4) a previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; e
- 5) a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.⁶

Além destas ideias ou manifestações de segurança jurídica, destaca-se também a proteção da confiança e da boa-fé, consistentes na garantia conferida ao cidadão contra modificações substanciais inesperadas, bem como na manutenção dos atos da administração, seja pelo decurso de tempo, seja pela sua prática reiterada.

HUMBERTO ÁVILA, em percuciente estudo sobre a proteção da confiança como manifestação de segurança jurídica, assim assevera:

Os atos administrativos funcionam como instrumentos garantidores de segurança de orientação e, precisamente por isso, não podem deixar de proteger a confiabilidade inerente ao seu próprio funcionamento.

[...]

Pode ocorrer que a Administração não tenha editado formalmente um ato administrativo, todavia tenha, durante um período, tornado visível seu entendimento geral sobre determinada matéria.

Os argumentos utilizados para justificar a proteção excepcional da confiança relativamente aos atos normativos servem para explicar a sua garantia relativamente à prática administrativa: também nesse caso – ainda que mais excepcionalmente, dada a falta de formalização e de publicação, que produzem uma maior confiabilidade à base normativa – pode haver proteção da confiança do contribuinte, desde que, porém, tenha havido, de sua parte, disposição dos seus direitos de liberdade e de propriedade com base na prática administrativa.

[...]

Os atos administrativos individuais, dirigidos a determinados contribuintes, criam uma “relação de confiança”, na medida em que conotam uma “pessoalidade”. A maior proximidade entre o Poder Público e o cidadão também instaura um compromisso entre eles e, por consequência, gera um dever de lealdade: o descumprimento de um compromisso é causa de deslealdade, a seu turno, violadora do princípio da moralidade administrativa. Exatamente em decorrência dessa proximidade é que se fala, no caso dos atos e dos contratos administrativos, em dever de boa-fé administrativa: a relação de proximidade entre Estado e contribuinte cria deveres recíprocos de lealdade que restringem ou que atenuam as próprias exigências de legalidade e de previsibilidade.⁷

Como se vê, o Estado não pode revogar ou rever *livremente* seus atos, ainda que sejam contrários ao Direito, pois, quanto maiores forem a aparência e a legitimidade do ato, a

⁶ *Curso de direito tributário*: Constituição e Código Tributário Nacional. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 77.

⁷ *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 458-477.

influência comportamental dele decorrente e a proximidade de sua eficácia no tempo, maiores serão as razões para a sua manutenção.

É como afirma, mais uma vez, HUMBERTO ÁVILA, no sentido de que “não se pode decretar a nulidade de uma atuação administrativa pelo simples fato de que ela é, do ponto de vista formal, contrária ao Direito”.⁸

Isto porque, continua o ilustre autor, “os direitos fundamentais e os princípios relacionados à atuação estatal são os fundamentos da aplicação reflexiva do princípio da segurança jurídica, é preciso ultrapassar a perspectiva meramente estatal e normativa em favor de uma perspectiva baseada na disposição dos contribuintes e na atuação séria, legal e justificada da administração”.⁹

A mesma proteção da confiança que se impõe aos atos administrativos em geral, também se aplica às decisões judiciais, cuja concretização, na nossa compreensão, pode se dar pela adoção de fundamentação suficiente e racional e pela proibição de mudanças jurisprudenciais retroativas que atinjam confianças legítimas.

Com efeito, a segurança jurídica impõe que o Direito seja determinado, previsível e estável, de modo a transmitir a todos a confiança de que suas expectativas não serão modificadas ou revogadas por atos estatais arbitrários.

É o que nos ensina ROQUE ANTONIO CARRAZZA:

Como se vê, o princípio da segurança jurídica é associado aos ideais de determinação, de estabilidade e de previsibilidade do Direito, em todas as suas dimensões. Assim, há de ser sempre levado em conta, inclusive, pelas leis, pelos atos administrativos *lato sensu* e pelas decisões judiciais.

[...]

Tudo isso nos conduz a ideia de que a segurança jurídica desemboca na confiança que as pessoas devem ter no Direito.

[...]

A proteção da confiança manifesta-se, inclusive, em matéria fiscal, na previsibilidade da ação do Estado. Permite que as pessoas planejem e organizem sua vida e seus negócios de acordo com as leis em vigor, cientes de que não serão surpreendidos por atos arbitrários, que venham a modificar ou revogar suas expectativas legítimas.¹⁰

De fato, a certeza, a igualdade e a confiança das pessoas no Direito constituem condições indispensáveis para que o homem possa conduzir, planejar e conformar sua vida de

⁸ *Teoria da segurança jurídica*, p. 476.

⁹ *Idem*, *ibidem*, p. 458-477.

¹⁰ *Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 483-484.

forma responsável, como bem anotou J.J. GOMES CANOTILHO.¹¹

Aliás, as dimensões *previsibilidade* e *estabilidade* do Direito, ínsitas da segurança jurídica, já foram objeto de consideração pelo Judiciário, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pelo seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro HERMAN BENJAMIN, nos autos do Recurso Especial nº 654.446/AL:

[...] A segurança jurídica é, simultaneamente, um dos mais festejados e cambiantes pilares do Estado de Direito Democrático. Expressão camaleônica na doutrina, legislação e jurisprudência, vem amiúde associada a um sistema normativo estabelecido em termos iguais para todos, por meio de normas suscetíveis de conhecimento pelos seus destinatários, de aplicação restrita a fatos e atos posteriores à sua vigência, dotadas de clareza e de certa estabilidade, e editadas por quem está constitucionalmente investido para tal (cf. Atilio Aníbal Alterini, *La Inseguridad Jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 19). O instituto é, como regra, atrelado à função legislativa e à função administrativa. Mas não há razão, em tempos de valorização da implementação judicial de direitos e obrigações (fala-se em "governo de juízes", cf. Gérard Farjat, *Pour un Droit Économique*, Paris, Puf, 2004, p. 193), para afastá-lo, ou mitigá-lo, no exercício da função jurisdicional pelo Estado.¹²

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o instituto da segurança jurídica tem ocupado lugar de destaque em diversas decisões proferidas pela Corte sobre variados temas,¹³ destacando-se, a título de ilustração, o emblemático julgamento da Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF, no qual foi decidida, dentre outras questões, a aplicação das mesmas regras de julgamento definidas pela Suprema Corte no caso *Collor* ao processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff.

Nesse sentido, cite-se trecho do voto proferido pelo Ministro Luis Roberto Barroso:

[...] 38. Assim, não há dúvida de que o STF, em 1992, validou a interpretação ora postulada nesta ADPF, no sentido de caber ao Senado instaurar ou não o processo de

¹¹ “O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito. Estes dois princípios – segurança jurídica e proteção da confiança – andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da proteção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *proteção da confiança* se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos” (*Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1999, p. 252) (destaques do autor).

¹² Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 10 maio 2017.

¹³ Dentre outros inúmeros julgados, citem-se como exemplos de recursos que trataram da segurança jurídica: Ag. Reg. em MS 28.223/DF – 24/03/2017 (Rel. Min. Rosa Weber); Ag. Reg. no RE com Agravo 783.248/PB – 18/11/2016 (Rel. Min. Edson Fachin); MS 25.430/DF – 26/11/2015 (Rel. Min. Eros Grau); Ag. Reg. em MS 26.271/DF – 04/12/2012 (Min. Rel. Celso de Mello); RE 566.621/RS – 04/08/2011 (Rel. Min. Ellen Gracie).

impeachment contra o Presidente da República, previamente autorizado pela Câmara. A reafirmação desse entendimento constitui valor em si mesmo: promove a segurança jurídica, conferindo estabilidade e isonomia à prestação jurisdicional. Não é possível, portanto, que o Tribunal simplesmente adote, na presente ação, orientação diversa da que manifestou em 1992, sem sequer prestar deferência às decisões que havia tomado.

39. Pouco importa que tais decisões tenham sido proferidas há mais de vinte anos e por composição substancialmente distinta da Corte. O que está em jogo, afinal, é uma das matérias mais sensíveis à democracia e à separação de poderes no país, que, até mesmo por sua excepcionalidade, tende a ser objeto de poucas e espaçadas decisões pelo STF. Se tais decisões não forem levadas a sério como elemento conformador da atuação da Corte, a segurança jurídica, naturalmente reduzida em um processo político como o *impeachment*, ficará ainda mais esvaziada.¹⁴

No campo tributário, o princípio da segurança jurídica, como não poderia deixar de ser, também já foi objeto de consideração pela Suprema Corte, valendo citar, dentre outras decisões,¹⁵ a proferida pela então Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.621/RS (DJ 04/08/2011), que reconheceu, pela sistemática da repercussão geral, a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005, cuja ementa está assim redigida:

DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se autoproclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

¹⁴ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 4 jun. 2017.

¹⁵ RE 433.352/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 20/04/2010; RE 592.396/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 03/12/2015; ADIn-QO 4425/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 25/03/2015; ARE 713196 AgR/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 10/06/2014.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.¹⁶ (destaque nosso)

Por estas breves linhas, é possível perceber que a segurança jurídica, a partir das manifestações acima tratadas, vale dizer, poucas de tantas outras que dela se podem extrair, sem dúvida, é uma das principais conquistas do Estado de Direito,¹⁷ sendo, portanto, um tema eminentemente constitucional, na medida em que garante os direitos fundamentais do homem, limitando assim, o poder do Estado.

A propósito, AIRES F. BARRETO bem destaca a importância da segurança jurídica para o ordenamento jurídico:

O sistema ideal é que o se assenta sobre o pilar do magno princípio da segurança jurídica. Os sistemas jurídicos nos verdadeiros Estados de Direito exprimem-se por normas gerais que, independentemente de estarem expressamente positivadas, devem ser obedecidas pelas pessoas alcançadas pelo ordenamento jurídico. Entre essas normas gerais, designadas de princípio gerais de direito, desponta, sobranceiro, o da segurança jurídica.

[...]

Os vetores e diretrizes constitucionais destinam-se a preservar a segurança jurídica. Tomando de empréstimo a sentença magistral de Souto Borges a propósito da diretriz da isonomia, e parafraseando-o, é lícito averbar que “a segurança jurídica não está na Constituição, a segurança jurídica é a Constituição”.¹⁸

Sob a perspectiva da Constituição Federal de 1988, a segurança jurídica, considerada

¹⁶ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 jun. 2017.

¹⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assim afirma: “Este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo” (*Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 110).

¹⁸ *Curso de direito tributário municipal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38-39.

de caráter multidimensional,¹⁹ encontra fundamento primeiro já no preâmbulo²⁰ da Magna Carta, o que, conforme bem anotou HUMBERTO ÁVILA, demonstra grande preocupação da Constituição com a observância e consecução daquele princípio.²¹

Ainda sob o aspecto da fundamentalidade, além do art. 1º²² da Constituição Federal reafirmar a importância da segurança jurídica – já que falar em Estado Democrático de Direito nos conduz à inequívoca ideia de segurança jurídica –, a Magna Carta prevê ainda, em diversos dispositivos, uma série de direitos e garantias fundamentais, os quais têm por fim assegurar a almejada segurança, ou seja, a estabilidade, a previsibilidade e a confiança de todos no Direito.

Neste contexto, o art. 5º da Constituição da República, ao tempo em que preserva a todos o direito à segurança jurídica (*caput*), garante a sua efetivação através do exercício dos direitos e garantias fundamentais (*incisos*).

Assim, dada a sua inegável posição de preeminência em nosso ordenamento jurídico, porque elevada ao grau máximo pela nossa Constituição, a doutrina qualifica a segurança jurídica como sobreprincípio, não só por portar valores, mas também por realizar-se por outros princípios (ou subprincípios).²³

É o que nos ensina PAULO DE BARROS CARVALHO:

Há “princípios” e “sobreprincípios” isto é normas jurídicas que portam valores importantes e outras que aparecem pela conjunção das primeiras. Vejamos logo um exemplo: a isonomia das pessoas políticas de Direito Constitucional interno tem importante repercussão no setor das imposições tributárias. Não há, contudo, formulação expressa que lhe corresponda no texto do Direito Positivo. Emerge pelo

¹⁹ “Isto é, exerce variadas funções em diferentes contextos. Até a Constituição Federal de 1946, a segurança era qualificada como segurança individual, sendo que a partir da Constituição de 1967 todas as constituições subsequentes passaram a fazer referência apenas à segurança sem qualificá-la como individual, o que, segundo ele, está em conformidade com seu caráter multidimensional” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Comentários ao artigo 5º, *caput*, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 229).

²⁰ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (destaque nosso)

²¹ *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 47-48.

²² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...].

²³ Esta também é a lição de ROQUE ANTONIO CARRAZZA, *verbis*: “É certo que o princípio (ou sobreprincípio) da segurança jurídica é implícito. Mas é igualmente certo que todo o ordenamento jurídico milita no sentido de fazê-lo valer” (*Curso de direito constitucional tributário*, cit., nota de rodapé 41, p. 481).

reconhecimento de outras normas que, tendo a dignidade de princípios, pelo *quantum* de valor que carregam consigo, fazem dele um “sobreprincípio”. Realiza-se pela atuação de outros princípios. [...]. A segurança jurídica é, por excelência, um sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais.²⁴

E dentre os princípios que efetivam a segurança jurídica, põe-se em destaque, neste trabalho, os princípios da legalidade, da igualdade e da universalidade da jurisdição, os quais, a par de serem expressões da democracia,²⁵ constituem os principais instrumentos de concretização da almejada previsibilidade e estabilidade do ordenamento jurídico.

1.1. Princípio da Legalidade

De origem multissecular, o princípio da legalidade teve sua forma definitiva na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no qual se consagrou também, além da igualdade perante a lei, a participação popular na elaboração desta, pessoalmente ou por representantes.²⁶

Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.²⁷

²⁴ O princípio da segurança jurídica em matéria tributária, *Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 98, p. 173-175, 2003. Disponível em: <www.revistas.usp.br>. Acesso em: 23 nov. 2015.

²⁵ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO assim anota: “Embora não sejam, *stricto sensu*, direitos políticos, os princípios da igualdade e legalidade, com os direitos que deles decorrem, são expressão direta de um regime político, qual seja, a democracia. O mesmo, aliás, se pode dizer do princípio de proteção judiciária, pouco encarecido pelos autores nacionais mas de importância capital” (*Curso de direito constitucional*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 313).

²⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e estado legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 157, p. 14-44, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>>. Acesso em: 12 abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v157.1984.44119>.

²⁷ Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 4 maio 2017.

Entendido atualmente como instrumento de proteção das liberdades individuais²⁸, o princípio da legalidade constitui uma das mais importantes expressões do Estado Democrático de Direito, na medida em que, superada a antiga concepção individualista e egoística dos governantes, impõe, sem enleios, a soberania da lei e não dos homens.

O princípio da legalidade contrapõe-se, portanto, e visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos.²⁹

Aqui, porém, cabe um brevíssimo esclarecimento. É que nem sempre o Estado de Direito foi considerado como um Estado Democrático.

No curso da história o princípio da legalidade sofreu interpretação totalmente limitada, permitindo-se com isso o exame de validade da lei apenas sob o seu aspecto formal (procedimento de elaboração), ignorando-se, todavia, o aspecto material da lei (confluência entre o conteúdo da norma e os anseios sociais).³⁰

No entanto, com a evolução do Estado de Direito para o Estado *Democrático* de Direito, passou-se a admitir apenas uma lei que atenda não só as exigências fixadas para sua criação, mas, principalmente, que seu conteúdo estivesse em linha com os interesses e desejos dos cidadãos.³¹

Nesse sentido, colham-se os valiosos ensinamentos de ALBERTO XAVIER:

²⁸ Gilmar Ferreira Mendes e André Rufino do Vale, tratando dos primórdios da ideia essencial de lei como garantia da coexistência de direitos e liberdades na sociedade, assim anotam: “No primeiro quartel do século XIX, a Constituição Imperial incorporou o postulado liberal de que todo o Direito deve expressar-se por meio de leis. Essa ideia inicial de ‘Império da Lei’, originada dos ideários burgueses da Revolução Francesa, buscava sua fonte inspiradora no pensamento iluminista, principalmente, em Rousseau, cujo conceito inovador na época trazia a lei como norma geral e expressão da vontade geral (*volonté general*). A generalidade de origem e de objeto da Lei (Rousseau) e sua consideração como instrumento essencial de proteção dos direitos dos cidadãos (Locke) permitiu, num primeiro momento, consolidar esse então novo conceito de lei típico do Estado Liberal, expressado no art. 4º da Declaração de Direitos de 1789: ‘A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudica ao outro. O exercício dos direitos naturais de cada homem não tem mais limites que os que asseguram a outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos por lei’” (Comentários ao artigo 5º, II. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 243).

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, cit., p. 89.

³⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 135.

³¹ INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO, fazendo remissão a alguns juristas-filósofos, como Zagrebelski, destaca que a lei é importante por si mesma, mesmo que contrarie a Constituição, seja pelo conteúdo que veicula, seja pela inobservância dos requisitos para sua criação. Ou seja, a lei, para entrar em vigor, não depende de nenhuma legitimação substancial ou de conteúdo (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 223).

Têm sido longas, na doutrina, as controvérsias provocadas pela noção de Estado de Direito; mas um ponto parece comum a todos que do tema se têm aproximado. É que a noção de Estado de Direito, pelo menos, na sua formulação original, reveste de duplo sentido, material e formal: o *conteúdo material* do Estado de Direito está na afirmação de que a finalidade essencial do Estado consiste na realização da justiça, concebida, sobretudo, com uma rigorosa delimitação da livre esfera dos cidadãos, em ordem a prevenir o arbítrio do poder e a dar, assim, a maior expressão possível à segurança jurídica; o *aspecto formal* do Estado de Direito, por seu turno, envolve basicamente a ideia de que, na realização dos seus fins, o Estado deve exclusivamente utilizar formas jurídicas, de que sobressai a lei formal. Por outras palavras: o Estado de Direito foi, ao menos inicialmente, concebido como aquele que tem por fim o Direito e atua segundo o Direito; isto é, aquele que tem a justiça por fim e a lei como meio da sua realização.³² (destaques do autor)

Aliás, como bem observa JOSÉ AFONSO DA SILVA, a nossa Constituição, ao prever no art. 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, desde já estabeleceu a observância dos valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado, inclusive sobre a ordem jurídica³³, de modo que o Direito deve se ajustar, primeiramente, ao interesse coletivo.

Pois bem. Considerado como um dos pilares da segurança jurídica, o princípio da legalidade disposto no art. 5º, inciso II³⁴, da Constituição Federal de 1988, foi previsto inicialmente na Constituição de 1824³⁵, e repetido pelas demais Constituições brasileiras (de 1891, 1934, 1946, 1967 e de 1969), com exceção da de 1937.

Pelo princípio da legalidade impõe-se que somente por lei permite-se, válida e legitimamente, estabelecer limitações a direitos e impor obrigações aos cidadãos.

De fato, sendo a lei ato normativo primário por excelência, inova na ordem jurídica, vale dizer, desde que observados os requisitos e princípios constitucionais, constitui ela único instrumento hábil a impor restrições à atividade individual.³⁶

A propósito disso, sendo inegável a impossibilidade da vida em sociedade sem que se imponham certas limitações aos indivíduos, a lei, por certo, é o único veículo autorizado a

³² XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 8.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 119.

³⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – [...]; II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

³⁵ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. I. Nenhum Cidadão póde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma cousa, senão em virtude da Lei.

³⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 280.

introduzir normas jurídicas de caráter geral e igualitária para tanto.

Inobstante a formulação genérica contida no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, o princípio da legalidade revela-se em matérias específicas, como penal (art. 5º, inciso XXXIX³⁷), administrativa (art. 37, *caput*³⁸) e tributária (art. 150, I³⁹).

Vertendo nossas atenções para o campo tributário, o princípio da legalidade constitui uma das mais importantes colunas sobre as quais se assenta o edifício do direito tributário, na medida em que toda a atividade de tributação deve estar previamente prevista em norma legal.⁴⁰

A par da controvérsia sobre as origens do princípio da legalidade na tributação⁴¹, atualmente, dito princípio está previsto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, o qual veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição e majoração de tributos sem lei que os estabeleça.

Considerado como um reforço à previsão genérica do art. 5º, inciso II, ou como norma de conteúdo rígido e estreito,⁴² o princípio da legalidade previsto no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, essencialmente, impõe que somente por lei, editada pelo poder competente para tanto e observadas as demais exigências constitucionais, inclusive os princípios constitucionais, é que se permite criar ou aumentar tributo, vale dizer, delimitando e descrevendo abstratamente a hipótese de incidência e seus aspectos (material, pessoal, temporal, espacial e quantitativo).

Sobre isso, GERALDO ATALIBA ensina que:

Afirmar o princípio da legalidade é reconhecer a exigência de que os tributos somente possam ser criados mediante lei. Quer isto dizer que à lei incumbe descrever as hipóteses de incidência, determinar os sujeitos passivos, em tese, fixar

³⁷ XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...].

³⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...].

³⁹ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; [...].

⁴⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário* cit., p. 283.

⁴¹ REGINA HELENA COSTA registra que tal princípio remonta no século XIII, quando o rei da Inglaterra, João Sem Terra, expediu a Magna Carta de 1215 (*Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, cit., p. 85). LUIS EDUARDO SCHOUERI, por sua vez, afirma que tal princípio nasceu antes mesmo do Estado de Direito: “O direito de concordar com a tributação (e de controlar gastos) é uma das mais antigas reminiscências do sentido do direito e dever de participar, oriundo das corporações de ofícios” (*Direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 285).

⁴² Conforme anotou AIRES F. BARRETO (*Curso de direito tributário municipal*, cit., p. 46).

as alíquotas e estabelecer a base impositiva – ou para usar a feliz expressão de BERLIRI – seu parâmetro. Ditar, enfim, todos os pressupostos da instauração da obrigação tributária. Pois bem: toda esta matéria é privativa da lei. Por pertencer à essência mesma do poder público; por consistir visceralmente em atributo ínsito à soberania, esta matéria é indelegável e insuscetível de ser deferida a outrem.⁴³

Como se vê, no campo do direito tributário, o princípio da legalidade assume perfil nitidamente estrito ou cerrado, porquanto impõe limites importantes à atividade de tributação, vale dizer, desde a exigência de lei para instituição ou majoração de tributos até o exato enquadramento do fato concreto com a hipótese descrita na lei. Trata-se do que a doutrina denomina princípio da legalidade estrita ou da tipicidade cerrada.

Nesse sentido, EDUARDO SABBAG observa, *in verbis*:

A tipologia tributária, sendo fechada e exauriente, remete o intérprete à noção de *tipo* ou de *tipificação*, em um elevado grau de determinação conceitual e fixação de conteúdo, o que implica ao aplicador da regra que submeta as matérias ali discriminadas à moldura legal, sob pena de violação da estrita legalidade.

Ives Gandra da Silva Martins assevera que “é fechada a tipicidade de tributo e pena. É absoluta a reserva da lei. Sua veiculação normal deve conter toda a informação necessária para a aplicação da norma”. Ou, ainda, nos dizeres de Sacha Calmon Navarro Coêlho: “A tipicidade tributária é cerrada para evitar que o administrador ou o juiz, mais aquele do que este, interfiram na sua modelação, pela via interpretativa ou integrativa”.⁴⁴ (destaques do autor)

E não poderíamos deixar de registrar as lições de ROQUE ANTONIO CARRAZZA acerca deste princípio:

Notamos, pois, que, com o *princípio da tipicidade fechada*, o próprio *princípio da estrita legalidade tributária* apurou seu alcance. Só é típico o fato que se ajusta rigorosamente àquele descrito, com todos os seus elementos, pelo legislador.

Conjugados, estes princípios constitucionais impedem o emprego da analogia *in peius* das normas tributárias ou penais tributárias como fonte criadora de tributos e infrações (com suas respectivas sanções).

Melhor dizendo, os *tipos tributários* e *tributário-penais* não podem ser alargados por meio de manobras que costeiem os aludidos princípios. Os louváveis propósitos de aumentar a arrecadação e punir os infratores absolutamente não podem prevalecer sobre a segurança jurídica dos contribuintes. Em suma, em matéria tributária e tributário-penal, positivamente, é vedada a interpretação analógica *in malam partem*.⁴⁵

Assim, o princípio da legalidade – ou princípio da legalidade estrita ou da tipicidade

⁴³ *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 181.

⁴⁴ *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 69.

⁴⁵ *Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 301.

cerrada –, sem dúvida nenhuma, constitui um dos instrumentos mais importantes à garantia da segurança jurídica, preservando-a com a exigência de que somente por lei, formal e materialmente constitucional, é que se permite ao Estado regular comportamentos dos indivíduos ou invadir a propriedade privada através da tributação.

1.2. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade ou da isonomia, também considerado como um dos pilares da segurança jurídica, está previsto na Constituição Federal de 1988, no *caput* do art. 5º e no seu inciso I:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.⁴⁶

A compreensão do que vem a ser o princípio da igualdade ou da isonomia deflui, como anota MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, no exato entendimento do que é lei, de modo que o conceito de igualdade está implícito nos caracteres de generalidade e abstração que a doutrina clássica vê como inerentes à lei.⁴⁷

Nesse sentido, percucientes são as lições de ELIZABETH NAZAR CARRAZZA:

Sem igualdade não se pode falar em democracia. Sem igualdade não há república. É princípio constitucional de onde parte a fundamentação necessária da validade de todas as leis – pelo que não podem estas olvidar daquele – ao mesmo tempo em que sua *força dominadora* acaba mediando e limitando a interpretação dos textos legais, consubstanciando a necessidade de que as leis sejam isônomas e que sua interpretação leve tais postulados até as últimas consequências no plano concreto de aplicação.⁴⁸ (destaque do autor)

⁴⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 05 mar. 2017.

⁴⁷ Estado de direito e estado legal. *Revista de Direito Administrativo*, cit., p. 14-44. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>. Acesso em: 12 abr. 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v157.1984.44119>.

⁴⁸ *IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*. 2. ed. reformulada e atualizada. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 31.

Com efeito, se a lei é fruto da democracia e verdadeiro instrumento de proteção dos interesses coletivos comuns – e obstáculo aos interesses unicamente do poder público – a igualdade constitui inegável norte para criação e aplicação concreta das normas jurídicas, vale dizer, únicas fontes limitadoras da vida em sociedade.

Seria como que a igualdade impusesse, antes, a criação de normas abstratas (ou impessoais), genéricas (sem discriminações arbitrárias) e irretroativas (para o futuro), cuja lei, vigente e válida em dado sistema, constitui o único instrumento apto a influir, positiva ou negativamente, no comportamento dos indivíduos e no poder do Estado.

A igualdade, portanto, como asseverado por GERALDO ATALIBA, é “a primeira base de todos os princípios constitucionais e condiciona a própria função legislativa, que é a mais nobre, alta e ampla de quantas funções o povo, republicamente, decidiu criar”.⁴⁹

A expressão *todos são iguais perante a lei*, contida no dispositivo supratranscrito, a par das distinções de ordem formal e material que a doutrina comumente destaca,⁵⁰ é entendida correntemente no sentido de que a igualdade não deve ser empregada como instrumento de discriminação, privilegiando-se alguns por conta da sua classe social.

Sobre isso, calha trazer à colação, uma vez mais, os ensinamentos de ELIZABETH NAZAR CARRAZZA:

Não mais se aceita o emprego da igualdade como instrumento de discriminação. Pelo contrário, quer se parta de um conceito negativo de igualdade (originado logo após os movimentos revolucionários, que buscaram derrubar os regimes autoritários e, com eles, os privilégios da aristocracia e toda ordem de regalias atribuídas a determinadas classes), quer de um conceito positivo (com conteúdo definido de tratamento isônomo de todos aqueles que se encontrem em determinada situação), não se aceita simplesmente que o princípio da igualdade esteja sendo observado quando os membros de uma determinada classe social são tratados de modo igual, nos seus privilégios. Este, positivamente, não é o real conteúdo do princípio da isonomia.⁵¹

No mesmo sentido, KLAUS TIPKE assim assevera:

⁴⁹ *República e Constituição*, cit., p. 159.

⁵⁰ JOSÉ AFONSO DA SILVA anota que no Direito estrangeiro costuma-se fazer distinções entre a igualdade *perante* a lei e a igualdade *na* lei. No primeiro caso, a aplicação da norma jurídica ocorreria tal como prevista, abstraindo-se eventuais discriminações nela contidas, caracterizando uma isonomia puramente formal. No segundo (igualdade na lei), exige-se que nas normas jurídicas não haja distinções que não tenham sido autorizadas constitucionalmente, caracterizando, assim, a isonomia material (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 214).

⁵¹ *IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*, cit., p. 34-35.

O princípio da igualdade é inimigo de privilégios; tem uma característica igualitária. Volta-se contra prerrogativas de uma casta, de uma classe, de uma nacionalidade, de uma religião ou raça; volta-se também contra o feudalismo, contra o aristocrático *quod licet, non licet bovi*.⁵²

De fato, busca-se, atualmente, a igualdade material, consistente no tratamento igualitário de todos na medida de suas respectivas igualdades e desigualdades. Ao mesmo tempo em que se conferem os mesmos ônus e as mesmas vantagens em situações idênticas, atribui-se encargos e benefícios diversos para situações distintas.

Ou, como consignado na célebre expressão de RUI BARBOSA, em *Oração aos Moços*, inspirado na lição secular de Aristóteles: *tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades*.

Realmente, como observado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a

lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.⁵³

A par do estado ideal das coisas que o princípio da igualdade anela, é cediço que no mundo real não existe igualdade absoluta, já que diferenças existem, por serem decorrentes da própria natureza. No entanto, cabe ao Estado amenizar as diferenças tidas por ilegítimas.

É certo também que o princípio da igualdade não significa que a lei deva tratar todos de forma *integralmente* iguais entre si, mas igualmente a partir de certos aspectos considerados pela norma, vale dizer, desde que legítimos.

Dito por outras palavras, as pessoas podem ser consideradas iguais por certos aspectos *essenciais*, ainda que se diferenciem por outras condições.

Daí se dizer, como anota SEABRA FAGUNDES, que “os conceitos de igualdade e desigualdade são relativos, impõem a confrontação e o contraste entre duas ou várias situações, pelo que onde uma só existe não é possível indagar de tratamento igual ou discriminatório”.⁵⁴

⁵² Princípio de igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord.). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Dialética, 1984, p. 517.

⁵³ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 10.

⁵⁴ O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 1-12, jan. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em:

Aliás, por vezes, a distinção se faz necessária para que pessoas que se encontrem em situações desiguais não sejam tratadas do mesmo modo, o que, por certo, resultaria em inegável injustiça.

É o que ocorre no Direito Tributário, em que a situação econômica do contribuinte poderá constituir fator de distinção para fins de aplicação do princípio da capacidade contributiva⁵⁵.

Nesse sentido, RENATO LOPES BECHO afirma:

O princípio da isonomia tributária sofreu evolução no seu entendimento para passar a determinar que a lei deve dar tratamento igual aos iguais, mas desigual aos desiguais. Se não fosse assim, estaria vedada a instituição de alíquotas diferenciadas de tributos como o Imposto de Renda, que tributa diferentemente as diversas faixas de renda. Por isso, também, uma proposta de alteração legislativa, ainda que por emenda constitucional, que viesse a instituir uma única alíquota para o Imposto sobre a renda – por mais cômodo que possa ser para fins de administração e arrecadação tributárias, a cargo do Poder Executivo – seria inconstitucional, por ferir o princípio da isonomia tributária. Como está consolidado em nossa cultura jurídica, deixar de tratar diferentemente é ferir o princípio da isonomia.⁵⁶

Registre-se ainda, que não só o legislador é o destinatário do princípio da igualdade, mas também a autoridade administrativa e o juiz, os quais, sendo aplicadores de normas jurídicas, devem fazê-lo com isonomia.

É o que se infere, uma vez mais, das palavras de SEABRA FAGUNDES quando afirma:

Ainda quando o princípio da igualdade jurídica possa parecer, na literalidade da sua enunciação pela Constituição da República, apenas endereçado ao aplicador das normas legislativas – o administrador e o juiz – o certo é que, pelas razões superiores que o inspiram e pelas finalidades a que se destina, é endereçado também, ao legislador.⁵⁷

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874/13774>>. Acesso em: 14 abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v41.1955.14874>.

⁵⁵ ELIZABETH NAZAR CARRAZZA bem demonstra a íntima relação entre os princípios da capacidade contributiva e da isonomia: “a igualdade demanda uma complementação de seu conteúdo, enquanto modelo de aplicação do Direito – conteúdo este que será dado pelo princípio da capacidade contributiva, determinando o critério de repartição dos encargos fiscais” (*IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*, cit., p. 79).

⁵⁶ *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 412.

⁵⁷ O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 1-12, jan. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874/13774>>. Acesso em: 14 abr. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v41.1955.14874>.

JOSÉ AFONSO DA SILVA⁵⁸ chega a salientar a existência do *princípio da igualdade jurisdicional*, o qual funcionaria como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais ao aplicar a lei, e como interdição destinada ao legislador ao editar leis que acabem por fazer distinção em situações idênticas ou conferir tratamento igual a situações desiguais.

GERALDO ATALIBA, por sua vez, assim assevera:

A isonomia há de se expressar, portanto, em todas as manifestações de Estado, as quais, na sua maioria, se traduzem concretamente em atos de aplicação da lei, ou seu desdobramento. Não há ato ou forma de expressão estatal que possa escapar ou subtrair-se às exigências da igualdade.⁵⁹

Portanto, o princípio da igualdade possui função essencial no ordenamento jurídico, na medida em que orienta não só a criação da lei, mas também a sua aplicação concreta, constituindo assim, instrumento essencial de consecução da desejada segurança jurídica.

1.3. Princípio da Universalidade da Jurisdição

Sendo também uma das expressões da segurança jurídica, na medida em que se impõe que a lei garanta a todos o livre acesso ao Poder Judiciário, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – também conhecido como acesso à justiça, acesso à ordem jurídica justa ou inafastabilidade da jurisdição –, considerado um dos corolários do princípio do devido processo legal, está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Numa clara consagração da tutela judicial efetiva, o princípio da universalidade da jurisdição garante o direito (fundamental) de provocar a atividade jurisdicional para proteção de direito ameaçado ou violado.

Conforme anota ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, embora referido princípio não possua uma única interpretação, é possível extrair daquele dispositivo constitucional a compreensão que o destinatário do referido princípio é, em primeiro lugar, o legislador, o qual é impedido de criar normas jurídicas que impeçam ou mesmo restrinjam em demasia o acesso aos órgãos do Poder Judiciário. Em segundo lugar, o juiz, pois, além de o Estado possuir o dever de tutelar os direitos que estão sendo ameaçados ou lesionados, tem também a missão

⁵⁸ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 217.

⁵⁹ *República e Constituição*, cit., p. 159.

de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado.⁶⁰

Em outras palavras, o princípio do acesso à justiça não corresponde única e simplesmente a uma garantia de ingresso em juízo (aspecto formal), mas também o direito à obtenção de uma resposta do Estado-juiz, ainda que seja contrária aos interesses do jurisdicionado.

Nesse sentido, esclarecedoras são as lições de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

Acesso à justiça é acesso à ordem jurídica justa (ainda, Kazuo Watanabe). É a obtenção de justiça substancial. Não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário e também quem recebe soluções atrasadas ou mal formuladas para suas pretensões, ou soluções que não lhe melhorem efetivamente a vida em relação ao bem pretendido.⁶¹

De fato, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional, mas compreende o direito a uma tutela efetiva e justa, ou seja, exige também a necessária observância das garantias individuais (como o direito ao contraditório e à ampla defesa) e estruturais (como a duração razoável do processo).

No âmbito da legislação infraconstitucional, o fundamento constitucional do direito de ação foi contemplado pelo novo Código de Processo Civil, no art 3º,⁶² reafirmando, assim, o direito fundamental de acesso à justiça, no sentido de que a todos é permitido o direito à obtenção de uma tutela jurisdicional adequada.⁶³

Em matéria tributária a relevância deste princípio é notória, na medida em que o direito de acesso à justiça visa garantir uma melhor definição das relações entre Fisco e contribuinte, pois, como alertado por CLEIDE PREVITALI CAIS, “o Estado, como parte da ação tributária, de início poderá se apresentar como que dotado de certo gigantismo em relação ao contribuinte”.⁶⁴

E para tentar frear dito gigantismo estatal, vale dizer, representado, por vezes, pela edição de normas jurídicas inválidas e inconstitucionais, a Constituição Federal garante, a qualquer contribuinte, o livre acesso à justiça para tentativa de correção daquelas mazelas

⁶⁰ *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, v. 1, p. 57.

⁶¹ *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. III, p. 118.

⁶² Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

⁶³ ARRUDA ALVIM assevera: “A inafastabilidade do exercício da jurisdição dá ao autor o direito público subjetivo de ação; um direito a ser exercido em face do próprio Estado, e correlatamente um dever do Estado de prestar tutela jurisdicional” (*Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51).

⁶⁴ *O processo tributário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 128-129.

praticadas pelo Poder Público.

É como afirma ROQUE ANTONIO CARRAZZA:

Com efeito, de nada adiantaria nosso ordenamento jurídico estipular que o contribuinte só pode ser compelido a pagar tributos com respaldo em lei se não fosse possível ao Judiciário perquirir, sempre que provocado, se a tributação está sendo levada a efeito de acordo com esta mesma lei, e mais, se ela é, ou não constitucional.⁶⁵

Assim, concretizar o direito fundamental de acesso à justiça é, a um só tempo, tornar efetivas as garantias processuais de índole constitucional, preservando-se, dessa maneira, a segurança jurídica.

⁶⁵ *Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 287.

2. RELAÇÃO JURÍDICA

Conforme anota RENATO LOPES BECHO,⁶⁶ há relações sociais que não dependem do direito para existirem – embora existam na sociedade, quer o direito estatal as reconheça e as declare, quer não o faça –, como também há relações sociais que somente são instauradas pelo Estado, as quais são instituídas e constituídas pelo direito.

Inobstante as diversas acepções que a expressão *relação jurídica* possui, vertemos nossa atenção para aquela que é instaurada pelo Estado e constituída pelo direito, o vínculo jurídico entre o devedor e o credor.

Remonta às Institutas de Justiniano a definição de obrigação como sendo o “vínculo de direito pelo qual alguém (sujeito passivo) se propõe a dar, fazer ou não fazer qualquer coisa (objeto), em favor de outrem”, sendo que deste conceito já se nota a presença dos seguintes elementos fundamentais da obrigação: vínculo jurídico, as partes na relação obrigatória e o objeto da prestação devida por uma à outra.⁶⁷

Atualmente, baseada nas ideias do direito romano, a doutrina civilista define obrigação como sendo “relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através do seu patrimônio”.⁶⁸

Toda relação obrigacional possui três elementos essenciais: pessoal (sujeito ativo e passivo); material (objeto da obrigação, que é a prestação, a qual pode ser positiva ou negativa do devedor, bem como deve ser lícita, possível, determinada ou determinável e suscetível de estimação econômica); vínculo jurídico (sujeição do devedor à realização de um ato positivo ou negativo no interesse do credor).

Sobre o aspecto pessoal da relação obrigacional, o sujeito ativo é o credor da prestação ou o beneficiário principal da relação. Já o sujeito passivo é o devedor da prestação principal. Pelo fato de ser estabelecida entre duas pessoas (credor e devedor), a obrigação constitui-se sempre numa prestação de natureza pessoal.⁶⁹

⁶⁶ *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 65-66.

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 4.

⁶⁸ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 8.

⁶⁹ Nesse sentido, MIGUEL REALE assevera que “o que não se pode admitir é que uma relação jurídica se estabeleça entre uma pessoa e uma coisa: só pessoas podem ser sujeitos de uma relação jurídica, e sem duas ou

No tocante ao elemento material da relação jurídica, trata-se, como mencionado acima, do objeto da obrigação, vale dizer, consistente numa prestação positiva (dar ou fazer) ou negativa (não fazer), com conteúdo econômico ou economicamente mensurável.

Em relação ao vínculo jurídico, seu fundamento é sempre a lei,⁷⁰ embora haja entendimentos doutrinários que reconhecem a possibilidade da instauração de um liame jurídico a partir de outras fontes.⁷¹

A doutrina civilista informa também a existência de três teorias que procuram explicar o vínculo jurídico: a monista, a dualista e a eclética.

Pela teoria monista, na obrigação vislumbra-se apenas uma só relação jurídica, cujo objeto é a prestação, não integrando o débito e a responsabilidade (*Schuld* e *Haftung*⁷²).

Já para a teoria dualista, há na obrigação dois vínculos, sendo um relativo ao dever do sujeito passivo de satisfazer a prestação e outro concernente à autorização dada pela lei de acionar o devedor, alcançando o patrimônio deste, que responderá pelo inadimplemento da prestação (débito e responsabilidade).

Para a terceira teoria (eclética), na obrigação, o débito e a responsabilidade estão reunidos e se completam, como uma unidade, visto que o mesmo fato gerador do débito produz a responsabilidade.⁷³ Segundo nossa compreensão, há apenas um vínculo, uma única relação entre o dever de prestação, o débito e a responsabilidade.

mais pessoas ela não se constitui. É o que afirma, com acerto, a chamada ‘teoria dos dois sujeitos’, que melhor se denominaria ‘teoria intersubjetiva da relação jurídica’” (*Lições preliminares de direito*. 27. ed. 15. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 220).

⁷⁰ BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 67.

⁷¹ SILVIO RODRIGUES, a par de afirmar que as obrigações sempre têm por fonte a lei, admite que em alguns casos, embora esta apareça como fonte mediata, outros elementos despontam como causadores imediatos do vínculo, como a vontade humana (contrato) ou o ato ilícito (responsabilidade civil) (*Direito civil: parte geral das obrigações*, cit., p. 10). Para MARIA HELENA DINIZ, há fontes primárias ou imediatas e as fontes mediatas (fatos jurídicos *lato sensu*) (*Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 1, p. 41-44).

⁷² Esclarece FREDIE DIDIER JR.: “A distinção entre responsabilidade e obrigação deve-se à teoria formulada pelo alemão Alois Brinz. (...). O débito (*Schuld*) seria uma situação de desvantagem que gera a expectativa de que algum bem do devedor (ou outrem) venha satisfazê-lo. No entanto, seria situação jurídica estática, pois não conferiria ao credor qualquer força ou permissão para trazer ao seu patrimônio o que lhe é devido, não autorizaria movimentos em prol de sua satisfação. Já a responsabilidade (*Haftung*), seria eminentemente dinâmica, pois viria instrumentalizar a efetivação da obrigação, determinando quais bens (do sujeito passivo/devedor ou de terceiro) responderão pelo seu adimplemento” (A obrigação como processo e responsabilidade patrimonial. *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, nº 1, 2009, p. 6, disponível em: <<http://www.riedpa.com>>. Acesso em: 20 out. 2015).

⁷³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*, cit., v. 1, p. 37-38.

Estamos com RENATO LOPES BECHO⁷⁴ quando afirma ser francamente dualista, porquanto é inegável, a nosso ver, que o débito (*Schuld*) é de direito privado e a responsabilidade (*Haftung*) é instituto de direito processual. O art. 789⁷⁵ da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil) corrobora esta distinção.

Por estas breves linhas que traçamos sobre obrigação e seus elementos essenciais, é possível concluir que relação jurídica é o vínculo estabelecido entre sujeito ativo e sujeito passivo, vale dizer, que corresponde a uma hipótese normativa, em que o primeiro pode exigir do segundo o cumprimento de uma prestação principal (economicamente mensurável), tendo tal pretensão caráter transitório, na medida em que a relação se extingue com a sua realização, podendo o credor, por autorização legal, acionar o devedor em caso de inadimplência atingindo, inclusive, o patrimônio deste.

2.1. Relação jurídica tributária

Compreendido que o vocábulo obrigação é sinônimo de relação jurídica, concebida esta, como visto, pela Teoria Geral das Obrigações como sendo “o vínculo abstrato, segundo o qual, por força da imputação normativa, uma pessoa, chamada de sujeito ativo, tem o direito subjetivo de exigir de outra, denominada sujeito passivo, o cumprimento de certa prestação”,⁷⁶ no campo do direito tributário pode-se dizer que, *a priori*, há idêntico vínculo obrigacional, se observado a partir dos elementos *básicos* da obrigação.

Mas o exame mais acurado do aspecto pessoal (dos sujeitos ativo e passivo) e material (do objeto da prestação) constitui critério útil de distinção entre a relação tributária e as demais relações obrigacionais.

Tratemos, então, em breves linhas cada um destes aspectos diferenciadores.

A relação intersubjetiva entre sujeito ativo e sujeito passivo se dá, como cediço, entre o Fisco (credor) e contribuinte (devedor), sendo certo que a instauração deste liame jurídico

⁷⁴ *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 68.

⁷⁵ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 286.

ocorrerá somente com a concretização do fato hipotético descrito na norma jurídico-tributária. Eis as lições de GERALDO ATALIBA:

O aspecto pessoal ou subjetivo é a qualidade – inerente à hipótese de incidência – que determina os sujeitos da obrigação tributária, que o fato impositivo fará nascer. Consiste numa conexão (relação de fato) entre o núcleo da hipótese de incidência e duas pessoas, que serão erigidas, em virtude do fato impositivo e por força da lei, em sujeitos da obrigação. É, pois, um critério de indicação de sujeitos, que se contém na h.i.⁷⁷

Anote-se, por oportuno, que tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo são extraíveis da própria Constituição Federal, ato normativo disciplinador das regras-matrizes de incidência dos tributos, o qual limita a atuação do legislador infraconstitucional, especialmente, quanto à eleição das pessoas que podem figurar no polo passivo da obrigação tributária.⁷⁸

Dito de outra maneira, o legislador infraconstitucional, ao eleger os sujeitos possíveis da relação jurídica tributária, deve observar os conteúdos mínimos dispostos pela Constituição Federal. É dizer: o limite a que está sujeito o legislador ordinário é encontrado nos contornos que o constituinte traçou.

Nesse sentido, será sujeito ativo, em regra, a pessoa política a quem a Constituição atribuiu *competência tributária* para criação de determinado tributo. Mas a lei poderá atribuir *capacidade tributária ativa*, vale dizer, consistente na exigência do tributo, não só ao ente político constitucionalmente competente, mas a pessoa diversa.

Para que fique mais claro o sentido do que foi dito acima, entende-se por *competência tributária* a aptidão para criar, *in abstracto*, tributos, sendo certo que, tratando-se de competência de natureza legislativa, somente a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a possuem.⁷⁹

⁷⁷ *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 80.

⁷⁸ COSTA, Regina Helena. Anotações sobre os sujeitos do mandado de segurança em matéria tributária. In: *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*. Coord. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 725.

⁷⁹ PAULO DE BARROS CARVALHO assim assevera: “Entre as pessoas jurídicas de direito público, temos aquelas investidas de capacidade legiferante – são as pessoas políticas de direito constitucional interno – dotadas de competência legislativa e habilitadas, por isso mesmo, a inovar a ordem jurídica, editando normais gerais e abstratas. É o que o Prof. Celso Cordeiro Machado chama de competência tributária, isto é, a faculdade outorgada a uma pessoa jurídica de direito público para, nos limites da Constituição e nos termos da lei, estabelecer prestações pecuniárias compulsórias, atividade que pressupõe a existência de Poder Legislativo e, portanto, peculiar às pessoas políticas” (*Curso de direito tributário*, cit., p. 157).

Já por *capacidade tributária ativa* entende-se a aptidão de exigir o cumprimento da obrigação tributária, podendo ser delegada a outras pessoas de direito público ou privado para que arrecade e fiscalize os tributos em nome do respectivo ente político tributante ou para o seu próprio benefício.

Diante disso, é possível afirmar que o sujeito ativo da relação jurídica tributária é a pessoa que detém a capacidade tributária ativa, ou seja, aquela a quem o legislador conferiu a titularidade para exigir o tributo, ainda que não seja titular da competência tributária atribuída pela Constituição, seja em nome do ente político competente, seja para seu próprio benefício.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o Código Tributário Nacional, no art. 119, conceituou o sujeito ativo como sendo a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento.

O sujeito passivo, por sua vez, é aquele que possui a aptidão para figurar no polo passivo da relação jurídica tributária.

O Código Tributário Nacional, no art. 121, previu a figura da sujeição passiva, dividindo-a em duas modalidades: a sujeição passiva direta (inciso I) e a sujeição passiva indireta (inciso II).⁸⁰

Pode-se afirmar, academicamente, que contribuinte será aquele que realizar a materialidade descrita na norma (inciso I); responsável será qualquer pessoa que, sem ser contribuinte, tiver o dever de recolher o tributo por força de lei (inciso II); e substituto será aquela pessoa, vinculada à materialidade descrita na norma, chamada a recolher o tributo por força de lei, seja por fato passado (art. 128 do CTN), seja por fato futuro (art. 150, § 7º, da CF/88).⁸¹

RENATO LOPES BECHO, firme no entendimento de que a sujeição passiva é tema constitucional, após empreender estudo sobre o tema, separa os contribuintes em dois tipos: os sujeitos passivos constitucionais (aqueles que realizam o critério material da regra matriz de incidência dos tributos discriminados na Constituição Federal) e os sujeitos passivos legais (aqueles apontados pela legislação infraconstitucional).⁸²

⁸⁰ Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se: I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

⁸¹ BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 128-129.

⁸² *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 130.

Diante disso, e de modo bem singelo, pode-se afirmar que sujeito passivo principal ou contribuinte é aquele que, tendo realizado o critério material da regra matriz de incidência de um determinado tributo, deve suportar o ônus da tributação.

No tocante ao objeto da obrigação tributária, afirma-se que neste campo do Direito há duas espécies de relações jurídicas, sendo a mais importante a obrigação tributária, da qual emergem as demais.

Partindo do que foi exposto linhas atrás sobre o elemento material das obrigações em geral, pode-se conceituar, desde já, que relação jurídica tributária é o vínculo jurídico – sempre estabelecido por lei – entre sujeito ativo (credor, Fisco) e sujeito passivo (devedor, em regra, o contribuinte), em que o primeiro pode exigir do segundo o cumprimento de uma prestação principal de cunho patrimonial, compulsória e decorrente de fatos jurídicos lícitos, denominada tributo.

De modo mais direto e preciso, obrigação tributária é o “liame normativo, mediante o qual o sujeito ativo ou credor – o Fisco – pode exigir do sujeito passivo ou devedor uma prestação de cunho patrimonial, denominada tributo”.⁸³

Por esta simples, porém, importante, conceituação do que é obrigação tributária, denota-se, *prima facie*, que o objeto desta obrigação é a prestação de cunho patrimonial, denominada tributo.⁸⁴

A par das diversas acepções construídas pela doutrina e pela jurisprudência sobre tributo,⁸⁵ GERALDO ATALIBA, ao alertar que o objeto do comando jurídico só pode ser o comportamento humano, e que o objeto da norma tributária é o comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos, define tributo como

⁸³ COSTA, Regina Helena. Anotações sobre os sujeitos do mandado de segurança em matéria tributária. In: *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança – 51 anos depois*, cit., p. 724.

⁸⁴ GIULIANI FONROUGE assim afirma: “Em nossa opinião, o conteúdo da obrigação tributária é uma prestação jurídica patrimonial, constituindo exclusivamente uma obrigação de dar, dar somas em dinheiro – na generalidade dos casos – ou dar quantidades de coisas, nas situações pouco frequentes em que o tributo é fixado em espécie, porém, sempre obrigação de dar” (*Conceitos de direito tributário*. Trad. da 2. ed. argentina do livro *Derecho financiero* (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1970) (trad. Geraldo Ataliba e Marco Aurélio Greco). São Paulo: Edições Lael, 1973, p. 83).

⁸⁵ É como anota PAULO DE BARROS CARVALHO, ao mencionar que a palavra tributo possui seis significações diversas: como quantia em dinheiro; como prestação correspondente ao dever jurídico do sujeito passivo; como direito subjetivo de que é titular o sujeito ativo; como sinônimo de relação jurídica tributária; como norma jurídica; e como norma, fato e relação jurídica (*Curso de direito tributário*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45).

obrigação jurídica pecuniária, *ex lege*, que se não constitui em sanção de ato ilícito, cujo sujeito ativo é uma pessoa pública (ou delegado por lei desta), e cujo sujeito passivo é alguém nessa situação posto pela vontade da lei, obedecidos os desígnios constitucionais (*explícitos ou implícitos*).⁸⁶

Nesse sentido, denota-se que tributo, a bem da verdade, não pode ser compreendido como o dinheiro entregue aos cofres públicos, mas, sim, como comportamento, pois, sendo o direito uma realidade abstrata e de caráter instrumental, não pode ter por objeto coisas, mas apenas condutas humanas.⁸⁷

Assim, é possível afirmar que tributo é objeto da obrigação tributária, ou seja, o comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos, sendo o dinheiro, por sua vez, objeto material do comportamento.

Diante disso, fixamos o entendimento sobre tributo como sendo o objeto da relação jurídica tributária, instituído por lei, de natureza pecuniária, compulsória e que não constitua sanção de ato ilícito.

No âmbito legal, o Código Tributário Nacional, no art. 3º, define tributo como sendo *toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*.

Note que na definição posta por nós sobre tributo não se fez referência a *moeda ou cujo valor nela se possa exprimir* e nem *cobrada mediante administrativa plenamente vinculada*. Tal ausência não ocorreu por esquecimento.

É que, apoiados nas lições de RENATO LOPES BECHO, cremos também que pecúnia, moeda e dinheiro significam, juridicamente, uma única coisa. Além disso, como o Estado necessita de recursos financeiros para financiamento das suas atividades públicas, bens e serviços não se prestam a tanto. E sendo a cobrança do tributo uma atribuição estatal, um serviço público, regida pela Constituição Federal, não tem os servidores públicos liberdade nesta ação, ainda que a norma instituidora da exação esteja em desconformidade com o sistema jurídico.⁸⁸

Como se vê, a proposital omissão daquelas expressões teve o único intuito de não incorrerem em redundância, tal como fez o legislador ordinário.

⁸⁶ *Hipótese de incidência tributária*, cit., p. 34.

⁸⁷ ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, cit., p. 25 e 32.

⁸⁸ *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 97-99.

Assim compreendida a relação jurídica tributária e seus elementos pessoal e material (objeto da obrigação), é preciso estabelecer como e quando tal relação nasce.

Costuma-se designar como fato gerador da obrigação tributária a ocorrência jurídica que faz nascer a respectiva relação jurídica. Há também aqueles que não diferenciam fato e norma, utilizando, assim, fato gerador para estas duas situações bem distintas. Outros, pelo que entendemos, defendem a não determinação terminológica de fato e norma, pugnando apenas pelo conhecimento de que se trata de duas realidades diversas.⁸⁹

O Código Tributário Nacional, no art. 114, estabelece que fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, ao tecer comentário sobre o dispositivo suprarreferido, assim observou:

A redação é tautológica. O que se quis dizer foi que o *fato descrito em lei* (legalidade), contendo todos os elementos hábeis à sua perfeita identificação (fato-tipo ou tipicidade), constitui o fato jurígeno da obrigação tributária principal.⁹⁰ (destaques do autor)

RENATO LOPES BECHO, por sua vez, registra a existência de excesso cometido na redação legal, já que, para que surja a obrigação tributária, é necessária a efetiva ocorrência do fato, mas ele não é suficiente, porquanto deve existir lei geradora de efeitos, previamente ao fato.⁹¹

Entre nós, a predominância da expressão fato gerador se deve por influência do direito francês e pelo artigo elaborado pelo jurista Gaston Jèze.⁹²

LUIS EDUARDO SCHOUERI, a par de adotar a expressão fato gerador, faz uma interessante observação sobre as conclusões adotadas pelo referido jurista francês:

É curioso que, não obstante a expressão sirva para denotar o momento em que nasce (gera-se) a obrigação tributária, Gaston Jèze dava ao lançamento uma natureza constitutiva, já que para ele, o “fato gerador” do imposto era apontado como a condição para que a administração possa exercer sua competência de fazer nascer o

⁸⁹ HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 417.

⁹⁰ *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 586.

⁹¹ *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*, cit., p. 117.

⁹² Essa é a opinião de HUGO DE BRITO MACHADO: “No Brasil, tem predominado, porém, a expressão fato gerador, que se deve à influência do Direito francês, sobretudo pela divulgação, entre nós, do trabalho de Gaston Jèze, específico sobre o tema” (*Curso de direito tributário*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 134).

crédito fiscal; daí que este apenas surgiria com o lançamento. Na origem, pois, “fato gerador” era o direito de lançar o imposto, não da obrigação tributária.⁹³ (destaques do autor)

Apesar dos importantes posicionamentos de juristas de renome quanto ao adequado ou inadequado uso da expressão fato gerador, adotamos o pensamento de GERALDO ATALIBA, o qual, distinguindo fato e norma, denomina como hipótese de incidência a descrição legal, hipotética, de um fato, estado de fato ou conjunto de circunstâncias de fato, e como fato imponível o fato efetivamente acontecido.

E para que surja a relação jurídica tributária tem-se, necessariamente, que o fato imponível efetivamente ocorrido se amolde rigorosamente à descrição prévia e hipoteticamente formulada pela lei, vale dizer, veiculando todos os cinco critérios da regra matriz de incidência (material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo).

Assim, como dito antes, a relação intersubjetiva entre sujeito ativo e sujeito passivo se dá entre o Fisco (credor) e contribuinte (devedor), sendo certo que a instauração deste liame jurídico ocorrerá somente com a concretização exata do fato hipotético descrito na norma jurídico-tributária, vale dizer, por todos os critérios da regra matriz de incidência.

2.2. Espécies de relação jurídica tributária

Norma jurídica é o sentido construído pelo intérprete a partir do texto de lei, sendo estruturada conforme a forma lógica dos juízos condicionais, vale dizer, compostos pela associação de duas ou mais proposições prescritivas.⁹⁴

A regra matriz de incidência tributária, nas palavras de LUIZ CÉSAR DE SOUZA QUEIROZ, “representa a estrutura e o conteúdo nuclear de uma norma jurídica em matéria tributária, de uma norma jurídica que prescreve a obrigação de alguém pagar tributo por ter ocorrido um fato jurídico não ilícito”.⁹⁵

PAULO DE BARROS CARVALHO, sobre a regra matriz de incidência tributária, afirma ser “por excelência, uma regra de comportamento, preordenada que está a disciplinar a

⁹³ SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito tributário*, cit., p. 497.

⁹⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos jurídicos da incidência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 24.

⁹⁵ *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Coord. Eurico Marcos Diniz de Santi. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 226.

conduta do sujeito devedor da prestação fiscal, perante o sujeito pretensor, titular do direito de crédito”.⁹⁶

A regra matriz de incidência tributária, norma padrão dos tributos, possui em sua estrutura os elementos antecedente (hipótese ou suposto) e consequente (mandamento ou estatuição). Naquele (antecedente) encontra-se um critério material (comportamento de uma pessoa) condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já no consequente, haverá o critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota).⁹⁷

Relativamente ao critério temporal, como cediço, os fatos geradores, analisados pelo aspecto do processo de sua formação, podem ser instantâneos, continuados ou complexivos. Trata-se de classificação construída pela doutrina, conforme registra PAULO DE BARROS CARVALHO:

Tornou-se corrente a distinção entre fatos geradores *instantâneos*, *continuados* e *complexivos*, em grande parte pelo entusiasmo de Amílcar de Araújo Falcão, baseado nas lições de A.D. Giannini, E. Vanoni e Wilhelm Merk, no que foi seguido pela maioria dos autores contemporâneos.⁹⁸ (destaques do autor)

Fatos geradores instantâneos seriam aqueles que se esgotam numa determinada unidade de tempo, sendo certo que a cada ocorrência nasce uma obrigação tributária autônoma. Já os fatos geradores continuados caracterizam-se por configurarem situações duradouras, desdobrando-se no tempo, por intervalos maiores ou menores. Finalmente, fatos geradores complexivos são aqueles que se constituem por vários fatores num dado período de tempo, cuja integração daqueles enseja um fato final.

PAULO DE BARROS CARVALHO,⁹⁹ seguido por GERALDO ATALIBA,¹⁰⁰ tece críticas sobre dita classificação, entendendo que todos os fatos geradores são instantâneos, já que, seja qual for o evento, ele acontece em certas condições de espaço e de tempo (instante).

⁹⁶ *Curso de direito tributário*, cit., p. 255.

⁹⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 239.

⁹⁸ *Curso de direito tributário*, cit., p. 269.

⁹⁹ “Essa orientação doutrinária é outro efeito desastroso da confusão de planos, indo além da fórmula linguística dos fatos para imitir-se na contextura real do evento, esquecendo-se de que, enquanto linguagem, os fatos se constituem rigorosamente no instante em que os enunciados se estruturam como tais, isto é, como expressões carregadas de sentido. Isso implica reconhecer que todo o fato é necessariamente instantâneo, não havendo como conceber-se, nesse domínio, fatos continuados, e muito menos, ‘complexivos’” (*Fundamentos jurídicos da incidência*, cit., p. 124).

A par da posição contrária à referida classificação, acreditamos na importância da distinção doutrinária acerca dos fatos geradores, cuja relevância reside não só na determinação do momento exato da incidência da norma sobre um dado fato, mas, principalmente, pela necessária observância dos princípios da anterioridade e da irretroatividade.¹⁰¹

Nesse sentido, LUCIANO AMARO assim assevera:

Essas observações não têm valia apenas acadêmica; elas são importantes para efeito de aplicação da lei no tempo. Já vimos no capítulo sobre as limitações do poder de tributar, que o respeito ao princípio da irretroatividade exige lei anterior ao período de apuração, e não apenas ao termo final desse período. E, se o tributo estiver sujeito ao princípio da anterioridade, requer-se lei de exercício anterior àquele em que se situe o período do tributo.¹⁰²

LUIS EDUARDO SCHOUERI, por sua vez, entendendo também pela importância da classificação dos fatos geradores em instantâneos e periódicos, vale dizer, no tocante à determinação do aspecto temporal, afirma:

Reconhecida a distinção entre hipóteses tributárias instantâneas e periódicas, nota-se que a referida classificação torna-se importante para reconhecer que enquanto para as primeiras não seria necessário que a lei fixasse expressamente seu aspecto temporal (a menos que a lei pretenda deslocar adiante sua ocorrência), para as últimas a fixação expressa do aspecto temporal torna-se relevante, já que o legislador deverá determinar a partir de que momento considera-se ocorrido o fato jurídico tributário e nascida a obrigação tributária.¹⁰³

Assim, a par da importante discussão sobre o aspecto temporal do fato gerador, adotamos aqui a mencionada classificação doutrinária corrente, crendo que o fato, de acordo

¹⁰⁰ “O que é relevante para a lei tributária é o resultado, sendo ilegítimo pretender-se extrair do processo que o causa, antes de consumado, efeitos tributários. [...] Na verdade, aí está dito, com toda simplicidade, o que interessa considerar, não importando ao intérprete se o fato qualificado pela lei se consuma num átimo ou de se depende de penoso e lento processo pré-jurídico para se consumir. Só que é relevante é o momento de sua consumação. Só então é ele fato jurídico, fato impositivo” (*Hipótese de incidência tributária*, cit., p. 101-103).

¹⁰¹ RICARDO LOBO TORRES observa que o “[...] aspecto temporal é o balizamento, no tempo, feito pela lei formal, do núcleo do fato gerador, ou seja, do seu aspecto material. Qualquer fato gerador, simples ou complexo, tem uma certa duração e ocorre necessariamente entre determinados marcos temporais. Essa característica é particularmente importante para o problema da retroatividade da lei” (*Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 251).

¹⁰² *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 270.

¹⁰³ *Direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 520.

com a sua natureza, pode repetir-se ou não, cujo instante em que é instaurada a relação jurídica tributária será, vez por outra, determinada pelo legislador.

Mais uma vez, calha trazer à colação as afirmações de LUIS EDUARDO SCHOUERI:

É assim que cabe ao legislador, por exemplo, determinar expressamente que o “fato gerador” do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana ocorre em 1º de janeiro de cada ano. Afinal, a propriedade é um direito que tende a perdurar. O fato de uma pessoa ser proprietária de um imóvel no 1º dia de janeiro não impede que ela também o seja nos dias seguintes. Qualquer dessas datas (ou todas elas) poderia configurar um fato jurídico tributário. É opção do legislador a incidência anual. Do mesmo modo, é decisão do legislador que o Imposto de Renda se apure mediante acréscimos patrimoniais verificados anualmente, a cada 31 de dezembro; nada impede seja o intervalo diverso.¹⁰⁴

SACHA CALMON NAVARRO COÊLHO, adotando a classificação que prima pelos princípios da anterioridade e da irretroatividade, destaca que em certos impostos não seria necessária a determinação, em lei, da ocorrência do fato gerador. Por outro lado, ainda para este doutrinador, para tributos em que o aspecto temporal é apurado em determinado período, como o imposto de renda, o processo de formação torna-se importante, sob pena de violação dos princípios já referidos.

Quanto aos tributos nominados como periódicos – cujo aspecto temporal demanda uma sucessão encadeada de unidades de tempo –, distingue o mencionado autor o período do imposto de renda e os impostos incidentes sobre o patrimônio, acrescentando ainda que, em sua visão, o ICMS e o IPI seriam também periódicos, mas cuja apuração seria mensal.

De fato há impostos que a todo o momento incidem, sem ser necessária na lei a *determinação temporal exata* de sua ocorrência. É o caso do *lucro imobiliário* (tipo de imposto sobre ganhos de capital): feita a transação e existente lucro, dá-se a incidência.

Basta ao aplicador da norma verificar a lei vigente no exercício fiscal anterior (princípio da anterioridade) e aplicá-la ao caso, dela extraindo a base de cálculo, as alíquotas e outros dados necessários. Na linha pontilhada do tempo, um ponto-fato, único, tributável, aconteceu. Os olhos do aplicador voltam-se para a lei *antes vigente*, no ano anterior. Vejamos agora o fato jurídico do IPTU. Este é *ser ou estar alguém proprietário* em dado dia do ano civil. O imposto é cobrado *uma vez só por ano*. E “n” pessoas podem ser proprietárias do imóvel num mesmo ano, mas somente a que for proprietário no dia azado, definido em lei, pagará o imposto. Assim, o “ser proprietário” (aspecto material da hipótese de incidência) torna-se relevante na medida que este “ser proprietário” coincide com o dia, digamos 22 de janeiro de dado ano civil, eleito como o dia da ocorrência do fato gerador. Quem for

¹⁰⁴ *Direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 520.

proprietário nesta data é o sujeito passivo *de jure*. Ao aplicador da lei basta verificar a lei vigente em 31 de dezembro do ano anterior extratando a base de cálculo e as alíquotas.

Agora, note-se, o *lucro imobiliário* é de *incidência instantânea* (e indeterminada no tempo). Atrai a incidência como um ponto qualquer atrai um raio elétrico (qualquer ponto de vários pontos que formam a linha de tempo que vai de 1º de janeiro a 31 de dezembro do ano civil). O IPTU já é periódico. O momento marcado pela lei para sua incidência funciona como um *para-raios*. O corisco da incidência incide sobre ele e não sobre outro ponto qualquer. Se, todavia, a lei não marcar dia, será contribuinte o proprietário do imóvel na ocasião do lançamento.

Com o imposto de renda anual, as coisas se passam diferentemente, não por ser ele “complexivo” ou “pendente”, e sim periódico. Nele, não é só a incidência que é periódica, mas também o seu *fato jurígeno* (durante o ano). De saída, verifica-se que a expressão “fato gerador periódico” apresenta conotações diferentes no IPTU e no IR. Neste, é a *apuração do imposto* que é feita levando-se em conta período certo de tempo. Aliás, o IPI e o ICMS também são periódicos, nesse sentido; *são periódicos por mês*. O IR é periódico por ano. Importa verificar que, em ambas as hipóteses a lei aplicável será a que estiver em vigor no dia 31 de dezembro do ano anterior (princípios da anterioridade e da irretroatividade).¹⁰⁵ (destaques do autor)

Pois bem. Compreendido que o vocábulo obrigação é sinônimo de relação jurídica, a doutrina civilista classifica as espécies de obrigações, concernentes ao tempo de adimplemento, como obrigação momentânea ou instantânea e obrigação de execução continuada ou periódica.

Segundo MARIA HELENA DINIZ,¹⁰⁶ a obrigação momentânea, instantânea, transitória ou transeunte é a que se consuma num só ato em certo momento, havendo completa exaustão da prestação logo no primeiro momento de seu adimplemento.

Já a obrigação de execução continuada, duradoura, contínua, de trato sucessivo ou periódico, é a que protraí no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados, solvendo-se num espaço mais ou menos longo de tempo.¹⁰⁷

No âmbito do direito tributário, o vínculo jurídico entre sujeito ativo e sujeito passivo pode se dar de forma instantânea ou continuada.

Sobre estas duas espécies de relação jurídica tributária, HUGO DE BRITO MACHADO ensina:

No primeiro caso, o fato tributável é autônomo, isto é, nele residem todos os elementos de que se necessita para determinar o valor do tributo a ser pago, e o

¹⁰⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*, cit., p. 298-299.

¹⁰⁶ *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 130.

¹⁰⁷ Idem, ibidem, p. 131.

pagamento extingue não apenas o crédito tributário respectivo, mas a própria relação obrigacional fisco-contribuinte. No segundo caso, o fato tributável não é autônomo, no sentido de que, embora produza, isoladamente, o efeito de criar a obrigação tributária, ele se insere em um conjunto de outros fatos relevantes para a composição da relação jurídica fisco-contribuinte.¹⁰⁸

E continua o citado autor:

A relação jurídica tributária instantânea é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências eventuais. Por isto mesmo não existe, nem se faz necessário, um cadastro de contribuintes, sujeitos passivos dessa relação.

A relação jurídica tributária continuativa é peculiar aos tributos relacionados a ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura.¹⁰⁹

TEORI ALBINO ZAVASCKI, tomando por base as circunstâncias temporais do fato gerador, entende que há três espécies de relação jurídica: a *instantânea* (decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado, como ocorre na venda de um imóvel); a *permanente* (ou *duradoura*, que, segundo ele, nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo, como, por exemplo, a obrigação de pagar alimentos); e a *sucessiva* (a qual nasce de fatos geradores instantâneos, mas que se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada, como acontece com o ICMS).¹¹⁰

Afirma também o referido jurista que há certas relações jurídicas sucessivas que nascem de um suporte fático complexo, formado por um fato gerador instantâneo, inserido numa situação jurídica permanente. É o que se extrai das seguintes palavras:

No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado *status* jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração. Por exemplo: a relação obrigacional de que nasce o direito de receber o pagamento de vencimentos mensais tem como fato gerador imediato a prestação do serviço pelo servidor: sem a ocorrência desse, não existirá aquele. Assim considerada, é relação jurídica sucessiva, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Mas o citado fato gerador se forma num contexto jurídico mais complexo: o do regime estatutário, de caráter permanente (e não sucessivo), que vincula os figurantes da relação jurídica. Disso resulta que a

¹⁰⁸ *Mandado de segurança em matéria tributária*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003, p. 43.

¹⁰⁹ *Idem*, *ibidem*.

¹¹⁰ *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*, p. 3. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

relação obrigacional nasce da incidência da norma sobre um suporte fático complexo, composto de um (a) fato instantâneo e inserido numa (b) situação permanente. No exemplo dado, o sujeito ativo, para fazer jus ao pagamento da prestação mensal, além de exercer efetivamente suas funções naquele período (fato gerador instantâneo e imediato), tem de ostentar também o *status* de servidor público legitimamente investido no cargo (fato gerador permanente e mediato).¹¹¹

Portanto, o ordenamento jurídico comporta diversas espécies de relações jurídicas, cada qual com especificidades que as diferenciam, o que, por certo, influencia não só sobre a forma de cumprimento da obrigação, mas, principalmente, sobre os efeitos de uma sentença transitada em julgado.

2.3. Processo e relação jurídica processual

Várias teorias foram criadas durante a evolução do direito acerca da natureza jurídica do processo, sendo visto inicialmente como procedimento (sequência ordenada de atos), sendo que tal visão, porém, não se trata de verdadeira teoria sobre o processo, mas de um modo de encará-lo.

É que, como anota ALEXANDRE FREITAS CÂMARA,¹¹² na fase imamentista (ou civilista), não tendo o direito processual autonomia científica, o estudo do processo, por muito tempo, foi o estudo de suas formas e dos atos que o compõem.

Superada a fase procedimentalista ou praxista (estudo da prática forense), surgiu a teoria contratualista, a qual, baseada no texto de Ulpiano, explicava o processo através da *litiscontestatio*, consistente num comportamento processual das partes, dirigido a um objetivo comum, qual seja, o compromisso de participarem do juízo *apud iudicem* e acatarem o respectivo julgamento, espécie de contrato pelo qual as partes aceitam de comum acordo a fórmula que tenha sido deferida pelo magistrado.¹¹³

A teoria contratualista foi substituída pela teoria quase contratualista do processo, a qual, criada pelo jurista francês Arnault de Guényvau, baseava-se na ideia de que o processo

¹¹¹ *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*, p. 3.

¹¹² *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 159.

¹¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, cit., 2009, p. 160.

deveria ser enquadrado entre as categorias de direito privado.¹¹⁴

Ditas teorias, porém, não tiveram grande aceitação, mas, historicamente, possuem importância para o reconhecimento de uma fase e do desenvolvimento do direito processual.

A autonomia do direito processual ocorreu no século XIX através da obra de Oskar von Bülow intitulada *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*¹¹⁵, publicada em 1868. Conhecida como a fase autonomista, que perdurou até 1950, o estudo do direito processual civil se desenvolveu e todos os seus institutos foram traçados com solidez, estabelecendo os conceitos de ação, processo, relação jurídica processual, condições da ação e de pressupostos processuais¹¹⁶.

Assevera ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, uma vez mais, que

para a teoria do processo como relação jurídica, este é uma relação intersubjetiva, ou seja, uma relação entre pessoas, dinâmica, de direito público, e que tem seus próprios sujeitos e requisitos (a esses requisitos deu Bülow o nome de pressupostos processuais). Tal relação jurídica teria como conteúdo uma outra, de direito material (a *res in iudicium deducta*, já referida), e teria por fim permitir a apreciação desta pelo Estado-juiz.¹¹⁷

A par da existência de algumas teorias que entendiam o processo não como relação jurídica, mas como instituição jurídica, como categoria jurídica, como procedimento em contraditório ou como entidade complexa, acreditamos na ideia de que o processo é relação jurídica, pois não há dúvidas de que as partes no processo estão interligadas por liames jurídicos significativos e importantes, em virtude dos quais se exige que cada qual pratique e observe certos atos e procedimentos que o ordenamento jurídico lhe permite¹¹⁸.

Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JR. assim ensina:

Relação jurídica é o vínculo estabelecido entre pessoas, provocado por um fato que produz mudança de situação, regido por norma jurídica. O processo é uma relação

¹¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*, cit., 2009, p. 160.

¹¹⁵ ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, sobre esta teoria, assim observam: “O grande mérito de Bülow foi a sistematização, não a intuição da existência da relação jurídica processual, ordenadora da conduta dos sujeitos do processo em suas ligações recíprocas. Deu bastante realce à existência de dois planos de relações: a de direito material, que se discute no processo; e a de direito processual, que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela” (*Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 300).

¹¹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 1, p. 79.

¹¹⁷ *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, v. 1, p. 161.

¹¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 302.

jurídica, pois apresenta tanto o seu elemento material (vínculo entre as partes e o juiz) como o formal (regulamentação por norma jurídica), produzindo nova situação para os que nele se envolvem.¹¹⁹

Saliente-se, no entanto, que entender que processo é relação jurídica não significa que são expressões sinônimas, já que aquele é a síntese da progressão jurídica de atos e fatos que se substituem gradativamente em obediência aos requisitos formais estabelecidos em lei e guardando entre si determinada ordem de sucessão, sendo a relação jurídica, por outro lado, a progressão daqueles atos e fatos legalmente estabelecidos.

Assim, feita esta importante distinção entre processo e relação jurídica, e tendo em mente que a relação jurídica processual é o nexos que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus, é possível afirmar que tal relação (processual) diferencia-se da relação jurídica substancial por três aspectos: por seus sujeitos (autor, réu e Estado-juiz), por seu objeto (prestação jurisdicional); e por seus pressupostos (os pressupostos processuais).

E sobre os elementos da relação jurídica processual, compreende-se que o juiz, como representante do Estado, não participa do jogo de interesses contrapostos, mas comanda toda a atividade processual distinguindo-se das partes por ser necessariamente imparcial; o objeto, por sua vez, consiste no serviço jurisdicional que o Estado tem o dever de prestar, consumando-se com o provimento final em cada processo; e os pressupostos processuais (demanda regularmente formulada, capacidade de quem a formula e órgão estatal investido de jurisdição).

2.3.1. Breves notas sobre jurisdição, processo e ação

Como cediço, o Estado, no exercício do seu poder soberano, possui três funções, quais sejam, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional, sendo esta última tomada como a mais importante entre os institutos do direito processual, considerada, assim, um dos temas fundamentais.

Pela jurisdição, o Estado busca a realização prática das normas jurídicas em caso de

¹¹⁹ *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 703.

conflitos entre pessoas, declarando e desenvolvendo as medidas cabíveis para que os preceitos contidos no direito positivo sejam efetivamente realizados.

Daí entender a jurisdição como sendo a “função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos”.¹²⁰

No entanto, para que se atinja o fim primordial da jurisdição – a pacificação e a justiça social –, o Estado vale-se do processo para manifestar seu poder jurisdicional. Nessa ordem de ideias, processo é um instrumento a serviço da paz social, de atuação do direito material¹²¹.

Dado o caráter instrumental do processo (meio – e não um fim em si mesmo – de atuação concreta do direito material), a jurisdição é uma das mais importantes técnicas de tutela de direitos.

Esclareça-se, desde já, que jurisdição e tutela jurisdicional não se confundem, uma vez que aquela é uma função do Estado e esta uma das formas pelas quais o Estado assegura a proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ou outra posição jurídica de vantagem.

Nesse sentido, sendo o processo um método de atuação do Estado-juiz, é por meio da tutela jurisdicional que se assegura, de forma concreta, a proteção a quem seja titular de um direito subjetivo ameaçado ou violado.

Saliente-se, no entanto, que a função jurisdicional é inerte, de modo que o Estado-juiz somente atuará se provocado, e mais, apenas intervirá sobre casos concretos. Daí a afirmativa de que os órgãos jurisdicionais não foram instituídos para definir academicamente meras hipóteses jurídicas, tampouco interferir de ofício nos conflitos entre cidadãos.¹²²

Também, nem todo conflito de interesses é submissível à função jurisdicional, mas apenas aqueles que configuram uma lide, ou seja, uma pretensão resistida, na expressão de CARNELLUTI.¹²³

Em matéria tributária, o contribuinte, sujeito passivo da respectiva obrigação,

¹²⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 288.

¹²¹ Nesse sentido, leciona CASSIO SCARPINELLA BUENO: “É para exercer adequadamente a ‘função jurisdicional’ (a jurisdição) que o Estado Democrático de Direito vale-se de um específico método que garanta o atingimento de seus devidos fins pelos devidos meios. Este ‘método’ é o processo” (*Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 288).

¹²² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 104.

¹²³ *Instituciones del proceso civil*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997, v. I, p. 28.

evidentemente, pode provocar o Estado-juiz em variadas situações, especialmente quando há incompatibilidade entre uma norma jurídica tributária e a Constituição Federal.

Trata-se, sem dúvida nenhuma, de uma atividade em que o Estado, na função (poder-dever) de prestar uma tutela (defesa) ao direito material potencialmente violado, atua como garantidor das limitações constitucionais ao poder de tributar.

Falar em jurisdição remete-nos a *processo* e *ação*, também considerados como institutos fundamentais do direito processual civil.

Ainda que não seja nossa intenção discorrer profundamente sobre as noções de *processo* e *ação*, importa traçar algumas linhas básicas sobre tais institutos.

Como já apontado acima, *processo* constitui o método ou sistema de atuação do Estado-juiz. Trata-se de instrumento da jurisdição, pelo qual o poder judiciário exerce sua função de solucionar conflitos de interesses, em substituição das partes litigantes, aplicando o direito ao caso concreto.

Assim, como instrumento da atividade intelectual do juiz, o processo se apresenta como a “série de atos coordenados regulados pelo direito processual, através dos quais se leva a cabo o exercício da jurisdição”. Esses múltiplos e sucessivos atos se intervinclam e se mantêm coesos graças à relação jurídico-processual que os justifica e lhes dá coerência pela meta final visada: a prestação jurisdicional.¹²⁴

Mas *processo* não se confunde com *procedimento*, sendo este considerado como a exteriorização daquele, ou seja, o modo como um processo se desenvolverá para atingimento da sua finalidade, que é a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI ensinam que:

Processo e procedimento, na verdade, segundo expressiva doutrina, somados compõem relação jurídica processual (o primeiro como dado substancial e o segundo como aspecto formal, de ordem estrutural, pois é por meio dele – do procedimento – que o processo se desenvolve) com toda a sua complexa sequência de atos, entre si interligados, de forma a proporcionar condições para a existência do provimento jurisdicional que ponha fim à lide.¹²⁵

¹²⁴ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 129.

¹²⁵ *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 190.

Já por *ação* entende-se um direito público subjetivo abstrato, de natureza constitucional (artigo 5º, XXXV, da CF/88), de provocar o Estado-juiz para que solucione um dado conflito de interesses.

Inobstante as teorias construídas ao longo do tempo sobre a concepção do direito de ação,¹²⁶ prevalece em nosso sistema processual a teoria abstrata, segundo a qual todos possuem titularidade para provocar a atuação jurisdicional, independentemente de o titular da ação possuir ou não razão.

Assim, provocada a jurisdição, por meio do exercício do direito constitucional de ação, o Estado-juiz, observando o método (processo) e seguindo um rito estabelecido por normas jurídicas (constitucionais e legais), concederá ou não a tutela jurídica pretendida.

2.3.2. O provimento final de mérito

O Estado-juiz, substituindo a vontade das partes num dado conflito de interesses, ao exercer a função jurisdicional, quando provocado, busca estabelecer a pacificação social com justiça.

A manifestação do poder jurisdicional dá-se, como visto linhas atrás, através do *processo*, método ou sistema de atuação imposto aos órgãos jurisdicionais para o exercício da função jurisdicional.

Daí dizer que o fim do processo é a entrega da prestação jurisdicional, satisfazendo assim, a tutela jurídica pretendida.

Mas para que o processo atinja seu objetivo, que é a aplicação do direito à situação concreta exposta pelas partes litigantes, o órgão jurisdicional realizará as seguintes atividades: análise dos fatos expostos pelas partes e análise do direito como vontade abstrata da lei.

Da conjugação daquelas atividades o Estado-juiz formula sua conclusão, manifestando assim, a vontade concreta da lei. E tal manifestação dá-se através da sentença.

Nesse sentido, eis as lições de GIUSEPPE CHIOVENDA:

¹²⁶ Conforme relata a doutrina, as principais teorias sobre o direito de ação eram: a civilista ou imanentista (ação como simples aspecto do direito material); a ação como direito autônomo e concreto (a ação somente existia se a sentença fosse favorável ao autor) (THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 151-152).

A sentença, em geral, é a provisão do juiz que, recebendo ou rejeitando a demanda do autor, afirma a existência ou a inexistência de uma vontade concreta de lei que lhe garanta um bem ou respectivamente a inexistência ou existência de uma vontade de lei que garanta um bem ao réu.¹²⁷

Assim, observadas as condições e os requisitos processuais necessários para a efetiva entrega da prestação jurisdicional, o Estado-juiz, por sentença, encerra uma fase cognitiva do processo judicial, resolvendo o litígio representado na demanda.

A par da classificação doutrinária das sentenças (terminativa e definitiva), focamos nossa atenção com a que resolve o mérito da causa, no todo ou em parte, na medida em que somente estas são capazes de revestir a autoridade da coisa julgada.

A sentença, como ato de inteligência e de vontade que é, dado o silogismo que exerce o Estado-juiz sobre a lei e os fatos, culminando, além da rejeição ou acolhimento do pedido do autor, numa decisão, comando ou ordem,¹²⁸ decorre, como bem acentuado por TEORI ALBINO ZAVASCKI, “da verificação de dados de fato e de direito relevantes para um juízo de certeza a respeito de uma determinada relação jurídica”.¹²⁹

Assim, no exercício da função jurisdicional, o Estado-juiz exerce atividades cognitivas para formulação de um juízo sobre a incidência ou não de uma norma jurídica abstrata sobre um determinado fato concreto.

E ditas atividades consistem, segundo o precitado autor, em:

(a) coletar e examinar provas sobre ato ou o fato em que possa ter havido a incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c) finalmente, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as consequências pretendidas.¹³⁰

Entretanto, para que se considere efetivamente entregue a prestação jurisdicional, não

¹²⁷ *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução do original italiano *Istituzioni di diritto processuale civile* (Trad.: Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998, v. I, p. 198.

¹²⁸ Como ensina HUMBERTO THEODORO JR.: “Daí inclinar-se a doutrina dominante para o entendimento de que a sentença contém um ato de inteligência, um ato lógico (um silogismo: premissa maior – lei; premissa menor: fatos; conclusão – acolhimento ou rejeição do pedido); mas nela também se encontra, e muito especialmente, um ato de vontade. Isso porque a sentença sempre conclui com uma ordem, uma decisão, um ‘comando’” (*Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 1038).

¹²⁹ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 97.

¹³⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 97.

basta simplesmente que se profira a sentença. Necessário, para tanto, que contra ela não caiba ou não mais caiba nenhuma espécie de recurso, tornando assim, a sentença imutável, indiscutível. Antes disso, via de regra, há apenas expectativa do direito declarado na sentença.

Nesse sentido, MOACYR AMARAL SANTOS assevera:

Enquanto sujeita a recurso e pois suscetível de reforma, a sentença, em princípio, não produz os seus efeitos regulares, principais e secundários. É situação jurídica. Enquanto sujeita a recurso a sentença, não se atingiu ainda a finalidade do processo, que é a composição da lide, pelo julgamento final da *res in iudicium deducta*. E, assim, o Estado não satisfaz nem ultimou a prestação jurisdicional, a que está obrigado. O Estado ainda não disse, pela boca do órgão jurisdicional, a palavra final, que traduzirá a vontade da lei na sua atuação à relação jurídica deduzida em juízo.¹³¹⁻¹³²

Portanto, somente com o trânsito em julgado da sentença é que se poderá falar em efetiva entrega da prestação jurisdicional, passando assim, a ter força de lei entre as partes, nos termos como preceitua o art. 503¹³³ do Código de Processo Civil de 2015.

2.4. A relação entre o direito material e o direito processual

Embora se possa afirmar que o direito processual é uma disciplina autônoma (no sentido didático), vale dizer, desvinculado ou independente de qualquer outro ramo, não há como negar que o direito substancial influencia sobremaneira na compreensão do direito processual.

Essa é a opinião de CASSIO SCARPINELLA BUENO:

O direito processual civil, não obstante tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, serve, atende e volta-se para a aplicação concreta do direito material. O direito processual civil realiza o direito material, e, por isto mesmo, deixa-se influenciar de forma mais ou menos intensa por ele. Nesta perspectiva, o

¹³¹ *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 46.

¹³² CELSO NEVES também anota que: “No plano da jurisdição contenciosa que é o próprio da coisa julgada, os meios de reexame protelam, todavia, a sua formação, dando ensejo à figura que, em doutrina, se denomina sentença sujeita a recurso. Para CHIOVENDA, na esteira da teoria do duplo exame e um só juízo, a sentença, enquanto pende o prazo de recurso, embora resolução autônoma, é carente de valor atual, caracterizando simples possibilidade de vir a ser sentença, mera situação jurídica que a preclusão do recurso pode transformar em sentença” (*Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 473).

¹³³ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

direito processual civil desempenha a finalidade de instrumento do direito material.¹³⁴

Na mesma linha de pensamento, EDUARDO MELO DE MESQUISTA assevera, além da importância do direito substancial para resolução de grande parte dos problemas enfrentados no direito processual, a necessidade da inter-relação entre ambas as disciplinas.¹³⁵

Relativamente à matéria tributária, o direito substancial também exerce forte influência no direito processual, como não poderia deixar de ser.

PAULO CESAR CONRADO¹³⁶ chega a afirmar que da natureza da relação jurídica denuncia a natureza da relação processual, como, por exemplo, o direito penal.

Em interessante artigo intitulado “*Perspectivas do contencioso tributário, judicial e administrativo, em vista do novo Código de Processo Civil*”, o precitado autor, tratando da reafirmação, pelo novo Código de Processo Civil, dos princípios da efetividade e da instrumentalidade, salienta a grande influência que o direito material exerce sobre as normas processuais, inclusive no momento da interpretação e aplicação destas.

Se isso já ocorria (ou devia ocorrer) ao tempo do Código “velho”, mais ainda com o novo: como visto, esse diploma carrega a tinta na “questão” da efetividade-instrumentalidade, lembrando e relembrando que o processo não pode ser visto como um problema, mas como um meio de interferência eficaz na realidade. E se assim é, natural que o direito material subjacente ao processo seja o fiel da balança no momento da interpretação-aplicação da norma processual – é ele que recheará de sentido a norma processual, dando-lhe contornos concretos.

Não há, nessa medida, “um” Código de Processo Civil; há tantos códigos quantos sejam os setores materiais por ele servidos.

Sem medo, diríamos: o Código de Processo Civil, no campo tributário, pode e deve ser visto como “Código de Processo Tributário”, reconstruindo-se o sentido das normas ali postas para ajustá-las ao plano material de que se fala.¹³⁷

Por conta desta íntima relação entre estes dois ramos do direito, especialmente pelas peculiaridades do direito tributário, JAMES MARINS¹³⁸ destaca que o Direito Processual Tributário possui, para fins didáticos, autonomia, sugerindo, inclusive, o seu disciplinamento sob o ponto de vista do direito tributário, pois, segundo ele, é medida necessária, em razão do

¹³⁴ *Curso sistematizado de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 88.

¹³⁵ *As tutelas cautelar e antecipada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 257 (Col. Estudos de Direito de Processo, Enrico Tullio Liebman).

¹³⁶ *Processo tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 25.

¹³⁷ Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Paulo-Cesar-Conrado.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹³⁸ *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 15-23.

excesso de normas jurídicas tributárias, do excesso de inconstitucionalidades, além dos problemas relacionados ao lançamento tributário, à atuação procedimental e processual da administração, à dualidade de cognição (resolução de lides na esfera administrativa e judicial), ao aumento do número de lides tributárias, dentre outros motivos.

RICARDO LOBO TORRES, porém, posiciona-se no sentido de que o processo tributário se insere no Direito Processual, constituindo apenas uma especialização ou um detalhe dentro da disciplina geral da composição das lides.¹³⁹

REGINA HELENA COSTA,¹⁴⁰ por sua vez, afirma que pelo fato de o processo judicial tributário não possuir regramento próprio, e que as lides tributárias não se distinguem das demais lides, todos os institutos do direito processual civil são aplicáveis, genericamente, às demandas tributárias.

Referida autora excetua apenas o processo administrativo tributário, pois, tendo normas próprias, considera ser possível distingui-lo do gênero processo administrativo.

A par da posição de abalizada doutrina, acreditamos que o Direito Processual Tributário pode sim ser considerado como disciplina autônoma para fins didáticos, inobstante não haver, de fato, normas específicas voltadas às lides tributárias indistintamente.¹⁴¹

Por outro lado, estamos com JAMES MARINS,¹⁴² que defende a necessidade de sistematização do processo tributário, não só em razão das peculiaridades do direito material (tributário), mas também pela influência que a tributação exerce na vida econômica dos contribuintes, o que, no mais das vezes, é controlado pelo Poder Judiciário.

Lembre-se que a própria realidade nos mostra a importância do direito processual tributário, seja pela evolução jurisprudencial acerca das garantias formais dos contribuintes, muitas vezes construídas pela interpretação dos tribunais, seja pelo equívoco cometido por decisões judiciais por falta de especialidade, gerando, desta forma, verdadeira insegurança jurídica.

¹³⁹ *Curso de direito financeiro e tributário*, cit., p. 340.

¹⁴⁰ *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, cit., p. 427.

¹⁴¹ Com exceção, é claro, da Lei nº 6.830/1980, a qual, porém, tendo sido editada num período totalitário e exclusivamente com base na eficácia da cobrança e melhora da arrecadação, mostra-se, atualmente, deficiente.

¹⁴² “Isso nos afigura relevante por duas razões que se conectam e que restarão evidenciadas no desenrolar do presente trabalho: i) há inegável carência de obras jurídicas de cunho propedêutico no campo do Direito Processual Tributário; ii) os assuntos concernentes a esta disciplina são invariavelmente tratados de forma isolada e pontual, senão que em estudos exclusivamente amarrados a comentários de legislação codificada (como ocorre com frequência na Alemanha, Argentina, Itália e em Portugal), sem que se externem qualquer preocupação com o desenvolvimento de estruturas principiológicas fundamentais” (*Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*, 6. ed., cit., p. 16).

Ademais, as diversas modificações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, cujos impactos sobre as demandas tributárias é inegável, já nos mostra, uma vez mais – porque isso já se constatava na vigência do Código de Processo Civil revogado –, a premente necessidade de uma legislação específica voltada para questões tributárias, pois, como cediço, o Processo Civil, tendo como base lide entre particulares, é incapaz, por vezes, de responder às demandas travadas entre o Poder Público (Fisco) e o cidadão (contribuinte).

3. A COISA JULGADA

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXXVI, previu, dentre os direitos e garantias fundamentais, que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Relativamente à coisa julgada, nota-se que ela não é um instituto meramente processual, mas, sim, um tema constitucional, considerada como cláusula pétrea, estando protegida, inclusive, pelo que está estabelecido no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal.¹⁴³

Elevada à proteção máxima pela Constituição Federal, a coisa julgada, na nossa concepção, não trata apenas e simplesmente de regra de direito intertemporal, mas é, a bem da verdade, verdadeira garantia constitucional, porquanto constitui uma das mais importantes expressões de segurança jurídica.

E na perspectiva pela busca da estabilidade – inclusive, da proteção da confiança – dos atos e das instituições estatais, acreditamos que a coisa julgada é a mais forte expressão de segurança jurídica.¹⁴⁴

Assim, tendo o texto constitucional disciplinado o instituto da coisa julgada, tratando-a como pura garantia constitucional e considerando-a como cláusula pétrea, encontra-se totalmente protegida não só do legislador, mas também de decisão judicial, salvo, neste último caso, em situações excepcionais legalmente previstas.

3.1. Breve histórico

Ao longo da história, a coisa julgada foi e vem sendo até os dias atuais objeto de grandes debates doutrinários, resultando daí importantes teorias que tentaram não só estabelecer o momento processual em que a regra *bis de eadem re ne sit actio* (numa tradução

¹⁴³ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁴⁴ ROQUE ANTONIO CARRAZZA ensina: “Enfim, as decisões judiciais definitivas, mesmo as que giram em torno de questões tributárias, devem sujeitar-se aos postulados constitucionais que consagram e garantem a segurança jurídica das pessoas. Dito de outro modo: a efetiva observância do *decisum*, evitando que as pessoas se sintam frustradas em suas expectativas legitimamente constituídas, é uma das manifestações mais expressivas do princípio da segurança jurídica” (*Curso de direito constitucional tributário*, cit., p. 521).

livre corresponderia o mesmo que *sobre a mesma coisa não deve haver duas ações*) incidiria, mas o que, de fato, representaria a *res iudicata*.

Embora não seja o nosso propósito tratar minuciosamente sobre todos os fatos históricos relativos à coisa julgada, faremos aqui breves apontamentos ocorridos ao longo da sua evolução.¹⁴⁵

Ao abordar o perfil histórico da coisa julgada nos períodos da *legis actiones* e do processo formular vigentes no Império Romano,¹⁴⁶ CELSO NEVES anota o seguinte:

A regra *bis de eadem re ne sit actio* já constituída no período clássico, *vetus proverbium*, de tão remota consagração que QUINTILIANO não alcançava o seu verdadeiro e original significado. Acredita-se que a vedação tenha sido objeto de uma lei anterior às Doze Táboas, mantida consuetudinariamente e que a *interpretatio iuris civilis* relacionou à *litis contestatio*, como salienta COGLIOLO, para quem a regra significava: “Sobre uma e mesma relação jurídica não pode ocorrer duas vezes a ação da lei, ou seja, um processo”.¹⁴⁷

A par da dificuldade da investigação e determinação do exato momento em que se originou a coisa julgada, atribui-se aos juristas romanos a concepção inicial de que seria na *litis contestatio*¹⁴⁸ o momento processual da eficácia da regra *bis de eadem re ne sit actio*, sendo que um direito não mais poderia ser objeto de novo juízo se já deduzido em processo anterior, ainda que não julgado.

As *legis actiones* são assim designadas “porque se originaram de um texto legal (da lei das XII Táboas ou de outro) ou porque as situações jurídicas por elas tuteladas se fundavam em uma lei, cujas palavras deveriam ser cuidadosamente repetidas no formulário da *actio*”.¹⁴⁹

Já o processo formular – fórmula, diminutivo de forma, palavra grega que significa modelo – era um

autêntico modelo abstrato pelo qual se propiciava litigar por escrito, em conformidade com os esquemas jurisdicionais, pelo direito honorário, no edito do

¹⁴⁵ Advirta-se, desde já, que a maioria dos apontamentos foram tirados da obra de CELSO NEVES, intitulada *Coisa julgada civil*, trabalho este de imprescindível leitura.

¹⁴⁶ Segundo JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, costuma-se delimitar três grandes fases do processo civil romano: o da *legis actiones* (vigor desde a fundação de Roma até os fins da república), o *per formulas* (constituindo com a fase anterior, o *ordo iudiciorum privatorum* foi introduzido pela *lex Aebutia* e oficializado definitivamente pela *Lex Julia privatorum*) e o da *extraordinaria cognitio* (instituído com o advento do principado e vigente até os últimos dias do império romano do Ocidente) (*Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 39).

¹⁴⁷ *Coisa julgada civil*, cit., p. 10.

¹⁴⁸ Momento de fixação da lide que seria objeto de decisão pelo juiz popular (*iudex*) na segunda fase do procedimento.

¹⁴⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 51-52.

pretor. A expressão *processo formular* – salienta Pugliese – é encontrada nas *Institutas* de Gaio, que aludia a *agere, litigare per formulam* ou *per formulas* (4.30), em contraposição ao *agere* ou *petere per legis actiones*.¹⁵⁰

A justificativa possível para tal entendimento é que, conforme anota CELSO NEVES, Cogliolo via uma distinção, já no período da *legis actiones*, entre o procedimento *in iure* (ao pretor incumbia organizar e fixar os termos da controvérsia) e o procedimento *in iudicio* ou *apud iudicium* (ao *iudex*, particular escolhido pelas partes litigantes, incumbia julgar o processo), sendo que somente no primeiro é que se referia à *legis actio*, atinente à atividade do Estado, em contraposição à atividade privada específica do *iudex*.¹⁵¹

E conclui o referido autor: “Daí a vinculação da regra à *litis contestatio* que define o termo final da *legis actio*, ou seja, do procedimento que implica a autoridade do Estado e não se repete”.¹⁵²

Mas, dado o aumento e crescente complexidade das relações jurídicas, tornou-se quase impossível ao *unus praetor* apurar a identidade dos litígios, motivo pelo qual fora transferido ao *iudex* a solução da questão prejudicial (verificação se um direito já fora objeto de anterior *legis actio*).¹⁵³

Assim, no processo formular, a questão passou a ser decidida ou *ipso iure* ou transferida ao *iudex*, através de uma *exceptio* (denominada *exceptio rei in iudicium deductae*), por meio do qual cabia àquele examinar, de forma prejudicial, a existência de coisa julgada em processo anterior.

No entanto, mesmo com tal transferência de atribuição, o efeito consumptivo (ou esgotante do processo) decorrente da regra *bis de eadem re ne sit actio*, no período clássico, ainda ligava-se à *litis contestatio*.¹⁵⁴

Ainda no processo formular, à *sententia* acrescenta-se um novo elemento, o *iudicatum*, por força do qual se impunha às partes um comportamento decorrente de uma opinião formada pelo juiz.

Já no processo da *extraordinaria cognitio* a *sententia iudicis* correspondia ao exercício da jurisdição entregue às magistraturas que detêm a função jurisdicional do Estado, passando

¹⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano* cit., p. 73-74.

¹⁵¹ *Cosa julgada civil*, cit., p. 11.

¹⁵² Idem, ibidem.

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 13.

¹⁵⁴ Idem, ibidem, p. 24.

a *sententia* a ser entendida como “ato de aplicação da lei aos casos concretos: *omnem, quae de libello scripta recitantur, dici volumus atque esse sententiam*”.¹⁵⁵

Do novo conceito de sentença, construído no sistema formular e consolidado no processo da *extraordinaria cognitio*, surge nova orientação ao sistema processual romano, interferindo, portanto, no conceito de coisa julgada, passando esta a ser entendida como a força legal do ato do magistrado.

Assim, anota CELSO NEVES que:

Enquanto a coisa julgada, no período clássico é a *res*, a questão sobre que versa o *iudicatum* e que permite falar-se de uma *res de qua agitur*, de uma *res in iudicium deducta* e, conseqüentemente, de uma *res iudicata*, no processo *extra ordinem* esta última expressão, paralelamente ao conceito novo de *sententia* – porque deixa de ser um antecedente lógico do *iudicatum* para constituir-se no próprio ato que condena ou absolve – passa a significar a *força legal* desse ato do magistrado.¹⁵⁶

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI e LUIZ CARLOS DE AZEVEDO, tratando da sentença e da *res iudicata* no processo do período da *extraordinaria cognitio*, afirmam que a sentença não mais se identificava como simples opinião, parecer jurídico de um cidadão investido no poder de julgar, mas encerrava um comando imperativo e vinculante emanado de um órgão estatal.¹⁵⁷

Destacam também referidos autores que a sentença possuía uma validade substancial com efeitos negativo (consistente na impossibilidade de instauração de novo processo com objeto idêntico a de uma demanda anterior, cabendo, neste caso, oposição via *exceptio iudicatae*) e positivo (decorrente do conteúdo e extensão da sentença, a coisa julgada, de um lado, operava entre as partes, não podendo prejudicar terceiros, e de outro, a eficácia excepcional em relação a certas pessoas que, embora não tivessem participado da demanda, sujeitavam-se ao julgado).¹⁵⁸

No direito justinianeu, a sentença passou a ter efeito consumptivo (ou esgotante) do processo de modo a impedir a repropositura da mesma demanda. A coisa julgada, neste período, passou a ser a consequência do pronunciamento do juiz que põe fim ao litígio, seja por condenação, seja por absolvição.

¹⁵⁵ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, cit., p. 27.

¹⁵⁶ Idem, ibidem, p. 28.

¹⁵⁷ *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 146-147.

¹⁵⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 148.

O conceito de MODESTINO, entretanto, já é outro, quando relaciona a coisa julgada ao pronunciamento decisório que condene ou absolva o réu. A *res iudicata*, aí, liga-se ao *iudicatum* próprio do processo formular, porque a *sententia* do sistema das *legis actiones* não excedia o raciocínio lógico do *iudex privatus*, destituída que era de qualquer comando. Só no período da *extraordinária cognitio*, fundidos os dois conceitos na *sententia*, a coisa julgada pode tomar o caráter que hoje tem.¹⁵⁹

Nesse sentido, relata CELSO NEVES que no Livro VII do Digesto do *Codex iustinianus* (fragmento 1, título I, Livro 42, de Modestino) define-se a *res iudicata* como: “*Res iudicata dicitur, quae finem controversarium pronuntiatione iudicis accipit; quod vel condemnatione, vel absolutione contingit*”.¹⁶⁰

Assim, a coisa julgada seria a consequência do julgamento proferido pelo juiz, seja absolutório ou condenatório, pondo fim ao processo, estabelecendo limites à coisa julgada, acentuando o que hoje se conhece como congruência entre o pedido e a decisão (fragmento 4 do Livro LVIII, ad Edictum, de Ulpiano), bem como limitando a coisa julgada aos sujeitos do processo (contraditores) (fragmento 63, de Macro).¹⁶¹

E no título II do Livro 44 do Digesto¹⁶² já se nota que a *eficácia* da coisa julgada ficava restrita às questões efetivamente deduzidas e decididas, vinculando apenas as pessoas que participaram do processo, condenadas ou absolvidas, sendo que, se a mesma questão fosse de novo proposta, entre as mesmas partes, a exceção da coisa julgada teria efeito obstativo.¹⁶³

No período intermediário, entre o clássico e o moderno, a doutrina do direito comum, partindo das lições de Modestino, atribui à coisa julgada dupla significação, ora referente à lide terminada pela sentença de juiz competente, ora relacionada à sentença que se fez firme, pelo decurso do prazo para apelação, assinalando, assim, a existência de diferença entre sentença e coisa julgada.¹⁶⁴

Passada em julgado, a sentença equiparava-se à verdade e transformava-se em lei para os litigantes, exceto para terceiros.

¹⁵⁹ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, cit., p. 40.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*, p. 30.

¹⁶¹ Idem, *ibidem*.

¹⁶² “*Iulianus libro tertio digestorum respondit exceptionem rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur: et ideo et si singulis rebus petitis hereditatem petat vel contra, exceptione summovebitur.*”

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 33-34.

¹⁶⁴ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, cit., p. 59-60.

Entretanto, conforme destacado por ENRICO TULLIO LIEBMAN, todas as ideias sobre a sentença e coisa julgada construídas ao longo da tradição romanística, a par da transformação que sofreram com Justiniano, no qual se começa a distinguir entre os efeitos da sentença e a sua autoridade, manifestaram-se “do modo mais discreto e menos aparente, e, em geral, não foram compreendidas em toda a sua significação, nem mesmo pelos modernos”.¹⁶⁵

No Direito Moderno, Savigny, um dos principais pensadores da época, cujo pensamento é considerado como um importante divisor entre a antiga e a nova doutrina acerca da coisa julgada, entendia que a força legal da sentença nada mais seria que uma ficção da verdade:

Mas se a justeza da sentença anterior é posta em dúvida, parece natural que se empreenda um novo exame e, reconhecido o erro, se repare a injustiça, como simples exigência da equidade. Essa modificação, entretanto, não obstará que um outro juiz julgasse errônea, depois, a segunda sentença, reiterando a primeira ou emitindo um julgamento diferente dos dois anteriores, circunstância essa que levaria os direitos a uma situação de incerteza, tão logo uma relação jurídica passasse a constituir objeto de uma lide. Daí dois perigos seríssimos: de um lado o perigo de se dever manter uma sentença resultante de erro ou má tenção do um juiz, mesmo quando se reconheça a sua iniquidade; de outro lado o perigo de uma incerteza sem limites. Qual dos danos seja o maior, é questão de política jurídica que só pode ser resolvida mediante ponderação experimental das circunstâncias e necessidades efetivas que, desde tempos remotos e nas legislações de povos vários, tem levado a reconhecer-se como perigo maior a incerteza dos direitos e à adoção de medidas necessárias para afastá-lo, através do instituto designado como força legal da sentença que outra coisa não é senão a ficção da verdade, mercê da qual a sentença passada em julgado é garantida contra qualquer tentativa futura de impugnação ou de invalidação e do qual o mais geral pronunciamento sobre o seu conteúdo e os motivos que o determinam se encontra em comentário de PAULO ao Edito (D., 44.2.1.6.).¹⁶⁶

Referido jurista alemão passou a entender que a coisa julgada não se concebia pela simples existência da sentença, mas no seu conteúdo, a partir do qual uma sentença posterior não poderia contrariar uma sentença já proferida.

Procurou-se, por isso, reformular o instituto da *exceptio rei iudicatae*, de molde a assegurar a cada decisão do juiz a sua indubitável eficácia para o futuro, fundando-o não mais na simples existência da sentença mas no seu conteúdo, concebendo-se – para assegurá-lo em cada lide futura – uma *replicatio rei iudicatae*. O princípio jurídico posto à base do instituto passa a exprimir-se pela seguinte fórmula: uma sentença posterior não deve contradizer o conteúdo de uma sentença já pronunciada.

¹⁶⁵ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 4-5.

¹⁶⁶ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, cit., p. 108.

Se uma nova lide há uma questão já decidida em lide anterior, o novo juiz deve admitir por verdadeiro o conteúdo da primeira sentença e tê-lo por base da sua própria decisão.¹⁶⁷

Em contraposição à teoria de Savigny, GIUSEPPE CHIOVENDA assim afirmou:

Quando se define a coisa julgada como uma “ficção de verdade”, como uma “verdade formal”, como uma “presunção de verdade”, afirma-se uma coisa exata somente no sentido de que, para a maioria dos cidadãos estranhos a uma lide, a sentença aparece como coisa conforme a verdade. Essa, contudo, é tão só a justificação política da coisa julgada. *Juridicamente*, conforme vimos no princípio, a coisa julgada não tem em vista a afirmação da verdade dos fatos, mas da existência de uma vontade de lei no caso concreto.¹⁶⁸

Com esta concepção, CHIOVENDA, cujo magistério influenciou sobremaneira as concepções atuais sobre a coisa julgada, posicionava-se no sentido de que a *res iudicata* consistia na indiscutibilidade da existência da vontade da lei afirmada na sentença, de modo que a coisa julgada seria um *efeito* da sentença.

O bem da vida que o autor deduziu em juízo (*res in iudicium deducta*) com a afirmação de que uma vontade de lei o garante a seu favor ou nega ao réu, depois que o juiz o reconheceu ou desconheceu com a sentença de recebimento ou de rejeição da demanda, converte-se em coisa julgada (*res iudicata*).

[...]

A coisa julgada é a eficácia própria da sentença que acolhe ou rejeita a demanda, e consiste em que, pela suprema exigência da ordem e da segurança da vida social, a situação das partes fixada pelo juiz com respeito ao bem da vida (*res*), que foi objeto de contestação, não mais se pode, daí por diante, contestar; [...].¹⁶⁹

Outro pensador digno de nota foi FRANCESCO CARNELUTTI, o qual entendia que a *res iudicata* também seria um efeito da sentença, na medida em que a autoridade da coisa julgada seria oriunda da declaração de certeza que pretende ver expressada pela eficácia imperativa da sentença, enquanto vontade do Estado, sendo que esta imperatividade é que constituiria o seu elemento essencial, e não a sua imutabilidade, que só adquiriria com o trânsito em julgado.

Assim, para este jurista, a autoridade da coisa julgada constituiria uma eficácia externa, representada pela imutabilidade de que se podem revestir os efeitos de uma decisão.

¹⁶⁷ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, cit., p. 109-110.

¹⁶⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. I, p. 449.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 446-452.

Passando ao exame da eficácia da decisão, diz CARNELUTTI que ela se expressa, antes de tudo, como *imperatividade*, que nada mais representa senão a projeção da vontade do juiz, embora derive de lei, que é a sua fonte imediata. A eficácia externa, essa compreende não apenas o efeito desejado pelo juiz mas qualquer outro efeito que uma norma jurídica faça surtir em face de haver ele pronunciado uma decisão. [...]

A imperatividade da decisão – prossegue CARNELUTTI – denomina-se coisa julgada ou mesmo autoridade da coisa julgada, porque a expressão “coisa julgada” refere-se tanto ao ato, quanto ao efeito de decidir. Todavia, porque a eficácia da sentença não é apenas essa, mas também a outra espécie da sua eficácia assim se chama, surge a necessidade de distinguir duas espécies de eficácia. Isto se obtém contrapondo-se a coisa julgada material à coisa julgada formal.¹⁷⁰

A par da existência de outras importantes doutrinas estrangeiras¹⁷¹, inclusive brasileiras¹⁷² que tenham tratado da coisa julgada, a desenvolvida por Enrico Tullio Liebman foi a que exerceu não só grande influência, mas preponderou entre boa parte dos doutrinadores de nosso país.

ENRICO TULLIO LIEBMAN, acatando a distinção feita por Carnelutti entre a imperatividade e imutabilidade da sentença, afirma que:

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.¹⁷³

E continua o precitado jurista italiano:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.¹⁷⁴

Assim, pela teoria de Liebman a coisa julgada torna a sentença imutável, fazendo com que aquele ato processual torne-se inalterável em sua forma e imutável em seus efeitos, vale dizer, tanto as sentenças declaratórias como as constitutivas ou condenatórias.

¹⁷⁰ NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*, cit., p. 372-373.

¹⁷¹ Konrad Hellwig, Ugo Rocco, dentre outros.

¹⁷² Pontes de Miranda, Guilherme Estellita, José Carlos Barbosa Moreira, Celso Neves, dentre outros.

¹⁷³ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 41.

¹⁷⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51.

3.2. A coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

No Brasil, a primeira regra sobre a coisa julgada apareceu no Regulamento 737 de 25 de novembro de 1850, dispondo, no art. 74 e § 4º:

Art. 74. Nas causas commerciaes só tem lugar as seguintes excepções:
[...]
§ 4º De cousa julgada.

Já no período republicano, a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 (Código Civil), foi a primeira a tratar da coisa julgada:

Art. 3. A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, ou a coisa julgada.
[...]
§ 3º Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judicial, de que já não caiba recurso.

Inobstante o Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, ter revogado o precitado art. 3º do Código Civil de 1916, em 1957, com a publicação da Lei nº 3.238, a coisa julgada voltou a ser disciplinada, permanecendo até a promulgação da Lei nº 12.376/2010.

No âmbito constitucional, a coisa julgada apareceu positivada na Constituição de 1824 (de modo genérico, no art. 179, inciso III), na de 1891 (art. 11, § 3º), na de 1934 (art. 113, § 3º), na de 1946 (art. 141, § 3º), de 1967 (art. 150, § 3º) e na de 1969 (art. 153, § 3º).

O Decreto-lei nº 1.608/1939 (Código de Processo Civil) previa a coisa julgada como hipótese de exceção (art. 182, inciso II), além de atribuir à sentença força de lei nos limites das questões decididas (art. 287). E o art. 288 estabelecia que a coisa julgada constituía efeito da sentença.¹⁷⁵

No Código de Processo Civil de 1973, instituído pela Lei nº 5.869, a coisa julgada possuía a seguinte previsão: “*Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário*”.

¹⁷⁵ Art. 288. Não terão efeito de coisa julgada os despachos meramente interlocutórios e as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária e graciosa, preventivos e preparatórios, e de desquite por mútuo consentimento.

Como se vê, inobstante a intenção do elaborador do projeto do Código de Processo Civil de 1973, Alfredo Buzaid – então Ministro de Estado da Justiça e Ministro do Supremo Tribunal Federal – da adoção da teoria de Liebman sobre a coisa julgada (conforme nota 10 da exposição de motivos do Código de Processo Civil¹⁷⁶), o precitado artigo acabou por conceituar a coisa julgada como sendo efeito da sentença.

Alerta CASSIO SCARPINELLA BUENO que tal constatação, no entanto, “[...] não tem aptidão de recusar o acerto à distinção proposta originariamente por Liebman, largamente aceita, com algumas variações e desenvolvimentos pela doutrina do direito processual civil brasileiro”.¹⁷⁷

E no Código de Processo Civil de 2015, instituído pela Lei nº 13.105, a teoria de Liebman sobre a coisa acabou sendo positivada, nos seguintes termos: “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

3.3. Definição e finalidade

Atualmente, pela teoria desenvolvida por Liebman, adotada pela maioria da doutrina processual brasileira, inclusive, pelo nosso direito positivo, é possível definir a coisa julgada como sendo uma qualidade dos efeitos da decisão de mérito que torna imutável o comando nela contido, após o esgotamento de todos os recursos contra ela cabíveis.

No mesmo sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO define a coisa julgada como sendo a “imutabilidade da sentença e de seus efeitos. Ela decorre depois que a sentença se torna irrecorrível [...]”.¹⁷⁸

HUMBERTO THEODO JR. compreende a coisa julgada como sendo “uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos, depois que não

¹⁷⁶ O projeto tentou solucionar esses problemas, perfilhando o conceito de coisa julgada elaborado por Liebman e seguido por vários autores nacionais. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/177828/CodProcCivil%201974.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 06 jun. 2017.

¹⁷⁷ *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2, tomo I, p. 368.

¹⁷⁸ *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, v. III, p. 300.

seja mais possível impugná-los por meio de recurso”.¹⁷⁹

ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, por sua vez, assim define a coisa julgada: “Pode-se, pois, definir a coisa julgada como a imutabilidade da sentença (coisa julgada formal) e de seu conteúdo (coisa julgada material), quando não mais cabível qualquer recurso”.¹⁸⁰

Conferindo um caráter mais amplo à coisa julgada, vale dizer, já na vigência do novo Código de Processo Civil, CASSIO SCARPINELLA BUENO assim assevera:

Para além da importante discussão doutrinária, importa dar destaque à opção feita, a meu ver, inequivocamente, pelo CPC de 2015 em seu art. 502. A coisa julgada recai sobre determinadas decisões jurisdicionais. Nem sobre seus efeitos e nem sobre seu comando, mas, mais amplamente, sobre aquilo que foi decidido pelo magistrado. Não que os efeitos (ou, mais amplamente, a aptidão de eles serem experimentados, sua *eficácia*) ou o comando das decisões não sejam temas relevantíssimos para o direito processual civil. É evidente que o são, como anuncio a propósito de outras opções feitas pelo CPC de 2015. O que quero destacar aqui e agora, contudo, é que a coisa julgada tem campo de incidência genérico, recaindo sobre o que foi decidido.¹⁸¹ (destaques do autor)

Pois bem. A par destas definições oferecidas pela doutrina, as quais, em maior ou menor grau, diferenciam-se pela extensão da *res iudicata*, fato é que parece haver consenso entre os doutrinadores que a coisa julgada, além de ser uma qualidade da decisão de mérito e não um efeito desta, tem por objetivo obstar a eternização de discussões judiciais, garantindo-se a estabilidade às relações jurídicas e, portanto, certeza e confiança sobre uma das principais funções do Poder Judiciário, que é a prestação de tutela jurisdicional em prol da pacificação de conflitos.

Nesse sentido, afirma ARRUDA ALVIM:

Ao longo da história, os juristas buscaram, sem muito sucesso, encontrar o que seria um fundamento estritamente jurídico para a existência da coisa julgada. Criaram-se, neste intento, diversas teorias, como as da presunção da verdade, força legal da sentença, dentre muitas outras. Hoje, todavia, parece claro que a existência da coisa julgada se deve a razões de ordem prática, ligadas à necessidade de impedir a eternização das controvérsias, o que ocorreria caso as decisões judiciais estivessem sujeitas sempre a questionamentos. Por outras palavras, a coisa julgada é fenômeno decorrente da necessidade de que a função jurisdicional possa cumprir, de maneira

¹⁷⁹ *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, v. 1, cit., p. 1086.

¹⁸⁰ *Lições de direito processual civil*, cit., v. 1, p. 460.

¹⁸¹ *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, volume único, p. 399-400.

adequada, seu papel de *pacificação social com segurança e estabilidade das relações jurídicas*.¹⁸² (destaques do autor)

HUMBERTO THEODORO JR., citando Liebman, ressalta que as “qualidades que cercam os efeitos da sentença, configurando a coisa julgada, revelam inegável necessidade social, reconhecida pelo Estado, de evitar a perpetuação dos litígios, em prol da segurança que os negócios jurídicos reclamam da ordem jurídica”.¹⁸³

Portanto, é inegável que a coisa julgada, em busca da segurança jurídica, impede a eternização de demandas judiciais, tendo assim, o objetivo primordial de conferir estabilidade às relações jurídicas.

3.4. Inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil sobre a coisa julgada

Antes de abordar alguns aspectos da coisa julgada, é importante discorrer sobre as principais inovações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil (CPC/2015), o qual foi instituído pela Lei nº 13.105/2015, com vigência desde 18 de março de 2016.

Com o propósito de conferir maior celeridade processual e real efetividade da prestação da tutela jurisdicional, primando, pois, pela eficiência do processo, diversas modificações foram introduzidas pelo CPC/2015, pondo-se em destaque neste trabalho o instituto da coisa julgada.

Conferindo um caráter mais abrangente no tocante ao alcance da coisa julgada, o art. 502 do CPC/2015 estabelece, agora, que todas as *decisões de mérito* não sujeitas a recurso transitam em julgado.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a *decisão de mérito* não mais sujeita a recurso. (destaque nosso)

¹⁸² Novo contencioso cível no CPC/2015, cit., p. 304.

¹⁸³ Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum, cit., v. 1, p. 1099.

Diferentemente do regramento estabelecido pelo Código de Processo Civil de 1973¹⁸⁴, o CPC/2015, adotando o gênero (decisão) da qual a sentença é espécie, contemplou, como dito, não apenas a sentença de mérito, mas também as decisões interlocutórias de mérito, albergando, dessa maneira, outros atos passíveis de suportarem a autoridade da coisa julgada material (imutabilidade e indiscutibilidade).¹⁸⁵

Assim, para além das hipóteses previstas no art. 487¹⁸⁶, o art. 503 do CPC/2015 prevê o seguinte:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no *caput* aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Nota-se que o CPC/2015 permite que resoluções de questão prejudicial ao mérito, embora interlocutórias, proferidas no curso do processo, comportem a autoridade da coisa julgada¹⁸⁷, tornando-se, portanto, imutáveis e indiscutíveis, desde que a solução da questão principal dependa de decisão da questão prejudicial, observando-se, neste caso, o prévio e efetivo contraditório e a competência do juízo (material e pessoal) para resolução da questão principal.

¹⁸⁴ O CPC/1973 previa sentença e não decisão de mérito: “Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a *sentença*, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

¹⁸⁵ Aqui, vale a pena mais uma vez o registro feito por CASSIO SCARPINELLA BUENO: “Para além da discussão doutrinária, importa dar destaque à opção feita, ao meu ver inequivocamente, pelo CPC de 2015 em seu artigo 502. A coisa julgada recai sobre determinadas decisões jurisdicionais. Nem sobre seus efeitos e nem sobre seu comando, mas, mais amplamente, sobre aquilo que foi decidido pelo magistrado. Não que os efeitos (ou, mais amplamente, a aptidão de eles serem experimentados, sua eficácia) ou o comando das decisões não sejam temas relevantíssimos para o direito processual civil. É evidente que o são, como anuncio a propósito de outras opções feitas pelo CPC de 2015. O que quero destacar aqui e agora, contudo, é que a coisa julgada tem campo de incidência mais genérico, recaindo sobre o que foi decidido” (*Manual de direito processual civil*, cit., p. 399-400).

¹⁸⁶ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição; III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) a transação; c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

¹⁸⁷ O Código de Processo Civil de 1973 não permitia o trânsito em julgado das questões prejudiciais, salvo no caso da ação declaratória incidental prevista no art. 325, ação esta não contemplada no CPC/2015.

Por outro lado, não comportam a autoridade de coisa julgada material em caso de revelia ou no caso de eventuais restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial, situações estas que reforçam a necessidade do prévio e efetivo contraditório acerca da questão prejudicial.

ARRUDA ALVIM, em interessante síntese do exposto no art. 503, assim afirma:

O CPC/2015, com isso, visa a dar maior rendimento aos processos, impedindo que, já tendo sido decidida determinada questão prejudicial em um processo, venha ela a ser objeto de novas discussões em outro. Privilegia-se, ademais, a segurança jurídica, na medida em que se tenta impedir que uma mesma relação jurídica prejudicial seja analisada de forma distinta em dois processos. Por outro lado, é clara a preocupação do Código em evitar que a extensão dos limites objetivos da coisa julgada venha a violar o devido processo legal. Por isso exige, por exemplo, que tenha havido contraditório prévio e efetivo (art. 503, § 1º, II), em impedir que isso ocorra em desobediência às normas de competência absoluta (art. 503, § 1º, III), bem como em processos que não permitam uma discussão aprofundada destas questões (art. 503, § 2º).¹⁸⁸

Outra inovação importante trazida pelo CPC/2015 diz respeito ao julgamento antecipado parcial do mérito, sendo que a respectiva decisão, se não interposto contra ela recurso ou esgotados todos os meios impugnativos, transitará em julgado. É o que se deflui dos termos do artigo 356, incisos I e II, e §§ 3º e 5º:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

[...]

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

[...]

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Além disso, o art. 506 do CPC/2015 abandonou a clássica orientação contida no Código de Processo Civil de 1973 (art. 472¹⁸⁹) de que a sentença transitada em julgado não beneficiaria nem prejudicaria terceiros, contemplando, agora, a possibilidade de estes

¹⁸⁸ *Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit., p. 309.

¹⁸⁹ Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

terceiros serem beneficiados, mas não prejudicados, inclusive, em processos individuais, por decisão de mérito transitada em julgado materialmente.

Nesse sentido, eis as lições de CASSIO SCARPINELLA BUENO:

Trata-se de proposta que consagra, mesmo nos “processos individuais”, a possibilidade de transporte *in utilibus* da coisa julgada. Como o terceiro, que o é porque não formulou pedido e nem em face dele foi formulado, *beneficiar-se-á* da decisão (não podendo ser prejudicado), não há por que questionar a opção feita pelo CPC de 2015 na perspectiva constitucional.¹⁹⁰

Por fim, cabe destacar que, inobstante possuir natureza interlocutória a decisão que conceda a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, o art. 304 e § 6º do CPC/2015 prevê a possibilidade de estabilização da respectiva decisão se contra esta não for interposto recurso, não fazendo, porém, coisa julgada, podendo, por outro lado, ser revista, reformada ou invalidada mediante ação própria proposta, tanto pelo autor quanto pelo réu, no prazo de dois anos.

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no *caput*, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do *caput*.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

Parece ser compreensível que decisões desta natureza não transitem materialmente em julgado (§ 6º), ainda que passível de estabilização (*caput* do art. 304), pois, inobstante a admissibilidade de possível resolução do mérito¹⁹¹ decorrente da extinção do processo por não insurgência do réu contra a medida concessiva da tutela antecipada (§ 1º), sendo decisão de

¹⁹⁰ *Manual de direito processual civil*, cit., p. 405.

¹⁹¹ ARRUDA ALVIM observa que o CPC/2015 não deixa claro se nesta situação há ou não resolução do mérito, ainda que parte da doutrina já tenha se manifestado afirmando haver resolução de mérito (*Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit., p. 184).

natureza precária, não haveria razão de conferir idêntica qualidade às decisões de mérito proferidas em cognição exauriente.

Ora, se o CPC/2015 exclui do âmbito da coisa julgada material resoluções de questões prejudiciais ao mérito na hipótese de ausência de contraditório prévio e efetivo, na revelia e nos casos em que seja necessária ampla cognição, o que dizer sobre decisões proferidas em cognição sumária e, por vezes, sem prévio e efetivo contraditório (o que somente se realizará na ação principal da tutela antecipada requerida em caráter antecedente).

Eis, portanto, as principais inovações introduzidas pelo CPC/2015 acerca da coisa julgada.

Passemos agora a discorrer sobre os efeitos e os limites da coisa julgada.

3.5. Coisa julgada formal e coisa julgada material

A imutabilidade dos efeitos da decisão de mérito, ou de seu comando, pode refletir para dentro e para fora do processo. É o que a doutrina denomina, respectivamente, *coisa julgada formal* e *coisa julgada material*.

Sobre isso, CASSIO SCARPINELLA BUENO ensina:

Por assim dizer, denomina-se coisa julgada formal aquela sentença não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação endoprocessual e, portanto, trata-se de realidade próxima àquela desempenhada pela preclusão. A coisa julgada material, de sua vez, é aquela mesma característica de imutabilidade, analisada de fora do processo, isto é, enquanto característica da imutabilidade da sentença do ponto de vista exterior, não podendo a mesma ser atacada por qualquer meio, inclusive, extraprocessual.¹⁹²

NELSON NERY JR., acerca da coisa julgada material, assim assevera:

Somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa

¹⁹² *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, cit., v. 2, tomo I, p. 426.

julgada material, mas não o contrário. A coisa julgada material é um *efeito especial* da sentença transitada formalmente em julgado.¹⁹³

Anota ARRUDA ALVIM que, ao contrário do que acontece com a coisa julgada formal, a coisa julgada material torna imutável determinadas decisões, vale dizer, apenas as de mérito, sendo certo que ambos os fenômenos não são distintos, mas constituem níveis do mesmo fenômeno,¹⁹⁴ cada qual atuando, portanto, num sentido (intrinsecamente e extrinsecamente).¹⁹⁵

Relativamente à coisa julgada formal, pode-se afirmar sua aproximação com o instituto da preclusão, cuja distinção entre estes institutos reside no aspecto exterior, já que a coisa julgada formal identifica-se pelo encerramento de uma fase ou etapa cognitiva do processo.¹⁹⁶

Aspecto importante e que deve ser mencionado aqui é que a coisa julgada formal pode existir sozinha, especialmente nas decisões meramente terminativas que extinguem o processo sem o julgamento do mérito. Já a coisa julgada material, necessariamente, pressupõe a ocorrência da coisa julgada formal.

Nesse sentido, esclarecedoras são as lições de HUMBERTO THEODORO JR.:

A coisa julgada formal pode existir em determinado caso, como ocorre nas sentenças meramente terminativas, que apenas extinguem o processo sem julgar a lide. Mas a coisa julgada material só pode ocorrer de par com a coisa julgada formal, isto é, toda sentença para transitar materialmente em julgado deve, também, passar em julgado formalmente.

Para o nosso Código, lide é sempre o mérito da causa. Filiou-se, assim, abertamente à lição de Carnelutti que define lide como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do doutro. O julgamento desse conflito de pretensões, mediante o qual o juiz, acolhendo ou rejeitando o pedido, dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui uma sentença definitiva de mérito.

¹⁹³ *Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo. 10. ed., rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 52.

¹⁹⁴ *Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit., p. 305.

¹⁹⁵ Nesse sentido, também afirma MOACYR AMARAL SANTOS: “Pode-se dizer, com Liebman, que a coisa julgada formal e a coisa julgada material são degraus do mesmo fenômeno. Proferida a sentença e preclusos os prazos para recursos, a sentença se torna imutável (primeiro grau – coisa julgada formal); e, em consequência, se tornam imutáveis os seus efeitos (segundo grau – coisa julgada material) (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. IV, p. 423).

¹⁹⁶ DANIEL ASSUMPÇÃO NEVES assim afirma: “Esse impedimento de modificação da decisão por qualquer meio processual dentro do processo em que foi proferida é chamado tradicionalmente de coisa julgada formal, ou ainda de preclusão máxima, considerando-se tratar-se de fenômeno processual endoprocessual” (*Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, volume único, p. 1443).

A lide é, portanto, o objeto principal do processo e nela se exprimem as aspirações em conflitos de ambos os litigantes.¹⁹⁷

Por fim, outro ponto merecedor de destaque diz respeito ao momento da formação da coisa julgada, cujo estabelecimento traz reflexos sobre o início da contagem do prazo da ação rescisória de que trata o art. 966 do novo Código de Processo Civil.

Conforme anota EDUARDO ARRUDA ALVIM WAMBIER, o problema central reside em determinar se a decisão declaratória negativa (de admissibilidade) do recurso interposto teria efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, sendo certo que parte da doutrina perfilha o entendimento de que a decisão de inadmissibilidade teria efeitos retroativos, formando, pois, a coisa julgada no instante em que esgotados os prazos dos recursos interponíveis.

Ora, se a decisão de não conhecimento do recurso tem natureza declaratória negativa, poder-se-ia vir a concluir que o momento do trânsito em julgado ocorreu quando esgotados os prazos dos recursos interponíveis contra a decisão do tribunal local, eis que o recurso interposto veio a ser tido por não cabível (por isso não foi conhecido). Há autores, dos mais notáveis, que defendem enfaticamente essa posição, como é o caso de Barbosa Moreira. É também o caso do Prof. Nelson Nery Jr., que afirma: “O recurso não conhecido, por lhe faltar algumas das condições de admissibilidade, faz com que se verificou a causa do não conhecimento do recurso (eficácia *ex tunc*) e não no momento em que o tribunal *ad quem* proferiu o Juízo de admissibilidade”. Também é essa a posição de Ada Pellegrini Grinover.¹⁹⁸

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento no sentido de que o momento da formação da coisa julgada dar-se-á quando não seja mais cabível nenhuma espécie de recurso. É o que se infere do trecho do voto proferido pelo Ministro Herman Benjamin nos autos da Ação Rescisória nº 3.391/RS (DJe 06/11/2009):

Contudo, o STJ pacificou o entendimento de que o trânsito em julgado – e, portanto, o início do prazo para propositura da Ação Rescisória – caracteriza-se apenas quando já não for cabível nenhum recurso.
Com efeito, deve-se evitar a fluência do prazo para a Ação Rescisória antes mesmo da análise de recurso interposto pela parte.
Note-se que, do contrário, a demora no julgamento do apelo poderia inviabilizar a Rescisória: basta imaginar a hipótese de o relator do recurso levar o feito a julgamento em prazo superior a dois anos de sua interposição.
Assim, devem prevalecer os precedentes desta Corte, que fixam como termo *a quo* para a propositura da Ação Rescisória a data em que já não era cabível nenhum recurso.¹⁹⁹

¹⁹⁷ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 1095.

¹⁹⁸ *Direito processual civil*. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 621-622.

¹⁹⁹ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

O Supremo Tribunal Federal, por seu órgão Pleno, assim também decidiu:

AÇÃO RESCISÓRIA – DECISÃO RESCINDENDA ALEGADAMENTE FUNDADA EM ERRO DE FATO (CPC, ART. 485, IX) – FINSOCIAL – MAJORAÇÃO – ENQUADRAMENTO DAS EMPRESAS AUTORAS COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONHECIDOS – INAPTIDÃO PARA INTERROMPER OU PARA SUSPENDER A FLUÊNCIA DO PRAZO RECURSAL – DECURSO DO BIÊNIO DECADENCIAL – PEDIDO NÃO CONHECIDO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O direito à rescisão da sentença de mérito (ou do acórdão), qualquer que seja o fundamento da ação rescisória, extingue-se após consumado o prazo decadencial de 02 (dois) anos, cujo termo inicial passa a fluir da data do trânsito em julgado do acórdão ou do ato sentencial. - O caráter preclusivo e extintivo do prazo decadencial, dentro do qual deve ser promovido o ajuizamento oportuno da ação rescisória, impede, uma vez consumado “in albis” esse lapso de ordem temporal, que se impugne a “res judicata”, eis que, “Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa soberanamente julgada (...)” (José Frederico Marques, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/250, item n. 696, 9ª ed., 1987, Saraiva – grifei). Jurisprudência. - O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que recursos declarados inadmissíveis, sobre os quais incidiu juízo de incognoscibilidade, não impedem nem obstam a formação da coisa julgada, a significar, portanto, que a interposição de recurso de que não se conheceu, por haver sido considerado incabível, não tem o condão de projetar, no tempo, a data de início da contagem do biênio decadencial a que se refere o art. 495 do Código de Processo Civil. Precedentes. (Agravado Regimental na Ação Rescisória nº 2337, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 29/04/2013).²⁰⁰

Portanto, a coisa julgada formal e material constituem graus de um mesmo fenômeno, cada qual atuando, respectivamente, dentro e fora do processo, cuja formação se dá no exato instante em que não seja mais cabível nenhuma espécie de recurso.

3.6. Efeitos negativos e positivos da coisa julgada

A coisa julgada também pode exercer duas funções ou efeitos: *positiva* (vinculação das partes perante as quais ela foi produzida) e *negativa* (impedimento de sua rediscussão por qualquer órgão jurisdicional ou pelas próprias partes).

Admite-se, dessa maneira, uma função negativa e uma função positiva para a coisa julgada. Pela função negativa exaure ela a ação exercida, excluindo a possibilidade de sua reproposição. Pela função positiva, “impõe às partes obediência ao julgado como norma indiscutível de disciplina das relações extrajudiciais entre elas e obriga

²⁰⁰ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

a autoridade judiciária a ajustar-se a ela, nos pronunciamentos que a pressuponham e que a ela se devem coordenar”.²⁰¹

NELSON NERY JR., acerca da atitude do juiz diante da presença dos efeitos negativos e positivos que a coisa julgada exerce, assim observa:

Tendo havido a formação da coisa julgada material sobre determinada decisão, sentença ou acórdão, duas são as tarefas que se apresentam ao juiz, que tem de exercê-las *ex officio*: a) fazer valer a obrigatoriedade da sentença (princípio da *inevitabilidade* da jurisdição), ou seja, fazer com que as partes e eventuais terceiros atingidos pela coisa julgada cumpram o comando emergente da sentença acobertada pela *auctoritas rei iudicatae* (função judicial positiva); b) fazer valer a imutabilidade da sentença e a intangibilidade da coisa julgada, impedindo que a lide por ela acobertada seja rediscutida (função judicial negativa). O juiz tem o dever de ofício, *a limina iudicii*, de indeferir a petição inicial que reproduz ação idêntica à anterior, resolvida por sentença de mérito transitada em julgado (CPC, 267 V e § 3º e 301 VI e § 4º).²⁰²

Saliente-se que, relativamente ao efeito negativo, a coisa julgada também funciona como *pressuposto processual negativo*, impedindo, assim, o julgamento do mérito da nova demanda. Para tanto, necessário que esta possua os mesmos três elementos da demanda anterior, quais sejam, pedido, causa de pedir e partes (art. 337, §§ 1º a 2º, do CPC/2015²⁰³).

A par disso, uma vez transitada em julgado a decisão de mérito, as questões e argumentos não suscitados pelas partes no momento processual oportuno passam a ser consideradas irrelevantes (embora pudessem refletir no resultado de uma demanda, ainda que diverso daquele a que chegou), em razão da imutabilidade do comando judicial.

Tal fenômeno é denominado pela doutrina *eficácia preclusiva da coisa julgada material* ou *princípio do dedutível e do deduzido*, fazendo com que “tornem preclusas quaisquer discussões que poderiam alterar o julgamento já tornado imutável e indiscutível”²⁰⁴, incidindo, pois, o art. 508 do CPC/2015.²⁰⁵

LUIZ RODRIGUES WAMBIER e EDUARDO TALAMINI, acerca da eficácia preclusiva da coisa julgada e do princípio do dedutível e do deduzido, tratando-os como

²⁰¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 1102.

²⁰² *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*, cit., p. 59.

²⁰³ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...).§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. § 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso. § 4º Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado.

²⁰⁴ ALVIM, Arruda. *Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit., p. 312.

²⁰⁵ Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

fenômenos ligados à necessidade de estabilidade e ao desejo de segurança, assim esclarecem:

A eficácia preclusiva da coisa julgada é um dos efeitos decorrentes da coisa julgada, que atinge os fundamentos daquele decisório que ficou, em si mesmo, acobertado pela autoridade da coisa julgada. Segundo este princípio, tem-se que tudo aquilo que poderia ter sido deduzido como argumentação em torno do pedido do autor ou da contestação, ainda que não o tenha sido, reputa-se, por ficção, como deduzido.²⁰⁶

Sobre o referido princípio, CASSIO SCARPINELLA BUENO esclarece que a sua existência é necessária para compreensão do próprio fenômeno da coisa julgada e para a máxima eficiência desta opção política que realiza o princípio da segurança jurídica, pois não faria sentido cogitar de imutabilidade de uma decisão se fosse possível levar ao Judiciário, a cada novo instante, novos argumentos de questões já soberanamente julgadas.²⁰⁷

Esclareça-se, por oportuno, que tal princípio não se aplica na hipótese da causa de pedir de uma nova demanda ser diversa daquela afirmada em demanda anterior, ainda que o pedido e as partes sejam idênticos.

É que toda causa de pedir – entendida como fato ou conjunto de fatos de uma determinada consequência jurídica no mundo do direito –, comumente, depende de alegações ou defesas (argumentos) para sua comprovação, sendo certo que a causa de pedir é que qualifica o pedido.

Neste raciocínio, tendo o nosso ordenamento jurídico processual adotado a teoria da *substanciação*, exigindo-se, pois, a indicação do direito subjetivo que o autor pretende exercitar contra o réu e apontar o fato de que ele provém, então, se a causa de pedir constante numa nova demanda é distinta da demanda anteriormente julgada, tratar-se-á como nova demanda fosse.

Alterando-se a causa de pedir, não há óbice para um *novo* processo. Trata-se, a bem da verdade, de uma nova *demand*a, por força do que dispõe expressamente o art. 301, § 2º (...). Não, contudo, quando a causa de pedir for a mesma e novos forem os *argumentos*, as “alegações e defesas”, quando novos forem os motivos para infirmar

²⁰⁶ *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1, p. 655.

²⁰⁷ *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, cit., v. 2, tomo I, p. 373.

as razões de decidir que levaram ao proferimento da decisão acobertada pela coisa julgada.²⁰⁸

Sobre isso, FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA asseveram:

Em respeito ao direito fundamental de ação, ao devido processo legal e ao contraditório, insertos no art. 5º, XXXV, LIII e LV, CF, ora se perfilha a corrente majoritária, segundo a qual com a fundamentação da coisa julgada preclui a possibilidade de rediscussão dos argumentos e razões que digam respeito, tão somente, à causa de pedir deduzida pelo autor. A eficácia preclusiva da coisa julgada não poderia, jamais, atingir todas as outras causas de pedir que pudessem servir para embasar aquela mesma pretensão, sob pena de grave ofensa ao direito fundamental de ação, o devido processo legal e o contraditório.²⁰⁹

Para melhor compreensão, colha-se o seguinte exemplo: um locatário ajuíza ação pretendendo o reconhecimento da inexigibilidade de aluguéis (pedido) por ausência de contrato de locação (causa de pedir). Sucumbente nesta demanda, nada impede que o mesmo locatário, em nova demanda, pretenda a revisão do valor do aluguel (pedido) por considerá-lo excessivo (causa de pedir).

No campo tributário pode-se também citar um exemplo: um comerciante submetido ao regime de substituição tributária para frente relativo ao ICMS, na condição de substituído, propõe uma demanda pretendendo o reconhecimento de inexistência de relação jurídica tributária (pedido), por entender inconstitucional dito regime (causa de pedir). Vencido nesta demanda propõe nova ação, desta vez, pretendendo o reconhecimento do direito à restituição de diferença paga a maior em relação ao ICMS (pedido), entre o que fora cobrado no início da cadeia e o valor efetivamente devido quando da venda a consumidor final, por entender inconstitucional norma do Estado que veda a pretendida restituição (causa de pedir).

3.7. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

A coisa julgada também estabelece limites, sendo um de caráter objetivo²¹⁰ (impossibilidade de rediscussão da parte da decisão perante o Estado-Juiz) e outro de caráter

²⁰⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, cit., v. 2, tomo I, p. 374.

²⁰⁹ *Curso de direito processual civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2007, v. 2, p. 497.

²¹⁰ Art. 504. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

subjetivo²¹¹ (as partes do processo não podem pretender rediscutir o que já foi soberanamente decidido pelo Estado-Juiz porque vinculados à decisão já proferida).

Aqui acreditamos ser importante ressaltar que a imutabilidade dos efeitos de uma decisão recai apenas na parte dispositiva, não sobre os motivos que fundamentaram a decisão.

Nesse sentido, HUMBERTO THEODORO JR. assim observa:

Os motivos (puros), ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto da intangibilidade que é próprio da *res iudicata*. O Julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.²¹² (destaques do autor)

No mesmo sentido, FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA:

Somente se submete à coisa julgada material a norma jurídica concreta, contida no dispositivo da decisão, que julga o pedido (a questão principal, conforme o art. 468, CPC). A solução das questões na fundamentação (incluindo a análise de provas) não fica indiscutível pela coisa julgada (art. 469, CPC), pois se trata de decisão sobre questões incidentes.²¹³

O art. 503 do CPC/2015, ao dispor que *a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida*, a toda evidência, denuncia, além da necessária observância do que fora decidido pelo Estado-juiz, tendo, portanto, *força de norma jurídica* regente ao caso examinado e imuniza a decisão de mérito de discussões posteriores, salvante os casos aptos a ser objeto de ação rescisória.

Por fim, cabe salientar que, muito embora o art. 504 do CPC/2015 tenha estabelecido que não faz coisa julgada *os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença*, e *a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença*, não significa que a parte dispositiva (que transita em julgado) não deva ser interpretada com os elementos outros da sentença, do contrário, há risco de comprometimento da perfeita compreensão da conclusão a que chegou o Estado-juiz.

Aliás, note que o § 3º do art. 489 do CPC/2015 estabelece que *a decisão judicial deve*

²¹¹ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

²¹² *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 1110.

²¹³ *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 486.

ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé, regra esta sem similar no CPC/1973.

3.8. Eficácia temporal da coisa julgada e a cláusula *rebus sic stantibus*

Nos termos do art. 505 do CPC/2015, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se: *tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.*

A primeira observação que deve ser feita sobre o dito dispositivo é que ele não trata de exceção à coisa julgada, muito menos contrapõe o que estabelece o art. 502²¹⁴ do CPC/2015. Prevê, a bem da verdade, a possibilidade de *revisão* do que fora anteriormente decidido na hipótese de alteração das circunstâncias de fato ou de direito, de uma relação jurídica continuativa, que se baseou na sentença transitada em julgado.

Nesse sentido, cite-se o magistério de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO:

A vinculação pela coisa julgada material atinge os efeitos das condenações para o futuro em geral, entre as quais que dispõem sobre as obrigações de trato sucessivo. É, porém, indispensável ressaltar as peculiaridades ao conteúdo substancial dessas sentenças, cujo momento declaratório se refere a obrigações ainda não exigíveis, porque vincendas e não vencidas. Ordinariamente é inadmissível o julgamento sobre obrigações futuras, ou ainda inexigíveis, carecendo de ação por falta de interesse-necessidade aquele que viesse a juízo com uma pretensão a obter condenação a satisfazê-las. A lei, todavia, fundada em razões pragmáticas de aceleração da tutela jurisdicional, abre caminho para que sejam objeto de julgamento e possível condenação certas obrigações futuras que de algum modo estejam entrelaçadas com obrigações existentes e exigíveis no presente.²¹⁵

E continua o ilustre doutrinador:

Nessas situações, o juiz é autorizado a proferir sentença condenatória cujo primeiro momento lógico-substancial tem por conteúdo a declaração de obrigações já exigíveis, em associação a outras ainda inexigíveis, mas que *provavelmente* não seriam cumpridas voluntariamente pelo obrigado à medida que se fossem vencendo.

²¹⁴ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

²¹⁵ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. III, p. 316.

A autorização a proferir sentença para o futuro é concedida, portanto, em contemplação de inadimplementos prováveis, posto que futuros.²¹⁶

Exemplo clássico citado pela doutrina é o caso da sentença que condena o pai a pagar alimentos ao filho de um salário mínimo, cuja fixação se baseou na situação econômico-financeira do genitor na época. Posteriormente à decisão, ocorre substancial modificação da capacidade financeira do pai de modo a permitir a elevação da pensão fixada na sentença transitada em julgado. Neste caso, relativamente à decisão que transitou em julgado, ela se mantém íntegra, mas o ordenamento jurídico, diante da alteração da situação de fato do pai, permite que o filho proponha nova demanda para aumentar o valor da respectiva pensão.

Rememorando o que foi explanado no item 3.6 acerca do efeito negativo que a coisa julgada produz, se a causa de pedir – que qualifica o pedido – é diversa da demanda anterior, tratar-se-á, inegavelmente, de nova demanda.

No exemplo citado acima, a propositura de nova demanda pelo filho requerendo a elevação da pensão alimentícia (pedido) anteriormente fixada pela sentença transitada em julgado, por conta da modificação substancial da capacidade financeira do pai (causa de pedir baseada na alteração do estado de fato), não poderá ser obstada em razão da coisa julgada formada na decisão originária. Tal entendimento aplica-se também para alteração do pedido ou das partes.

Corroborando tais assertivas, CASSIO SCARPINELLA BUENO assim afirma:

À mesma conclusão é possível chegar tendo presente que a alteração dos fatos ou do direito é, por si só, suficiente para alterar a *causa de pedir* e, neste sentido, viabilizar o início de um *novo* processo, porque *qualitativamente* diverso do anterior, em cuja decisão recaiu a coisa julgada. O mesmo raciocínio deve ser empregado para os casos em que houver alteração do *pedido* ou das *partes* sobre as quais operou-se a coisa julgada anterior. Em todas estas situações, porque de nova “demanda” se trata, não há como entender que a coisa julgada anterior seja óbice a uma *nova e diversa* manifestação do Estado-juiz.²¹⁷

No âmbito tributário aplica-se o mesmo raciocínio, como na hipótese em que tenha sido reconhecida, por decisão judicial transitada em julgado, a inexistência de relação jurídica tributária do ICMS incidente sobre produtos industrializados objetos de exportação, em face da imunidade prevista no art. 155, § 2º, inciso X, letra *a*, da Constituição Federal de 1988.

²¹⁶ *Instituições de direito processual civil*, cit., v. III, p. 317.

²¹⁷ *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, cit., v. 2, tomo I, p. 381.

Sobre isso, o então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Luiz Fux, ao julgar o Recurso Especial nº 875.635/MG, assim observou:

[...] Deveras, a coisa julgada material, entendida como a imutabilidade do dispositivo da decisão e seus efeitos, incide sobre determinada relação jurídica de direito substancial, que constitui o objeto do processo, de forma que, para sua configuração, imperiosa é a identidade de partes, pedido e causa de pedir entre duas lides.

[...]

Destarte, conquanto seja de sabença que o que faz coisa julgada material é o dispositivo da sentença, faz-se mister ressaltar que o pedido e a causa de pedir, tal qual expressos na petição inicial e adotados na fundamentação do *decisum*, integram a *res judicata*, uma vez que atuam como delimitadores do conteúdo e da extensão da parte dispositiva da sentença. Dessa forma, enquanto perdurar a situação fático-jurídica descrita na causa de pedir, aquele comando normativo emanado na sentença, desde que esta transite em julgado, continuará sendo aplicado, protraindo-se no tempo, salvo a superveniência de outra norma em sentido diverso, o que inócorreu *in casu*.

[...]

Deveras, é autorizado inferir que os limites da coisa julgada devem ser compreendidos sempre em relação ao objeto do processo – causa de pedir e pedido – que, fundando-se em elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica de direito tributário material, faz com que a autoridade dos efeitos da coisa julgada seja estendida aos eventos vindouros, perdurando no tempo enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais foi estabelecido o juízo de certeza.

Isto porque tem-se por reconhecido um determinado regime jurídico – como sói ser a situação de não incidência do ICMS sobre produtos industrializados destinados à exportação, por expressa previsão constitucional – o qual perdurará como norma válida do sistema, até a superveniência de norma jurídica que altere essa situação fática.²¹⁸

Cite-se também o caso da Lei nº 7.689/1988 – que instituiu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – a qual, inobstante as alterações posteriores promovidas pelas Leis nºs 7.856/1989, 8.034/1990, 8.212/1991 e 8.383/1991, foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADIN nº 15/DF.

Saliente-se, por oportuno, que, nos casos como tais, vale dizer, em que se permite a revisão da sentença transitada em julgado por conta da modificação posterior do estado de fato ou de direito, não se trata de mitigação ou atenuação da coisa julgada, mas, sim, cessação da eficácia da decisão em razão da alteração superveniente do objeto do julgado.

Com efeito, se uma decisão baseia-se nas circunstâncias de fato e de direito suscitados pelas partes na demanda, o comando naquela contida (norma jurídica concreta emanada pelo Estado-juiz) atua enquanto subsistentes aquelas circunstâncias. Mas, alteradas estas, deixa o comando de atuar se o fato ou o direito analisado pela decisão desaparecerem ou se alterarem.

²¹⁸ Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

Nesse sentido, eis as lições de ENRICO TULLIO LIEBMAN:

Ora, se é certo, primeiramente, que a possibilidade da acenada mudança se verifica só para as sentenças dispositivas que se referem a uma relação continuativa, cujos elementos sejam por sua natureza variáveis; em segundo lugar, é certo, igualmente, que também para elas a coisa julgada se forma como para todas as outras sentenças e vale enquanto permaneçam inalteradas as condições da relação, só se tornando possível uma mudança quando e na medida em que variam as circunstâncias que determinaram a decisão.

Mas será que isso signifique uma atenuação dos princípios da coisa julgada? A mim me parece que não. De certo modo todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se tenham em conta os fatos que intervierem sucessivamente à emanção da sentença: por exemplo, se o devedor paga a soma devida, perde a condenação todo o valor. Outra coisa não acontece para os casos ora considerados, nos quais, tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica, sem mais, uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente, o que será uma aplicação, e numa derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada.²¹⁹

A propósito, vale também mencionar posição de HUMBERTO THEODORO JR. acerca do equívoco que alguns cometem ao identificarem a coisa julgada sobre relação jurídica continuativa com o limite temporal da coisa julgada:

Pretende-se, com isso, delimitar, no tempo, a eficácia da sentença dita determinativa, por consequência, também, a duração da coisa julgada. Na verdade, contudo, não é o efeito da sentença que é temporário, nem muito menos é a *res iudicata* que se extingue ao final de determinado momento. É o objeto do julgado que desaparece e, por isso, o comando sentencial deixa de atuar, não por ter extinguido sua força, mas por não ter mais sobre o que incidir.²²⁰

A nosso ver, nas relações jurídicas continuativas a coisa julgada possui, de fato, um limite temporal indeterminado, já que os respectivos efeitos da decisão de mérito permanecerão atuando enquanto mantidas as circunstâncias de fato e de direito que lastrearam a conclusão judicial.

Anote-se, ainda, que o art. 505 do CPC/2015, em seu inciso II,²²¹ prevê também a possibilidade de nova decisão sobre questão já decidida em outros casos previstos em lei.

²¹⁹ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 27-28.

²²⁰ *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum*, cit., v. 1, p. 1136.

²²¹ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

É o que se dá, por exemplo, com o disposto no art. 18²²² da Lei nº 4.717/1965, em que se permite a propositura de nova ação por qualquer cidadão na hipótese de uma ação popular anterior ter sido julgada improcedente por deficiência de prova.

Também, o previsto no art. 16 da Lei nº 7.347/1985, o qual autoriza qualquer legitimado da ação civil pública a propor nova demanda, desde que instruída com nova prova, quando a demanda anterior for julgada improcedente por insuficiência de provas.

Traçados os conceitos sobre os limites e efeitos da coisa julgada, passamos agora a analisar o comportamento da coisa julgada em demandas que envolvam matéria tributária, especialmente a sua eficácia no tempo.

²²² Art. 18. A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

4. A COISA JULGADA FORMADA EM AÇÕES ENVOLVENDO MATÉRIA TRIBUTÁRIA

De início, cumpre destacar que, tradicionalmente, a doutrina costuma classificar as ações e as sentenças como declaratórias, constitutivas, condenatórias, executivas *lato sensu* e mandamentais.

No entanto, ditas classificações, a bem da verdade, dizem respeito apenas às tutelas jurisdicionais voltadas à proteção de direitos materiais reconhecidos pelo Estado-juiz.

Sobre isso, ensina CASSIO SCARPINELLA BUENO:

A ‘ação’ caracteriza-se pela possibilidade de provocação do Estado-juiz para que seja prestada uma tutela jurisdicional; ela, a ação, o ‘direito de ação’, impõe-se pela inércia que caracteriza a função jurisdicional.

[...]

De outra parte, entender que as ‘sentenças’ são ‘declaratórias’, ‘constitutivas’, ‘condenatórias’, ‘executivas *lato sensu*’ ou ‘mandamentais’ – empregando a nomenclatura da doutrina tradicional – é desconhecer que, de acordo com o direito processual civil brasileiro, não só as sentenças – assim entendidas as decisões a que faz referência o art. 162, § 1º – mas também as decisões interlocutórias – as decisões que resolvem questões incidentes ao longo do processo, de acordo com o art. 162, § 2º – também veiculam comandos ‘declaratórios’, ‘constitutivos’, ‘condenatórios’, ‘executivos *lato sensu*’ e ‘mandamentais’. Trata-se, a bem da verdade, de uma consequência inarredável de se admitir a viabilidade de a prestação jurisdicional ser prestada não só ‘a final’ (tutela jurisdicional ulterior) mas também ‘antecipadamente’.²²³

Pois bem. Dentre as tutelas jurisdicionais interessa-nos a declaratória, ou seja, aquela em que o Estado-juiz declara a existência ou a inexistência de relação jurídica tributária.

Entende-se que a tutela declaratória é pertinente para declarar mesmo no caso em que já houve a lesão a direito. E este é o sentido expressado pelo art. 20²²⁴ do Código de Processo Civil.

No tocante ao mandado de segurança, é possível a declaração incidental, por sentença mandamental, de inexistência de relação jurídica tributária, vale dizer, desde que seja objeto de pedido pela parte e que sejam respeitados os requisitos legais para tanto (direito líquido e certo e prova pré-constituída):

²²³ *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*, cit., v. 1, p. 345-346.

²²⁴ Art. 20. É admissível a ação meramente declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Neste sentido, HUGO DE BRITO MACHADO observa:

Ressalte-se que a declaração em tela pode ser proferida incidentalmente, em ação anulatória de lançamento, em ação de repetição de indébito tributário ou em embargos à execução fiscal. A questão que se coloca reside em saber se também pode ser albergada por sentença proferida em mandado de segurança. Se no pedido formulado pelo impetrante não se encarta essa declaração, incluí-la no dispositivo da sentença respectiva é proferir sentença além do pedido. Nada impede, porém, que o impetrante peça ao juiz, além da ordem destinada a prevenir, ou a restabelecer a integridade de seu direito, também a declaração de inexistência, ou do modo de ser, da relação tributária. Ter-se-á, então, verdadeira ação declaratória embutida no âmbito do mandado de segurança, o que evidentemente não será possível se os fatos em que se fundar o pedido de declaração estiverem a depender de provas a serem ainda produzidas no curso do processo, porque neste caso evidentemente não se estará diante de direito líquido e certo.²²⁵

CASSIO SCARPINELLA BUENO, mais uma vez, com propriedade, afirma:

Na verdade, tanto em “ação declaratória” como em mandado de segurança, cujo emprego para o reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da incidência tributária é largamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência, o que interessa é o elemento declaratório, isto é, a certificação ou o reconhecimento do direito do contribuinte.²²⁶

Assim, não remanescem dúvidas quanto à possibilidade da obtenção, mesmo em mandado de segurança, de tutela jurisdicional declaratória, ainda que já ocorrida lesão a direito.

4.1. Os limites objetivos da coisa julgada e a relação jurídica tributária sucessiva

É cediço que toda sentença (norma concreta) é precedida de atividades cognitivas realizadas pelo Estado-juiz durante o processo, para que seja possível formular um juízo a respeito da incidência ou não de uma norma abstrata sobre um determinado suporte fático.

Neste sentido, ensina MOACYR AMARAL SANTOS:

Na formação da sentença, terá assim o juiz de estabelecer duas premissas: uma referente aos fatos, outra referente ao direito. São as premissas do silogismo.

²²⁵ *Mandado de segurança em matéria tributária*, cit., p. 179.

²²⁶ *Coisa julgada em matéria tributária: reflexões sobre a Súmula 239 do STF*, p. 24. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br>. Acesso em: 08 ago. 2015.

Diz-se, assim, que a sentença, a sua formação, se apresenta como um silogismo, do qual a premissa maior é a regra de direito e a menor a situação de fato, permitindo extrair como conclusão, a aplicação da regra legal à situação de fato.²²⁷

Com efeito, a sentença, ao pronunciar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica suscitada pelo demandante, o faz a partir das circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) apresentadas pelas partes.

É o que afirma TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Compõem, assim, a função jurisdicional cognitiva as atividades destinadas a formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata sobre determinado suporte fático, e que consistem, essencialmente, em: (a) coletar e examinar provas sobre o ato ou o fato em que possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c) finalmente, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência, enunciando a norma concreta; ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência, ou que não foi aquele o preceito normativo que incidiu em relação ao fato ou ato, e que, portanto, inexistiu a relação jurídica afirmada pelo demandante; ou, então, que não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as consequências pretendidas. Resulta deste conjunto operativo, uma sentença, identificadora do conteúdo da norma jurídica concreta, que, transitada em julgado, se torna imutável e passa a ter força de lei entre as partes (CPC, art. 468).²²⁸

O conhecimento desta dinâmica processual é importante para o estudo da eficácia da sentença e da coisa julgada no tempo, pois o fenômeno de incidência de uma norma abstrata sobre o suporte fático nem sempre se dará de maneira instantânea, podendo ocorrer de forma continuada ou não, como ocorre, comumente, nas relações jurídicas tributárias.

De fato, o direito tributário constitui campo extremamente fértil para análise do comportamento da coisa julgada no tempo, especialmente por contemplar obrigações que, embora tenham nascido de um fato gerador instantâneo, repetem-se no tempo de forma continuada e uniforme.

Pois bem. No que toca aos limites objetivos da coisa julgada, a regra geral, como já visto anteriormente, é a de que a sentença, por qualificar norma concreta, fazendo juízo de valor sobre fatos já ocorridos, opera efeitos para o passado e não para o futuro.

Nesse sentido, nas relações jurídicas tributárias continuativas a eficácia da sentença, via de regra, cinge-se apenas sobre fatos já efetivamente concretizados, não atingido, assim, fatos futuros, ainda que semelhantes.

²²⁷ *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 389.

²²⁸ *Coisa julgada em matéria tributária: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*, p. 1-2. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso: 17 nov. 2015.

Entretanto, conforme bem observa TEORI ALBINO ZAVASCKI, há relações jurídicas continuativas (ou sucessivas, na denominação dada por este autor) que nascem de suporte fático complexo, formado por fato gerador instantâneo, inserido numa situação jurídica permanente, sendo certo que neste caso é possível falar-se em *efeito prospectivo da sentença*, ou seja, em *eficácia vinculante* da sentença também em relação aos eventos recorrentes, não se configurando julgamento sobre norma em tese ou sentença com efeito normativo.²²⁹

A título de ilustração, cite-se como exemplo uma determinada empresa que tenha ingressado em juízo para obter um provimento jurisdicional que reconheça a inexistência de relação jurídica tributária relativa ao recolhimento da contribuição previdenciária patronal incidente sobre as verbas pagas ao trabalhador a título de aviso prévio indenizado.

O juízo de certeza, neste caso, acerca do direito da empresa de não ser compelida ao recolhimento daquela contribuição e naquela hipótese, terá força vinculante não apenas sobre os fatos geradores passados, mas também sobre os futuros, já que o juízo de certeza sobre a inexistência de relação jurídica tributária (não incidência da contribuição patronal sobre o aviso prévio indenizado) não teve como suporte fato gerador instantâneo (obrigação de recolhimento da contribuição em determinado mês), mas a situação jurídica duradoura na qual tal fato está inserido, qual seja, a condição de contribuinte da contribuição previdenciária patronal.

JAMES MARINS, a partir dos estudos de Celso Agrícola Barbi (diferença entre os efeitos decorrentes de diferenciadas formas de pronunciamentos jurisdicionais finais), destaca o seguinte:

De fato, as sentenças declaratórias não são comuns como as que decidem sobre relação jurídica específica e já ocorrida, pois frequentemente assumem escopo preventivo e produzem decisões “em que se procura evitar a lesão ainda não consumada de um direito” e que preenchem a função de alcançar a *certeza jurídica*. Tais decisões preventivas tomadas em torno de *relação continuativas* destinam-se, então, a “evitar que o contribuinte tenha que demandar periodicamente com o Fisco para obter, em cada lançamento, declaração de ser indevida a cobrança (...)”. Ora, é justamente esta singularidade – cuidar-se de relação fiscal sucessiva e duradoura – que empresta à sentença concessiva do *mandado de segurança preventivo* efeitos sucessivos e duradouros.²³⁰

²²⁹ *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*, cit., p. 7. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 17 nov. 2015.

²³⁰ *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 640-641.

O Supremo Tribunal Federal, adotando o mesmo raciocínio, entendeu que, nas relações jurídicas de trato continuado, a força vinculativa da coisa julgada atua *rebus sic stantibus*, ou seja, a eficácia temporal da sentença permanece inalterada enquanto se mantiverem intactas as respectivas circunstâncias de fato e de direito:

É incontroversa a premissa segundo a qual a força vinculativa da coisa julgada atua *rebus sic stantibus*. Quer dizer, ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula *rebus sic stantibus*).²³¹

O Superior Tribunal de Justiça, também sobre este tema (eficácia prospectiva do julgado), já se manifestou no mesmo sentido, valendo colacionar trecho do voto proferido pelo então Ministro Luiz Fux, nos autos do Recurso Especial nº 1.103.584/DF:

Destarte, a contribuição ao PIS/COFINS nos termos consignados, é relação jurídica de trato sucessivo, porquanto de fatos geradores instantâneos, mas com repetição continuada e uniforme. Nesse sentido, deve-se verificar os efeitos da sentença transitada em julgado sobre as futuras relações sucessivas. [...] nas relações jurídicas sucessivas, os efeitos da sentença se mantêm enquanto mantido o estado de fato e de direito, porquanto sua modificação acarreta em uma nova situação jurídica.²³²

Na mesma linha de pensamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim já decidiu:

Execução fiscal. Agravo de instrumento contra decisão que rejeitou objeção de pré-executividade. Imposto Predial e Territorial Urbano. Imunidade reconhecida por sentença transitada em julgado. Fato gerador continuado. Projeção dos efeitos da sentença para exercícios subsequentes, enquanto inalteradas as situações de fato e de direito nas quais se funda a coisa julgada material. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Inteligência do artigo 150, VI, "c", e § 4º, da Magna Carta. Recurso provido (Agravo de Instrumento 516 813-5/6-00, 14ª Câmara de Direito Público, Rel. Desembargador Estadual Geraldo Xavier, DJ 25/05/2006)²³³

²³¹ Ag. Reg. em MS 26.980/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, 22/04/2014. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²³² Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 abr. 2017.

Portanto, inobstante a sentença possuir, como regra geral, eficácia para o passado, reconhece-se a possibilidade do efeito prospectivo do julgado, em especial na hipótese de situação jurídica concreta e presente, mas de caráter permanente ou duradouro, tal como ocorre com os tributos com fato gerador continuado ou periódico.

4.2. A Súmula 239 do STF

Ainda que não seja objeto do nosso estudo, mas estando relacionada ao tema da eficácia da coisa julgada, pensamos ser importante tecer breves comentários sobre a Súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal, a qual possui a seguinte redação: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

CASSIO SCARPINELLA BUENO, após analisar os precedentes da referida súmula, concluiu que o enunciado desta não autoriza a sua aplicação para todos os casos de coisa julgada em matéria tributária, mas apenas em circunstâncias específicas:

Os julgados acima colacionados dão a exata compreensão da tese sustentada neste artigo: a coisa julgada adere, necessariamente, ao que foi pedido ao Estado-juiz. Se se pede o afastamento de determinada exação tributária para um determinado período, não há como recusar eventual acolhimento seu seja, de igual modo, restritivo. Caso contrário, na hipótese de não haver qualquer restrição no pedido, limitando-se a pedir em juízo o afastamento de dada exação tributária em função da inconstitucionalidade ou ilegalidade de sua regra matriz de incidência, é correto o entendimento de que o acolhimento do pedido, tanto quanto aquilo que transita em julgado, não fica sujeito a qualquer restrição. A distinção entre essas duas hipóteses, repita-se, é absolutamente indispensável para compreensão do alcance que pode querer ter a multicitada Súmula 239 do STF e, conseqüentemente, para discernir os casos em que se justifica sua incidência e aqueles em que isso não se dá.²³⁴

O mesmo entendimento é adotado, dentre outros,²³⁵ por ARRUDA ALVIM, o qual afirma que referida súmula “[...] supõe pedido pertinente à situação da cobrança estar

²³³ Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 28 abr. 2017.

²³⁴ *Coisa julgada em matéria tributária: reflexões sobre a Súmula 239 do STF*, p. 24. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br>. Acesso: 08 ago. 2015.

²³⁵ No mesmo sentido aponta JAMES MARINS (*Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*, 9. ed., cit., p. 656).

necessariamente situada em um determinado exercício. Estes são os elementos definitórios da Súmula 239 STF”.²³⁶

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, tem reafirmado a inaplicabilidade da súmula quando a questão central discutida é a própria existência da relação jurídica tributária.

Nesse sentido, cite-se, dentre outros,²³⁷ o que foi decidido nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo nº 861.473/BA, sendo Relator o Ministro Roberto Barroso:

Ao final, cumpre reforçar a inaplicabilidade da Súmula nº 239/STF ao caso em apreço, o que revela não haver qualquer violação à coisa julgada no caso sob análise. A dicção sumular foi construída levando em consideração especificidades aplicáveis a um lançamento específico, não se reportando a vícios relativos à norma impositiva em tese.²³⁸

Assim, eventual controvérsia sobre o alcance da mencionada súmula sobre decisões que não tenham contemplado um específico ou isolado ato de lançamento tributário (anulado ou declarado nulo em juízo), seria insubsistente, vale dizer, não vinculando, pois, decisões relacionadas a eventos futuros, ainda que similares.

4.3. A coisa julgada e a alteração superveniente da legislação

Questão importante e que merece também considerações diz respeito à influência de alterações legislativas ocorridas após a formação da coisa julgada.

Como visto anteriormente, o ordenamento jurídico processual estabelece que, em regra, a decisão de mérito, por se qualificar como norma concreta, opera efeitos para o passado, na medida em que o juízo de valor realizado pelo Estado-juiz cinge-se sobre fatos já efetivamente ocorridos.

²³⁶ Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária. In: *Doutrinas essenciais – Direito tributário: direito processual, administrativo e judicial*. Org. Ives Gandra da Silva Martins e Edivaldo Brito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II, p. 709-725, esp. p. 713.

²³⁷ No mesmo sentido, confira-se: AI 791071 AgR-ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 18/02/2014, *DJe* de 18/03/2014) e ARE 704846 ED, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 28/05/2013, *DJe* de 08/08/2013).

²³⁸ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 abr. 2017.

Por outro lado, admite-se que a eficácia do julgado atinja eventos futuros, em especial na hipótese de situação jurídica, concreta e presente, mas de caráter permanente ou duradouro.

E mesmo na hipótese de uma lei, que tenha sido declarada inconstitucional ou inválida pelo Estado-juiz, sofra alteração posterior, vale dizer, que não tenha modificado substancialmente o respectivo aspecto material, a eficácia prospectiva da sentença poderá se manter.

É que a sentença, ao pronunciar a existência, a inexistência ou o modo de ser de uma relação jurídica suscitada pelo demandante, o faz a partir das circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) apresentadas pelas partes, sendo certo que a eficácia da decisão se manterá enquanto inalterados o direito e suporte fático sobre os quais se estabeleceu o juízo de certeza.

Isto porque, conforme anota TEORI ALBINO ZAVASCKI, a força da coisa julgada possui uma condição implícita, qual seja, a cláusula *rebus sic stantibus*. Significa dizer que a coisa julgada atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença.²³⁹

No mesmo sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO ressalta:

É bastante comum a afirmação da doutrina de que na hipótese ventilada, de “ação de alimentos”, não há coisa julgada. Pelas razões até aqui desenvolvidas, não há como concordar com a afirmação. Coisa julgada há. O que existe, contudo, é expressa previsão legislativa para que o que foi decidido anteriormente à luz de uma específica situação de fato ou de direito seja reexaminado por força da alteração destes fatos ou do direito. A coisa julgada opera nestes casos *rebus sic stantibus*, isto é, ela prevalece enquanto a situação a ela subjacente permanecer igual.²⁴⁰

Assim, somente nos casos em que houver alteração das circunstâncias de fato e de direito sobre os quais houve juízo de certeza é que se cogitará da cessação da eficácia da coisa julgada.

Relativamente à questão da alteração legislativa superveniente — entendida como uma espécie de alteração da circunstância de direito —, acreditamos que a eficácia prospectiva da sentença poderá restar comprometida, mas apenas em relação aos fatos futuros, desde que dita

²³⁹ *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*, cit., p. 8. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso: 17 nov. 2015.

²⁴⁰ *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*, cit., v. 2, tomo I, p. 439.

alteração seja capaz de instituir nova relação jurídica tributária, vale dizer, diferente da que fora declarada pela decisão como existente ou inexistente.

Para melhor ilustrar esta afirmativa, a Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014,²⁴¹ pretendeu alterar o período previsto no § 3º do art. 60 da Lei nº 8.213/1991,²⁴² atribuindo às empresas, a partir de 01/03/2015, a responsabilidade pelo pagamento do salário integral do empregado afastado por motivo de doença ou de acidente do trabalho nos primeiros 30 dias (enquanto que a norma previa o período de 15 dias).

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.230.957/RS,²⁴³ dentre outras questões, reconheceu que sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.

Nesta hipótese, a alteração do período de 15 dias para 30 que a medida provisória pretendeu realizar não criou nova relação jurídica tributária (enquadramento na hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal), não se caracterizando, portanto, como típica alteração de circunstância de direito.

Assim, somente alteração legislativa superveniente que crie nova relação jurídica tributária, vale dizer, que inserisse nova hipótese de incidência, poderia cessar a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça possui posição pacífica sobre esta questão:

TRIBUTÁRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO EFETUADO. COISA JULGADA TRIBUTÁRIA. ALCANCE SOBRE LEIS SUPERVENIENTES. POSSIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI N. 7.689/88. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1118893/MG.

1. Inicialmente, impõe-se reconhecer que houve regular exposição do cotejo analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão do REsp 731.250/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, indicado como paradigma.

²⁴¹ A referida alteração não foi contemplada quando da sua conversão na Lei nº 13.135/2015.

²⁴² Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. [...] § 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral.

²⁴³ Julgamento realizado pela sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 28 abr. 2015.

2. A jurisprudência do STJ entende que o efeito da coisa julgada tributária se estende em relação aos lançamentos posteriores quando a decisão trata da relação de direito material, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária.

3. A declaração de inconstitucionalidade da contribuição social prevista na Lei n. 7.689/88 se manteve com a edição das Leis n. 7.856/89, 8.034/90, LC n. 70/91, 8.383/91 e 8.541/92, pois "apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material" (REsp 731250/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 17.4.2007, DJ 30.4.2007, p. 301).

4. Tal entendimento foi reiterado no julgamento do REsp 1118893/MG, relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). Agravo regimental provido para dar provimento ao recurso especial.

(AgRg no REsp 1.172.619/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ 27/08/2013)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – CSLL. COISA JULGADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88 E DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. SÚMULA 239/STF. ALCANCE. OFENSA AOS ARTS. 467 E 471, CAPUT, DO CPC CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento.

2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07).

3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência.

5. Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o enunciado nº 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores" (AgRg no AgRg nos EREsp 885.763/GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, DJ 24/2/10).

6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula 239/STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela (Embargos no Agravo de Petição 11.227, Rel. Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, DJ 10/2/45).

7. "As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material" (REsp 731.250/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 30/4/07).

8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ.

(REsp 1.118.893/MG, Primeira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, D.J.: 23/03/2011)

Portanto, não há dúvidas de que nem toda alteração legislativa superveniente é capaz de limitar – quiçá, cessar – a força vinculativa do julgado, mas apenas na hipótese em que houver alteração das situações de fato e, especialmente, de direito, existentes no tempo em que a sentença foi proferida.

5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A jurisdição constitucional é entendida como “a garantia jurisdicional da Constituição”, sendo “um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais”.²⁴⁴

JOSÉ AFONSO DA SILVA anota que a jurisdição constitucional “emergiu historicamente como um instrumento de defesa da Constituição, não da Constituição considerada como um puro nome, mas da Constituição tida como expressão de valores sociais e políticos”.²⁴⁵

Trata-se de função atribuída aos órgãos do Poder Judiciário para verificação da compatibilidade ou não de uma norma com as disposições da Constituição Federal, cuja função, no Brasil, é exercida por todos os órgãos do Poder Judiciário, não sendo, portanto, atividade exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, ainda que a jurisdição constitucional seja uma função de todos os órgãos do Poder Judiciário, não se nega que ao Supremo Tribunal Federal, como órgão de cúpula da estrutura judicial, atribui-se a função maior e última de garantia da Constituição.²⁴⁶

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, desde a Constituição republicana de 1891 – Constituição esta em que se atribuiu a atual denominação desta Corte²⁴⁷ –, sempre foi considerado como órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, permanecendo com tal função, ainda que com algumas variações de competência, até a Constituição Federal de 1988.²⁴⁸

²⁴⁴ Kelsen, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123-124.

²⁴⁵ *Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 555.

²⁴⁶ Nesse sentido, NELSON NERY JR. afirma: “No atual sistema constitucional brasileiro, temos realmente uma Corte Constitucional federal, consubstanciada no STF, conclusão que se extrai da competência que o legislador constituinte conferiu àquela corte de justiça” (*Princípios do processo na Constituição Federal*: processo civil, penal e administrativo, cit., p. 44).

²⁴⁷ O STF foi precedido pela Casa de Suplicação do Brasil (por alvará de 10 de 1808), e depois pelo Supremo Tribunal de Justiça (Carta Imperial de 1824). Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 30 abr. 2017.

²⁴⁸ MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO afirma que o Supremo Tribunal Federal sempre foi considerado como órgão de cúpula do Poder Judiciário por conta “de o seu Presidente estar incluído entre os substitutos do Presidente da República (art. 80). Mais ainda, por ser ele encarregado, o garante da Constituição, e lhe incumbir a decisão em questões de mais elevada importância”. Em razão disso, prefere considerar o Supremo Tribunal Federal como órgão que possui *preeminência* no Poder Judiciário, sendo também órgãos de cúpula o Conselho Nacional de Justiça (como órgão fiscalizador) e o Superior Tribunal de Justiça (guardião do direito infraconstitucional) (*Curso de direito constitucional*, cit., p. 295-296).

Assim, com fundamento de validade no art. 102²⁴⁹ da Constituição Federal vigente, à Corte Suprema atribui-se a função de guardião da Carta da República, detendo, portanto, a última palavra sobre questões constitucionais.

Muito embora num Estado Democrático de Direito os atos estatais presumam-se constitucionais, é indispensável, como observa HELENILSON CUNHA PONTES, a criação de instrumentos aptos à correção em caso de violação da Constituição.²⁵⁰

Aliás, a ideia de que somente as normas estariam submetidas à análise de validade perante a Constituição Federal não se sustenta, já que todos e quaisquer atos individuais também são passíveis de controle de constitucionalidade.

Diante disso, dada a rigidez da nossa Constituição, o controle de constitucionalidade exercido pelos órgãos do Poder Judiciário constitui inegável instrumento de proteção da soberania constitucional, controle aquele passível de provocação por todos que se sintam lesados ou ameaçados por ato ou omissão incompatível com a Constituição Federal²⁵¹.

No Brasil foi adotado o sistema misto de controle de constitucionalidade, havendo, assim, duas modalidades: o difuso (também conhecido como concreto ou incidental) e o concentrado (denominado também abstrato).

GILMAR FERREIRA MENDES, sobre tais sistemas, assim observa:

Desenvolvido a partir de diferentes concepções filosóficas e de experiências históricas diversas, o controle judicial de constitucionalidade continua a ser dividido, para fins didáticos, em modelo difuso e modelo concentrado, ou, às vezes, entre sistema americano e sistema austríaco ou europeu de controle. Concepções aparentemente excludentes que, no entanto, acabaram por ensejar o surgimento dos modelos mistos, que congregam os dois sistemas de controle, o de perfil difuso e o de perfil concentrado.

O modelo brasileiro, sobre o qual nos cabe falar hoje, é um dos exemplos mais eminentes desse modelo misto. Se as influências do modelo difuso de origem norte-americana foram decisivas para a adoção inicial de um sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade das leis e dos atos normativos em geral, o desenvolvimento das instituições democráticas acabou resultando num peculiar sistema de jurisdição constitucional, cujo desenho e organização reúnem, de forma híbrida, características marcantes de ambos os clássicos modelos de controle de constitucionalidade.²⁵²

²⁴⁹ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...].

²⁵⁰ *Relação jurídica tributária, inconstitucionalidade e coisa julgada*, Tese de Livre-docência, São Paulo, USP, 2004, p. 36.

²⁵¹ Direito garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/88.

²⁵² O controle da constitucionalidade no Brasil. Disponível em: <www.sbdp.org.br/arquivos/material/1381_Texto_-_Gilmar_Mendes.pdf>. Acesso em: 01 maio 2017.

A diferença entre os referidos sistemas de controle de constitucionalidade reside, essencialmente, no fato de que no difuso o controle é realizado a partir de uma relação jurídica processual concreta, sendo que a questão constitucional constitui antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência ou inexistência de relação jurídica. Já no concentrado, o controle não está vinculado a uma situação subjetiva ou a qualquer outro evento do cotidiano.²⁵³

Tratemos, assim, destas duas modalidades de controle de constitucionalidade, bem como das respectivas espécies, quais sejam, do incidente de arguição de inconstitucionalidade, do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, do recurso extraordinário repetitivo, da ação declaratória de constitucionalidade, da ação declaratória de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

5.1. Controle difuso de constitucionalidade

O controle difuso, concreto ou incidental de constitucionalidade, nascido em 1890 (Decreto nº 848/1890) e reafirmado na Constituição de 1891 (art. 59, § 1º, *a*²⁵⁴), constitui modalidade mais antiga, em comparação às demais modalidades judiciais de controle, de verificação da compatibilidade de normas infraconstitucionais ou de ato normativo com a Constituição Federal.

Exercido por qualquer órgão judicial no curso do processo, o Estado-juiz, na sua competência, ao considerar uma norma inconstitucional apenas afasta a sua aplicabilidade sobre um dado caso concreto,²⁵⁵ e não a declara incidentalmente inconstitucional.²⁵⁶

²⁵³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1225.

²⁵⁴ “Art. 59. Ao Supremo Tribunal Federal compete. § 1º Das sentenças das justiças dos Estados em ultima instancia haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade ou applicação de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado for contra ella; [...]” (disponível em: <www.camara.leg.br>. Acesso em: 30 abr. 2017).

²⁵⁵ JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que, a par do controle difuso ter nascido do sistema norte-americano, do qual se afirma que dele não se caracteriza verdadeiramente como uma forma de jurisdição constitucional, eis que a jurisdição ordinária não aprecia a Constituição em função dos seus valores políticos, não se configurando como guardião dos valores constitucionais, existe sim jurisdição constitucional, tomada esta expressão no sentido de modo de compor litígios constitucionais (*Curso de direito constitucional positivo*, cit., p. 557).

Daí se afirmar que referida modalidade de controle de constitucionalidade possui natureza subjetiva, porquanto é realizado levando em consideração interesses do autor e do réu.

Neste caso, os efeitos da sentença proferida em razão da análise do caso concreto possui *força vinculante* nos limites da questão principal expressamente decidida, sendo certo que o comando exarado pela decisão judicial faz coisa julgada, via de regra, às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros (arts. 503²⁵⁷ e 506²⁵⁸ do CPC), cujos efeitos da decisão proferida será *ex tunc*, ou seja, retroativos, atingindo, portanto, a lei desde a sua edição.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o controle de constitucionalidade incidental decorrente de casos concretos também pode ser realizado em qualquer processo submetido à sua apreciação, inclusive nos de sua competência originária (art. 102, incisos I e II, da CF/88), sendo certo que o instrumento processual mais comum é o recurso extraordinário (art. 102, inciso III, da CF/88).

Assim, tanto no controle difuso de constitucionalidade exercido não só pelos órgãos judiciais locais (primeira e segunda instâncias), mas também aquele realizado pelo Supremo Tribunal Federal — originariamente ou pela via recursal — a declaração de inconstitucionalidade de uma norma jurídica dá-se de forma incidental.

Mas a decisão de inconstitucionalidade proferida pela Corte Suprema possui um ingrediente a mais em comparação ao controle exercido pelos demais órgãos judiciais. Trata-se do instituto da suspensão da execução de lei declarada (incidentalmente) inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, previsto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

²⁵⁶ Isto porque, como afirma PEDRO LENZA, no controle difuso de constitucionalidade “a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental (*incidenter tantum*), prejudicialmente ao exame do mérito. Pedese algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a causa de pedir processual” (*Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 178-179).

²⁵⁷ Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

²⁵⁸ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...] ²⁵⁹

Previsto desde a Carta Política de 1934,²⁶⁰ a suspensão da execução, por resolução expedida pelo Senado Federal,²⁶¹ de lei declarada inconstitucional em controle difuso e pela maioria absoluta do órgão pleno do Supremo Tribunal Federal (art. 97 da CF/88²⁶²), confere eficácia *erga omnes* à respectiva decisão, cujos efeitos surtirão para o futuro, vale dizer, a partir da sua publicação.

Tem, assim, dita resolução natureza normativa, já que “universaliza um determinado *status* jurídico: o do reconhecimento estatal da inconstitucionalidade do preceito normativo”.²⁶³

Saliente-se, por oportuno, que a suspensão da execução de lei declarada inconstitucional pelo Senado Federal constitui mecanismo criado para conferir à sentença de mérito proferida pela Corte Suprema efeitos *erga omnes* e vinculante.

É que, embora o sistema de controle difuso de constitucionalidade adotado pelo Brasil tenha se baseado no sistema norte-americano,²⁶⁴ alguns pontos deste direito não foram por nós incorporados, ficando assim em aberto a questão da eficácia da decisão de mérito proferida em tal forma de controle de constitucionalidade em relação a terceiros.

Nesse sentido, eis o registro de GILMAR FERREIRA MENDES:

Embora a doutrina reiterasse os ensinamentos teóricos e jurisprudenciais americanos, no sentido da inexistência jurídica ou da ampla ineficácia da lei declarada inconstitucional, não se indicava a razão ou o fundamento desse efeito amplo (BITTENCOURT, 1997, p. 141). Diversamente, a não aplicação da lei, no Direito norte-americano, constitui expressão do *stare decisis*, que empresta efeitos vinculantes às decisões das Cortes Superiores. Daí ter-se adotado, em 1934, a

²⁵⁹ Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 mai. 2017.

²⁶⁰ Art. 91. Compete ao Senado Federal: [...] IV - suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário; [...].

²⁶¹ Atualmente, o procedimento é previsto no Regimento Interno do Senado Federal, nos arts. 386 a 388.

²⁶² Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁶³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 37.

²⁶⁴ Historicamente, a noção e a ideia de controle difuso de constitucionalidade surgiram a partir do caso *Marbury vs. Marshall*, no qual a Suprema Corte norte-americana decidiu, em 1803, que no caso de conflito entre a lei (Seção 13 da Lei Judiciária de 1789) e a Constituição (Artigo III), deve prevalecer esta última, por ser norma hierarquicamente superior.

suspensão de execução pelo Senado como mecanismo destinado a outorgar generalidade à declaração de inconstitucionalidade.²⁶⁵

Portanto, atribui-se a todos os órgãos judiciais a competência para exercerem, em análise de situações concretas, o controle de constitucionalidade de norma jurídica, cujos efeitos da decisão de mérito será *inter partes* e *ex tunc*. Levada a questão constitucional debatida ao Supremo Tribunal Federal e, por maioria absoluta do órgão pleno, seja reconhecida a incompatibilidade da norma jurídica com a Constituição Federal, os efeitos da respectiva decisão será *erga omnes* e *ex nunc*, ou seja, para todos e para o futuro (a partir da publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução da lei declarada inconstitucional).

5.1.1. Incidente de arguição de inconstitucionalidade

Relativamente ao *incidente de arguição de inconstitucionalidade* previsto nos artigos 948 a 950 do CPC/2015, admite-se a declaração de inconstitucionalidade de normas jurídicas pelos tribunais locais, respeitado, no entanto, o quórum previsto no art. 97²⁶⁶ da Constituição Federal de 1988.

Trata-se, como pontuado por CASSIO SCARPINELLA BUENO, de procedimento que tem por escopo afastar, do caso concreto e por decisão proferida pelos tribunais locais, lei reputada inconstitucional, no exercício de controle de constitucionalidade difuso ou incidental de constitucionalidade.²⁶⁷

FREDIE DIDDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, quanto à forma de análise da constitucionalidade da lei questionada, bem como sobre os efeitos da respectiva decisão, assim observam:

²⁶⁵ O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade. Um caso clássico de mutação constitucional. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176518/000694300.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 05 maio 2017.

²⁶⁶ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²⁶⁷ Manual de direito processual civil, cit., p. 616.

Embora esse incidente seja um instrumento processual típico de controle difuso, a análise da constitucionalidade da lei é feita em *abstrato*. Trata-se de incidente processual de natureza objetiva (é exemplo de processo objetivo, semelhante ao processo da ADIN ou ADC). Embora a resolução da questão não fique submetida à coisa *erga omnes* (porquanto tenha sido examinada *incidenter tantum*), “a decisão do tribunal pleno não valerá somente para o caso concreto em que surgiu a questão de constitucionalidade. Será paradigma (*leading case*) para todos os demais feitos – em trâmite no tribunal – que envolvam a mesma questão”.²⁶⁸ (destaques dos autores)

Admitido o referido incidente pelo órgão fracionário do tribunal, a questão será submetida ao respectivo plenário ou ao órgão especial para julgamento do incidente e, se acolhida pela maioria absoluta dos seus integrantes, será a norma considerada inconstitucional.

Saliente-se que, mesmo nos casos de simples afastamento da norma jurídica questionada sobre o caso concreto porque inconstitucional, ainda que o tribunal não a declare expressamente, exige-se quórum de maioria absoluta para tanto. É o que dispõe a Súmula vinculante nº 10 do Supremo Tribunal Federal:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.²⁶⁹

Declarada inconstitucional a norma questionada, a respectiva decisão de mérito proferida pelo plenário ou órgão especial do tribunal vinculará o órgão fracionário suscitante.

Por outro lado, admite-se a invocação, pelo órgão fracionário, de julgamento já realizado pelo órgão superior em caso análogo, inclusive de precedente do Supremo Tribunal Federal tratando da mesma questão discutida, sendo dispensável, neste último caso, a instauração da incidência de arguição de inconstitucionalidade.

Por fim, na hipótese de haver, antes do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, decisão do pleno ou do órgão especial do tribunal local em sentido contrário, o órgão fracionário vincula-se ao que for decidido pela Corte Suprema, ante a supremacia desta, bem como dos princípios da segurança jurídica e da igualdade perante a lei.

²⁶⁸ *Curso de direito processual civil: meios de Impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009, v. 3, p. 571.

²⁶⁹ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2017.

5.1.2. O instituto da repercussão geral

Em razão do aumento significativo do número de recursos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, foram criados ao longo do tempo diversos mecanismos com o objetivo de diminuir a entrada de processos submetidos a julgamento por aquela Corte, em especial em sede de recurso extraordinário, limitando, assim, suas hipóteses de cabimento ou impondo restrições à sua admissão.

Um dos primeiros expedientes empregados para selecionar hipóteses de cabimento de recurso extraordinário foi a *arguição de relevância da questão federal*, criada pela Emenda Regimental nº 3/1975, cuja definição, prevista no art. 327, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (com a redação da Emenda nº 2/1985) era a seguinte: “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

Posteriormente, a *arguição de relevância da questão federal* foi inserida no texto da Constituição de 1967 pela Emenda Constitucional nº 7/1977 (art. 119, § 1º²⁷⁰).

Segundo anota RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO,

o Min. Victor Nunes Leal, na palestra proferida em 1965, já havia sugerido a instituição do requisito da “relevância”, que a seu ver era a melhor forma de aliviar a sobrecarga de trabalho do STF. Dizendo que essa técnica provinha da experiência da Suprema Corte americana, invocou Estern e Gressman: “qualquer tipo de questão que chegue à Corte Suprema sofre um processo preliminar de triagem e somente sobrevive naqueles casos que a Corte considera suficientemente importantes ou significativos (*important or meritorius*) para justificar uma revisão”. Essa válvula, dizia o Ministro, “reduziria o serviço do Supremo Tribunal a proporções exequíveis, como daria melhor teor doutrinário às suas decisões, em correspondência com sua posição de Tribunal de cúpula”.²⁷¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a *arguição de relevância da questão federal* não foi novamente contemplada, criando-se, por outro lado, o Superior

²⁷⁰ As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no Regimento Interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.

²⁷¹ *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 75.

Tribunal de Justiça para, além de assumir parte da competência recursal do Supremo Tribunal Federal, desafogar o excessivo número de processos levados a esta Corte.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 (que inseriu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal de 1988²⁷²), por sua vez, trouxe duas importantes inovações relativas à contenção dos recursos levados à Suprema Corte: a repercussão geral e a súmula vinculante.

Relativamente à repercussão geral, na vigência do Código de Processo Civil revogado (Lei nº 5.869/1973), a Lei nº 11.418/2006 introduziu dois artigos (543-A e 543-B) com o objetivo de disciplinar referido instituto.

Atualmente, a repercussão geral é regulada pelo art. 1.035 e parágrafos do novo Código de Processo Civil, tendo por objetivo fazer com que o Supremo Tribunal Federal seja, efetivamente, uma Corte Constitucional, apreciando, pois, matéria de relevância nacional.²⁷³

Como ensina REGINA HELENA COSTA, a repercussão geral foi criada com o intuito de “delimitar a competência do Supremo, fazendo com que o tribunal não necessite reiterar a apreciação em casos iguais com grande desperdício de tempo, energia e recursos diversos”.²⁷⁴

Basicamente, reconhecida a repercussão geral da matéria discutida no recurso extraordinário, todos os demais recursos em trâmite no território nacional e que tenham por objeto matéria idêntica daquela discutida no recurso paradigma ficarão sobrestados até julgamento final do *leading case*,²⁷⁵ cuja decisão final tomada pelo Supremo Tribunal Federal será comunicada às instâncias inferiores para que, cada qual, declarem prejudicados os recursos sobrestados ou se retratem da decisão recorrida proferida naqueles.²⁷⁶

De fato, ao mesmo tempo em que o instituto da repercussão geral foi criado para servir como espécie de filtro para admissão de recursos extraordinários e a consequente redução do volume de processos submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal, também constitui um método de uniformização da jurisprudência, evitando-se, pois, a manifestação da Corte sobre uma mesma matéria por diversas vezes.

²⁷² Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

²⁷³ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. *Manual de direito e processo tributário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 458.

²⁷⁴ *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*, cit., p. 464.

²⁷⁵ Art. 1.035, § 5º, do CPC/2015, correspondente ao art. 543-B, § 1º, do CPC/73.

²⁷⁶ Art. 1.039 do CPC/2015, correspondente ao art. 543-B, § 3º, do CPC/73.

Constitui, pois, a repercussão geral um dos requisitos de admissibilidade do recurso extraordinário,²⁷⁷ permitindo-se ao Supremo Tribunal Federal, na hipótese em que a questão constitucional ultrapasse os interesses das partes da demanda, realizar o controle de constitucionalidade de uma norma jurídica, ainda que o questionamento desta tenha origem em dissídio envolvendo situação concreta.

Assim, por conta da transcendência de interesses puramente subjetivos, ou seja, para além dos interesses das partes litigantes, demonstrada a existência de repercussão geral²⁷⁸ da matéria constitucional debatida, ao Supremo Tribunal Federal competirá analisar objetivamente²⁷⁹, via recurso extraordinário interposto por uma das partes litigantes, a compatibilidade da respectiva norma jurídica com a Constituição Federal.

E ultrapassados os interesses subjetivos do processo, tendo, pois, reflexos significativos no plano político, econômico, social e jurídico (§ 1º do art. 1.035 do CPC/2015²⁸⁰), os efeitos da respectiva decisão de mérito, proferida em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, expandem-se para além das partes do processo, vinculando os demais órgãos judiciais e administrativos.

Dito efeito expansivo e vinculante decorre, essencialmente, do aspecto transcendental da questão constitucional debatida, evidenciando, como observou TEORI ALBINO ZAVASCKI, o caráter objetivo de que se reveste a formação do precedente.²⁸¹

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Reclamação nº 4.335, assentou pela possibilidade da aplicação de efeitos gerais (*ultra partes* e vinculante) às decisões por ele proferidas, mesmo em sede de controle incidental de constitucionalidade.

O Ministro da Suprema Corte Gilmar Mendes, em relatoria da mencionada reclamação, partindo das inovações introduzidas pela Constituição Federal de 1988,

²⁷⁷ Cabível contra decisão que: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, inciso III, da CF/88). E ao teor do que dispõe o § 2º do art. 1.035, deverá o recorrente demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

²⁷⁸ Disposto no art. 1.035 e parágrafos do novo Código de Processo Civil.

²⁷⁹ Diz-se de análise objetiva, porque, inobstante o processo tenha como origem uma relação jurídica concreta entre partes litigantes específicas e determinadas, o exame de compatibilidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal é feito abstraindo-se as questões fáticas. Dito de outra maneira, a Corte Suprema não fica investida de cognição quanto à matéria de fato.

²⁸⁰ Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

²⁸¹ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 49.

especialmente no tocante às modificações no sistema de controle constitucionalidade, observou a necessidade de novas interpretações e releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de constitucionalidade, particularmente sobre a exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução de lei pelo Senado Federal.

Após discorrer sobre algumas questões já decididas e que, de certo modo, demonstrariam uma modificação de interpretação da Corte acerca dos possíveis efeitos transcendentais das suas próprias decisões proferidas em controle incidental de constitucionalidade, identificando-se, pois, com os efeitos das demais formas de controle de constitucionalidade (ADIN, ADC e ADPF), referido Ministro assim asseverou:

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida em ADI ou ADC e na ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes.

[...]

Sem adentrar o debate sobre a correção desse entendimento no passado, não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988.

Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa força normativa.²⁸²

Acrescente-se a esses argumentos, tal como destacado por TEORI ALBINO ZAVASCKI, a possibilidade de modulação de efeitos de que trata o art. 27 da Lei nº 9.868/1999,²⁸³ o qual tem aplicação não só para o caso concreto em julgamento, mas também para os demais processos em que a mesma questão é discutida.

²⁸² Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 02 maio 2017.

²⁸³ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

É ilustrativo, nesse sentido, o acórdão proferido no HC 82.959, Min. Marco Aurélio, DJ 01.09.2006, no qual, declarando incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (que trata do regime de progressão prisional em crimes hediondos), o STF claramente modulou os efeitos da decisão com eficácia *erga omnes* da declaração, para explicitar que ela “não gerará consequências jurídicas em relação a penas já extintas nesta data”, o que significa, na prática, reconhecer e atribuir eficácia *ultra partes* à declaração de inconstitucionalidade, independentemente de intervenção do Senado Federal (art. 52, X, da CF/1988).²⁸⁴

Cite-se também o quanto decidido no Recurso Extraordinário nº 593.849/MG (Rel. Min. Edson Fachin, DJ 19/10/2016), no qual foi declarada incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 22, § 10, da Lei nº 6.763/1975 e do art. 21 do Decreto nº 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixada a tese no sentido de que “é devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”.²⁸⁵

Neste precedente, em razão do necessário realinhamento das administrações fazendárias dos Estados-membros e do sistema judicial como um todo, houve a modulação de efeitos da decisão, tendo a Corte estabelecido que a orientação firmada atingirá todos os litígios judiciais pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral e os casos futuros, oriundos de antecipação do pagamento de fato gerador presumido, realizada após a fixação do respectivo entendimento, o que, por si, demonstra a eficácia *erga omnes* e vinculante da declaração de inconstitucionalidade.

Ademais, nos autos do Recurso Extraordinário nº 560.626/RS (Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 12/06/2008), foi reconhecida incidentalmente a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, os quais tratavam de prazos de prescrição e de decadência em matéria tributária, cuja disciplina é reservada à lei complementar (Código Tributário Nacional). Em razão da segurança jurídica, os efeitos da decisão foram modulados para o futuro, mantendo-se, pois, como legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos naquelas normas e não impugnados até a data da conclusão do julgamento do respectivo recurso.²⁸⁶

Portanto, transcendendo os interesses das partes em um caso concreto, demonstrando-se, pois, a existência da repercussão geral da questão constitucional debatida, ao Supremo

²⁸⁴ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 50-51.

²⁸⁵ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2017.

²⁸⁶ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 abr. 2017.

Tribunal Federal competirá apreciar e declarar a inconstitucionalidade, se o caso, da norma jurídica questionada, cujos efeitos da decisão, com *força normativa*, poderão atingir terceiros (*erga omnes*) e ser vinculante (observação por todas as instâncias judiciais inferiores e pelos órgãos da Administração Pública).

5.1.3. Recurso extraordinário repetitivo

Primando não só pelos princípios da economia e celeridade processual, mas, principalmente, pela segurança jurídica e o tratamento isonômico perante a lei, o novo Código de Processo Civil, nos arts. 1.036 a 1.040, previu um mecanismo diferenciado de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, assim caracterizados quando exista multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito (material ou processual) objeto de debate.

HUMBERTO THEODORO JR., acerca deste regime diferenciado de julgamento de recursos repetitivos, assim observa:

Por isso, o mecanismo dos arts. 1.036 a 1.040 não deve ser visto como simples técnica de combater o enorme volume de recursos que se acumulam de forma cada vez maior nos tribunais superiores. Integra ele um grande sistema processual voltado, precipuamente, para uniformizar e tornar previsível a interpretação e aplicação da lei, com vistas à segurança jurídica, que por sua vez pressupõe previsibilidade e repugna a instabilidade da ordem normativa.²⁸⁷

Aliás, a manutenção e aperfeiçoamento da técnica de julgamento dos recursos repetitivos tiveram como norte o já mencionado princípio da segurança jurídica. É o que se infere da seguinte passagem da exposição de motivos do novo Código de Processo Civil:

Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico

²⁸⁷ *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. III, p. 1145-1146.

brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir os tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema.²⁸⁸

Pois bem. Na hipótese de haver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (material ou processual), o processamento dos recursos extraordinário e especial deverá seguir o quanto disposto nos arts. 1.036 a 1.040 do novo Código de Processo Civil, deixando de observar ditos apelos excepcionais a disciplina constante nos arts. 1.029 a 1.035 daquele *Codex*.

Constatada a existência de multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito debatida, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem selecionará dois ou mais recursos representativos de controvérsia (que devem ser admissíveis e conterem abrangente discussão sobre a questão a ser decidida), os quais serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, determinando, ainda, a suspensão de todos os processos pendentes que estejam tramitando no Estado ou na região do respectivo tribunal local.

O tribunal superior, através do respectivo relator sorteado, proferirá a decisão de afetação, oportunidade em que identificará a questão a ser submetida a julgamento e determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes que tenham por objeto idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.

Indo além dos demais atos e requisitos relativos ao julgamento dos recursos extraordinário e especial repetitivos, pelo teor dos arts. 1.039 e 1.040 do novo Código de Processo Civil, nota-se verdadeira reafirmação do quanto determinado nos arts. 926 e 927 deste mesmo diploma, reforçando, dessa maneira, a adoção do sistema de vinculação aos precedentes dos tribunais superiores, vale dizer, não só pelos órgãos do Poder Judiciário, como também pela Administração Pública.

Nesse sentido, ARRUDA ALVIM assim afirma:

²⁸⁸ Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

A disposição constante do art. 1.039, *caput*, do CPC/2015, demonstra o claro intuito, já expresso nos arts. 926 e 927 do CPC/2015, de fazer com que os demais órgãos observem a decisão proferida em sede de julgamento de recursos repetitivos. Tal norma, aplicável também à hipótese de reconhecimento de inexistência de repercussão geral (parágrafo único do art. 1.039 do CPC/2015), é minudenciada nos incs. I a IV do art. 1.040 do CPC/2015, que reforça a adoção de um sistema vinculativo de precedentes, o que se dá, inclusive, no âmbito administrativo (art. 1.040, IV, do CPC/2015).²⁸⁹

Observe que, mesmo na hipótese em que o recurso extraordinário seja julgado pelo procedimento aplicável aos casos repetitivos, os efeitos da respectiva decisão serão idênticos daquela proferida pelo rito estabelecido pelos arts. 1.029 a 1.035 do novo Código de Processo Civil, ou seja, *erga omnes* e vinculante.

Anote-se, por fim, que, nos termos do art. 927, §§ 3º e 4º, o novo Código de Processo Civil autorizou a adoção de nova orientação pelos tribunais superiores sobre tese jurídica consolidada anteriormente em súmula ou em julgamento de casos repetitivos, observada, porém, a necessária fundamentação adequada e específica, com possibilidade de modulação de efeitos da respectiva decisão, atendidos, neste caso, o interesse social e os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

5.2. Controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade, também chamado como controle abstrato, originariamente introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional nº 16/1965, a qual, conferindo nova redação à letra *k* do art. 101 da Constituição Federal de 1946, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para processar e julgar a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.²⁹⁰

Com o advento da Constituição Federal de 1988, relativamente à ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIN), houve substancial alteração quanto aos legitimados ativos para propor referida ação, sendo agora permitido o manejo desta ao Presidente da República, às

²⁸⁹ *Novo contencioso cível no CPC/2015*, cit., p. 543.

²⁹⁰ “Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: [...]; k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República; [...]” (disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 maio 2017).

Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; ao Governador de Estado ou do Distrito Federal; ao Procurador-Geral da República; ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; ao partido político com representação no Congresso Nacional; e à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 03/1993 criou mais um instrumento de controle de constitucionalidade, qual seja, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC), cujos legitimados são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade.²⁹¹

Segundo GILMAR FERREIRA MENDES, a Constituição Federal de 1988, a qual introduziu em nosso ordenamento jurídico as ações declaratórias de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, ampliando-se, posteriormente, o rol de legitimados ativos de ambos os controles, reduziu significativamente a amplitude do controle difuso de constitucionalidade, vale dizer, controle este que remonta a 1890.²⁹²

A ampla legitimação, a presteza e a celeridade processual do modelo abstrato, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.²⁹³

Para além dos pressupostos e requisitos de admissibilidade e das características específicas de ambas as espécies de controle de constitucionalidade,²⁹⁴ importa-nos tratar dos efeitos da decisão proferida nestas duas modalidades de ação.

Antes, cumpre registrar que ditos controles de constitucionalidade são marcados pela generalidade e impessoalidade, na medida em que o objetivo primordial deles é realizar o controle – abstrato – de ato normativo em tese.

²⁹¹ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [...].

²⁹² MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1264.

²⁹³ MENDES, Gilmar Ferreira, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 1265.

²⁹⁴ Como a capacidade postulatória de cada um dos legitimados ativos, a exigência de pertinência temática (relação entre objeto da ação e a atividade de representação da confederação sindical ou da entidade de classe de âmbito nacional), os requisitos da petição inicial, caráter dúplice de ambas as ações (julgada improcedente a ação declaratória de inconstitucionalidade, afirma-se a constitucionalidade da norma, e vice versa – art. 24 da Lei nº 9.868/1999).

Quer-se com isso afirmar que, tanto na ação declaratória de inconstitucionalidade quanto na de constitucionalidade, a função jurisdicional é exercida com o escopo de tutelar a Constitucional Federal, e não em razão de direitos subjetivos (existência ou não de relação jurídica), vale dizer, próprios da função jurisdicional exercida sobre casos concretos.

Nesse sentido, esclarecedoras são as lições de TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Se considerarmos os três elementos básicos da atuação do fenômeno jurídico – ou seja a norma abstrata, o suporte fático de sua incidência e a norma individualizada (relação jurídica) que daí surge –, podemos identificar algumas notas distintivas entre (a) função jurisdicional exercida comumente pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade. No primeiro caso, a função jurisdicional é concebida como atividade destinada a atuar sobre o *suporte fático* e a *norma individualizada*, dirimindo controvérsias a respeito do surgimento ou não da relação jurídica, ou sobre a existência ou o modo de ser de direitos subjetivos, de deveres e de prestações. No segundo, faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas, sim, a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da *norma jurídica abstratamente considerada*, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos.²⁹⁵

Pois bem. De acordo com o posicionamento pacífico do Supremo Tribunal Federal e da doutrina, a sentença que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma jurídica objeto de controle, possui natureza declaratória (de validade ou de nulidade do ato normativo impugnado), na medida em que a respectiva decisão nada constitui ou desconstitui.

Seria dizer que a sentença que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato normativo não a cria ou não a revoga, pois, se já existente aquele ato em nosso ordenamento jurídico, apenas outra norma de igual calibre poderia revogá-la.

O que a decisão proferida em tais modalidades de controle de constitucionalidade faz é apenas declarar a validade ou a nulidade da respectiva norma, cuja consequência é mantê-la ou excluí-la do sistema normativo.

Nesse sentido, colha-se trecho do voto proferido pelo Ministro da Suprema Corte Celso de Mello, nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 652-5/MA (DJ 02/04/1992):

²⁹⁵ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 57.

Esse tem sido o entendimento doutrinário compatível com o sentido das Constituições rígidas, tal como a que hoje vigora no Brasil. E diversa não tem sido, nesse tema, a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo magistério, de um lado, sublinha a nulidade plena do ato inconstitucional, e, de outro, proclama – a partir de sua absoluta ineficácia jurídica – o caráter retroativo da declaração judicial que reconhece a sua inconstitucionalidade hierárquico-normativa com a Lei Fundamental.

É por essa razão que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos do passado com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquina de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe – ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos – a possibilidade e invocação de qualquer direito (RTJ – 37/1965 – 55/744 – 102/671; RE 84.230-PR).²⁹⁶

JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI bem destaca a expansividade dos efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de normas:

As decisões do Supremo Tribunal Federal, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, têm força de coisa julgada *ultra partes*, a exemplo do direito alemão e português, pois enquanto intérprete maior da compatibilidade abstrata do ordenamento jurídico com as normas constitucionais, vinculam o legislador, todos os tribunais e todas as autoridades administrativas. Ademais, “em relação a todos os juízos e tribunais restará afastado o controle difuso de constitucionalidade, uma vez que estão vinculados não só à decisão do Supremo Tribunal – pela *constitucionalidade ou inconstitucionalidade*, em face do caráter dúplice da ação – mas também à interpretação constitucional que foi dada à norma, nas hipóteses de *interpretação conforme* a Constituição e *declaração parcial de nulidade sem redução de texto*”.²⁹⁷

Assim, dotados de *eficácia normativa* (porque declara a validade ou a nulidade do ato normativo impugnado), os efeitos da respectiva decisão de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade serão *ex tunc* (desde a edição da norma), *erga omnes* e vinculantes (art. 102, § 2º,²⁹⁸ da CF/88 e art. 28, parágrafo único,²⁹⁹ da Lei nº 9.868/1999).

²⁹⁶ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 maio 2017.

²⁹⁷ *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*, Tese apresentada para Concurso ao Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, USP, 2006, p. 322-323.

²⁹⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]. § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

²⁹⁹ Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão. Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

5.2.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), inserida em nosso sistema jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 102, § 1º³⁰⁰), possui como objetivo *evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público* (art. 1º da Lei nº 9.882/1999).

Considerada como uma ação de caráter complementar, sujeitando-se, pois, ao princípio da subsidiariedade,³⁰¹ porquanto cabível quando inexistente outro meio para sanar a lesividade a preceito fundamental,³⁰² a arguição de descumprimento de preceito fundamental pode ser proposta também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição (art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/1999).

Sobre as hipóteses de cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, PEDRO LENZA destaca:

O art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.882/1999 disciplinou a hipótese de arguição autônoma, tendo por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Percebe-se, então, nítido caráter preventivo na primeira situação (evitar) e caráter repressivo na segunda (reparar lesão a preceito fundamental), devendo haver nexo de causalidade entre a lesão ao preceito fundamental e o ato do Poder Público, de que esfera for, não se restringindo a atos normativos, podendo a lesão resultar de qualquer ato administrativo, inclusive, decretos regulamentares.

A segunda hipótese prevê a possibilidade de arguição quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual, municipal (e por consequência o distrital, acrescente-se), aí incluídos os anteriores à Constituição.

³⁰⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]. § 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei

³⁰¹ Tal princípio já foi objeto de consideração pelo Supremo Tribunal Federal, valendo citar, dentre outros precedentes, a ADPF 101/DF (Rel. Min. Cármen Lucia, *DJ* 24/06/2009) e as ADPF 358 e 359 (Rel. Min. Luis Roberto Barroso, *DJ* 08/10/2015). Aliás, dispõe o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/1999 o seguinte: “Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”.

³⁰² Nesse sentido, GILMAR FERREIRA MENDES e LENIO LUIZ STRECK (*Comentário ao artigo 102, § 1º*, In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1392).

Nessa hipótese, deve ser demonstrada a divergência jurisdicional (comprovação da controvérsia judicial) relevante na aplicação do ato normativo, violador do preceito fundamental.³⁰³

Tendo como legitimados ativos os mesmos da ação declaratória de inconstitucionalidade (art. 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/1999), a arguição de descumprimento de preceito fundamental é considerada como um *plus* em relação ao modelo de controle de constitucionalidade. Isto porque, diferentemente do que se verifica nas ações diretas de constitucionalidade e de inconstitucionalidade (cujo fim é expelir do sistema ato normativo contrário à Constituição Federal), a arguição visa submeter ao Supremo Tribunal Federal potencial violação, praticada pelo Poder Público, dos preceitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Cabível também quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, a decisão de mérito proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental: fixará *as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental*; será comunicada às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados; terá eficácia *erga omnes* e vinculante (art. 1º, parágrafo único, inciso I, e art. 10, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.882/1999).

A par da possibilidade da modulação dos efeitos da decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental, vale dizer, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse local (art. 11 da Lei nº 9.882/1999), afirma-se a natureza dúplice da respectiva sentença de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal, ou seja, a procedência da ação gera a ilegitimidade do ato impugnado, e o inverso ocorre com a improcedência da arguição.

Nesse sentido, TEORI ALBINO ZAVASCKI assevera:

Embora não haja na Lei 9.882/1999 disposição expressa a respeito, como há em relação à ADI e à ADC (art. 24 da Lei 9.868/1999), também em ADPF é da própria essência da sentença de mérito a sua natureza dúplice, a significar que um juízo de procedência do pedido conduz ao reconhecimento de ilegitimidade (ou não de recepção) da norma questionada e o inverso ocorre com um juízo de improcedência.³⁰⁴

³⁰³ *Direito constitucional esquematizado*, cit., p. 250-251.

³⁰⁴ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 62.

Por fim, a decisão proferida em arguição de descumprimento de preceito fundamental, além de ser autoaplicável, já que o presidente do Supremo Tribunal Federal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se posteriormente o acórdão, é irrecorrível, não podendo, inclusive, ser objeto de ação rescisória (art. 12 da Lei nº 9.882/1999).

6. A INFLUÊNCIA DAS DECISÕES DE MÉRITO, EXARADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO OU ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE, SOBRE AS DECISÕES DE MÉRITO TRANSITADAS EM JULGADO PROFERIDAS PELOS DEMAIS ÓRGÃOS JUDICIAIS

Como cediço, o ordenamento jurídico processual estabelece que a decisão de mérito, em regra, opera efeitos para o passado, na medida em que o juízo de valor realizado pelo Estado-juiz cinge-se sobre fatos já efetivamente ocorridos.

Admite-se, porém, que a eficácia do julgado atinja eventos futuros, em especial, na hipótese de situação jurídica concreta e presente, mas de caráter permanente ou duradouro.

Nesse sentido, mantidas as circunstâncias de fato e de direito em que se baseou o Estado-juiz para reconhecer a incidência ou não de uma norma jurídica sobre determinado fato, a respectiva decisão de mérito surtirá efeitos também para o futuro, ao menos até que se mantenham aquelas situações bases.

É que, como já tratado anteriormente, “a força do comando judicial tem uma condição implícita, a da *cláusula rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença”.³⁰⁵

Seria o caso, por exemplo, de um contribuinte pessoa física que, acometido por doença, obtém decisão de mérito que lhe reconheça o direito ao não recolhimento do imposto sobre a renda enquanto perdurar a moléstia. Sobrevindo a cura completa após o trânsito em julgado da respectiva decisão, a força vinculativa desta cessará, em razão da alteração da situação de fato (cura da doença).

Cite-se também o caso de uma empresa contribuinte do ISSQN que obtém decisão de mérito reconhecendo a impossibilidade da tributação sobre um serviço não contemplado pela respectiva lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003. Após o trânsito em julgado da sentença, o serviço que antes não era previsto como passível de tributação passa a ser tributado por conta de alteração normativa. Neste caso, modificada a situação de direito (inclusão do serviço questionado na dita lista anexa), a força vinculativa do julgado cessará, passando a empresa a se submeter ao recolhimento do dito imposto.

Dessa forma, alteradas as situações de fato e de direito, a cessação dos efeitos do

³⁰⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 105.

comando contido na sentença transitada em julgado se dará de forma automática e imediata, dispensando-se, assim, a revisão daquele julgado.

Entretanto, como bem destacado por TEORI ALBINO ZAVASCKI, o interessado poderá invocar ditas alterações, seja como matéria de defesa, seja em sede de impugnação de execução de sentença. Na hipótese de modificação do estado de direito, tal alteração poderá ser conhecida de ofício, sendo inteiramente aplicável o princípio *jura novit curia*.³⁰⁶

Nestas circunstâncias, não há que se falar em violação à coisa julgada. É que, por expressa previsão legislativa (art. 505³⁰⁷ do CPC/2015), permite-se a revisão do que foi anteriormente decidido em razão da alteração dos fatos ou do direito em que se baseou o Estado-juiz para exarar o comando contido na sentença de mérito.

Por outro lado, há situações em que, declarada *incidentalmente* a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma jurídica tributária em demanda individual, e transitada em julgado a respectiva decisão, sobrevém sentença de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal, via controle difuso ou concentrado, em sentido contrário àquela decisão.

Neste caso, constituindo típica modificação do estado de direito, o posicionamento final do Supremo Tribunal Federal exerce substancial influência sobre as decisões de mérito transitadas em julgado. Senão, vejamos.

Como visto linhas atrás, a norma contida no comando sentencial decorrente da análise de um dado caso concreto, se transitada em julgado, terá efeitos *ex tunc* e força vinculante apenas às partes litigantes do processo, não prejudicando terceiros (art. 506 do CPC/2015).

É dizer, o reconhecimento da inexistência de relação jurídica tributária decorrente da declaração *incidental* de inconstitucionalidade de uma norma jurídica vincula apenas as partes litigantes do processo, cujos efeitos do comando contido na sentença retroagirão, afastando, portanto, a incidência da respectiva norma sobre os fatos pretéritos, mas com possibilidade de albergar fatos futuros (se idênticos os fatos e o direito suscitados pelas partes do processo).

³⁰⁶ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 106.

³⁰⁷ Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; II - nos demais casos prescritos em lei.

Já no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade possuem efeitos distintos das decisões emanadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

No exercício da sua competência constitucional, vale dizer, como órgão máximo do Poder Judiciário e detentor da última palavra sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais, o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) de uma determinada norma jurídica, o faz partindo apenas da análise da norma *abstratamente* considerada perante a Constituição Federal, cujos efeitos da decisão de mérito transitada em julgado serão *ex tunc* e *erga omnes*.³⁰⁸

E aqui reside o primeiro e importante ponto definidor da prevalência do comando contido nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre aqueles constantes nas sentenças emanadas pelos órgãos judiciários inferiores. Trata-se da abrangência da força normativa contida em cada uma das respectivas decisões.

Com efeito, as sentenças proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, resultante da análise abstrata da norma, possuem eficácia *ultra partes* e *ex tunc*, sendo certo que o respectivo comando sentencial não se destina a regular um específico caso concreto, mas, sim, estabelecer um comando abstrato aplicável a um conjunto indefinido de situações e de pessoas.

O contrário ocorre com as decisões proferidas a partir de um caso concreto, pois, diante dos efeitos *inter partes* e *ex tunc*, o comando normativo contido na sentença de mérito transitada em julgado destina-se a regular uma específica relação jurídica (existência, inexistência ou modo de ser da relação jurídica entre autor e réu).

Seria o mesmo que afirmar que o comando normativo, nas decisões de mérito transitadas em julgado emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, contém norma jurídica geral e abstrata com aptidão para regular outras relações jurídicas semelhantes, enquanto que, nas decisões de mérito proferidas pelos demais órgãos judiciais locais, contém norma individual e

³⁰⁸ Conforme tratado no item 5.2 deste trabalho, o efeito vinculante da decisão que declara inconstitucional uma norma jurídica em sede de controle difuso, depende da publicação da resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso X, da CF/88. Na hipótese de declaração de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, em razão da transcendência dos interesses das partes litigantes, a respectiva decisão de mérito vinculará todas as instâncias judiciais inferiores e os órgãos da Administração Pública. Em relação à declaração de inconstitucionalidade realizada na modalidade concentrada, o efeito vinculativo do julgado decorre de expressa disposição legal (art. 102, § 2º, da CF/88 e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999; art. 1º, parágrafo único, inciso I, e art. 10, §§ 1º e 3º, da Lei nº 9.882/1999).

concreta com determinação para regular *apenas* a relação jurídica específica suscitada pelas partes litigantes.

Assim, ao contrário de uma decisão de mérito que apenas afasta a aplicação de uma norma jurídica tida por inconstitucional sobre um dado suporte fático, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal opera diretamente no plano normativo (abstrato), mantendo ou excluindo a norma impugnada do sistema jurídico.

Além disso, ao se declarar a validade ou a invalidade de uma norma jurídica tributária, via controle difuso ou concentrado de constitucionalidade realizado pela Suprema Corte, há verdadeira modificação do estado de direito apta a influir sobre os efeitos das decisões de mérito já transitadas em julgado proferidas pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Entretanto, a eficácia da dita modificação não ocorre de forma imediata, de modo a afastar automaticamente o juízo de certeza contido no comando decisório decorrente de um específico caso concreto.

É que a força vinculativa do julgado proferido em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade apenas ocorrerá com a efetiva publicidade da respectiva decisão que tenha declarado a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma jurídica. Explica-se.

Conforme asseverou TEORI ALBINO ZAVASCKI,³⁰⁹ no controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, existem dois efeitos, quais sejam, a *eficácia normativa da sentença*, que diz respeito à nulidade ou à validade da norma, e a *eficácia vinculante da declaração judicial da validade ou nulidade da norma*, os quais, sendo fenômenos distintos, possuem termos iniciais diferenciados.

Segundo o referido autor, a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma norma jurídica, por ser decorrente da análise da validade ou invalidade desta desde a sua origem perante a Constituição Federal, possui eficácia *ex tunc*. Neste caso, fala-se em *eficácia normativa* da declaração.

Já o efeito vinculante (*erga omnes*) da declaração de inconstitucionalidade da norma se dá a partir da publicação da resolução do Senado Federal determinando a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (no controle

³⁰⁹ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 66-68 e 108-111.

difuso) ou da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal (controle abstrato). Seria a *eficácia executiva* do reconhecimento judicial de inconstitucionalidade da norma.

Relativamente à decisão de mérito proferida em recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, apesar de não haver disposição legal expressa de atribuição de efeitos gerais do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, mas, em razão da transcendência dos interesses subjetivos do processo, como já se viu, tem-se admitido o efeito expansivo e vinculante das decisões tomadas pela Suprema Corte.

Nesse sentido, colha-se trecho do voto proferido pelo Ministro Relator, Gilmar Mendes, nos autos da Reclamação nº 4.335 (DJ 20/03/2014):

8. É inegável, por conseguinte, que, atualmente, a força expansiva das decisões do Supremo Tribunal Federal, mesmo quando tomadas em casos concretos, não decorre apenas e tão somente de resolução do Senado, nas hipóteses de que trata o art. 52, X da Constituição. É fenômeno que está se universalizando, por força de todo um conjunto normativo constitucional e infraconstitucional, direcionado a conferir racionalidade e efetividade às decisões dos tribunais superiores e, como não poderia deixar de ser, especialmente os da Corte Suprema.

9. Pois bem, certamente contaminado e sensibilizado por essa clara e enfática mensagem imposta pelo sistema normativo, quanto ao caráter expansivo de que devem se revestir as suas decisões, o Supremo Tribunal Federal, em vários precedentes importantes, tomados em casos concretos, passou, ele próprio, a enunciar o que depois se convencionou chamar de modulação de efeitos, que outra coisa não é senão dispor sobre a repercussão daquela específica decisão a outros casos análogos. Essa tendência da jurisprudência do Tribunal restou afirmada com sua posição francamente favorável à aplicação, também em controle incidental de constitucionalidade, da técnica consagrada no art. 27 da Lei 9.868/1999, que, ao tratar das decisões que, em ações diretas, declaram a inconstitucionalidade de preceito normativo, permite que o Tribunal atribua efeitos restritos e de caráter temporal. Ora, ao estabelecer formas e limites a serem observados na repercussão de suas decisões – tomadas, enfatize-se, também em casos concretos –, o Tribunal está, implícita mas inquestionavelmente, reconhecendo e atribuindo-lhes força expansiva e universalizante.³¹⁰

Como se percebe, as decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, exercem significativa influência sobre os efeitos das decisões de mérito já transitadas em julgado proferidas pelos órgãos judiciários inferiores, especialmente por promoverem a alteração do estado de direito, vale dizer, seja validando ou declarando nulo determinado ato normativo.

Nesse sentido, se uma decisão de mérito transitada em julgado proferida em demanda individualizada afasta ou confirma a incidência de determinada norma jurídica sobre um

³¹⁰ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 03 maio 2017.

suporte fático entendendo ser ela inconstitucional ou constitucional, seus efeitos cessarão, após a publicação no Diário Oficial da Resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional ou do acórdão proferido em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a compatibilidade ou a incompatibilidade da respectiva norma com a Constituição Federal, a partir da nova decisão de mérito proferida em ação rescisória ou em ação revisional.

É que, embora se possa admitir a observância espontânea da solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade de um determinado ato normativo questionado via controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, a cessação da eficácia das decisões de mérito já transitadas em julgado proferidas em ações individuais, somente será possível através de outro ato estatal específico.

Isto porque, como bem afirma JAMES MARINS,

[...] em nosso ordenamento processual a norma geral e abstrata (lei, ainda que inconstitucional) pode perder sua eficácia, por inconstitucionalidade, diante de nova norma de caráter geral e abstrato (súmula vinculante); enquanto que a norma individual e concreta de conteúdo inconstitucional (acórdão passado em julgado) perde sua eficácia diante de nova norma individual e concreta (sentença de rescisão).³¹¹

A par de o referido autor tratar da súmula vinculante, tal solução também se aplica às decisões proferidas em sede de controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, porquanto a análise objetiva realizada pelo Supremo Tribunal Federal nestas formas de controle, vale dizer, em que não figuram partes e nem se considera relação jurídica subjetiva, muito menos, direito subjetivo, inviabiliza a adoção de quaisquer providências satisfativas, direta e imediatamente, sobre os efeitos de uma decisão de mérito já transitada em julgado prolatada em demanda individual pelos demais órgãos do Poder Judiciário.

Em que pese a ação de revisão prevista no art. 505, inciso I,³¹² do novo Código de Processo Civil ser o instrumento processual mais adequado para estancar os efeitos de uma decisão de mérito já transitada em julgado proferida em demanda individual, especialmente, por não ensejar a desconstituição da coisa julgada produzida naquela demanda e em razão dos

³¹¹ *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*, 9. ed., cit., p. 671.

³¹² Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo: **I** - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença.

efeitos da nova decisão serem não retroativos (*ex nunc*),³¹³ não ignoramos a possibilidade do manejo da ação rescisória para tanto, com base no inciso V do art. 966 do daquele *Codex*.

Nesse sentido, acerca do cabimento da ação rescisória na hipótese aqui tratada, TEORI ALBINO ZAVASCKI assim afirma:

A estabilidade dos julgados é valor jurídico que se preserva independentemente dos fundamentos neles adotados pelo juiz. Todas as sentenças de mérito assumem, quando não mais atacáveis por recurso, a qualidade de coisa julgada (=a imutabilidade), inclusive as que decidem, incidentalmente, questões constitucionais. Sua modificação, nesses casos como nos demais, é, todavia, admissível nas hipóteses do art. 966 do CPC. Pode-se afirmar, portanto, que a sentença de mérito, mesmo envolvendo matéria constitucional, faz coisa julgada, mas pode ser rescindida, com base no inc. V, quando “violar manifestamente norma constitucional”.³¹⁴

Após relatar a relevância dos mecanismos processuais destinados à tutela das normas constitucionais, inclusive da eficácia transcendental das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, acrescenta o referido autor:

A mesma orientação foi – e ainda está sendo – dada nos casos de ação rescisória fundada no art. 966, V do CPC (correspondente ao art. 485, V, do CPC/1973): tratando-se de norma infraconstitucional, não se considera existente “violação a literal disposição de lei”, e, portanto, não se admite ação rescisória, quando “a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (Súmula 343). Todavia, esse enunciado não se aplica quando se trata de “texto constitucional”: relativamente a este, é cabível ação rescisória mesmo que a seu respeito haja controvérsia interpretativa nos Tribunais. As razões fundantes do tratamento diferenciado, segundo é possível colher da jurisprudência do STF, são, essencialmente, a da “supremacia jurídica” da Constituição, cuja interpretação “não pode ficar sujeita à perplexidade”, e a especial gravidade de que se reveste o descumprimento das normas constitucionais, mormente o “vício da inconstitucionalidade das leis”.³¹⁵

E concluiu o precitado jurista:

³¹³ HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO e RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO assim também entendem: “Ao que nos parece, no plano das relações continuativas e da ulterior mudança na jurisprudência do STF (ou do STJ), a rescisória é um instrumento inadequado, impróprio, exagerado, desproporcional. Ou desmancha (pelo menos potencialmente) tudo o que se construiu à luz de uma decisão transitada em julgado, até então tida como correta, ou então permite que a produção de efeitos por tal decisão se eternize no tempo” (Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET, 2006, p. 189-190).

³¹⁴ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 155.

³¹⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 157-158.

O que se quer afirmar, por isso mesmo, é que, se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja “violar manifestamente” a existência de precedentes do STF, guardião da Constituição. Ele, associado aos princípios da supremacia da Constituição e da igualdade perante a lei, é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da Súmula 343, porquanto indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais, não há violação literal ou manifesta a preceito normativo a ensejar rescisão) por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.³¹⁶

A par deste posicionamento doutrinário, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido:

Agravo regimental no agravo de instrumento. Súmula nº 343/STF. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido da inaplicabilidade da Súmula nº 343 quando a matéria versada nos autos for de cunho constitucional, mesmo que a decisão objeto da rescisória tenha sido fundamentada em interpretação controvertida ou anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental não provido. (STF, AI-AgR 703.485/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJ* 11/12/2012)³¹⁷

Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal *a quo* aprecie a ação rescisória. (RE 328.812 ED/AM, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 06/03/2008)³¹⁸

Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 235.794/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* 22/10/2002)³¹⁹

Entretanto, no tocante aos efeitos da decisão de mérito proferida em ação rescisória, perfilhamos do mesmo entendimento esposado por JAMES MARINS, ou seja, sendo

³¹⁶ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 160.

³¹⁷ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

³¹⁸ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

³¹⁹ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 04 jul. 2017.

admitido o cabimento desta espécie de ação pela jurisprudência da nossa mais alta Corte de nosso país, seriam eles *ex nunc* (não retroativos):

[...] a desconsideração, pura e simples, de qualquer efeito decorrente da coisa julgada é expediente que se volta contra valores profundamente enraizados no Direito Constitucional contemporâneo, no Brasil e no exterior: a segurança das relações jurídicas, a certeza do direito aplicável, a proteção da boa-fé e a manutenção de situações consolidadas no tempo, quando sua alteração se mostrar juridicamente inaceitável, sobretudo quando está em jogo a eficácia da garantia constitucional da coisa julgada. Por isso, a consideração, corrente, segundo a qual a decisão em ação rescisória opera efeitos *ex tunc*, não impede suscitar casos em que esses efeitos sejam inadmissíveis, por ferirem princípios superiores de direito constitucional, além da própria justiça do caso concreto.³²⁰

Quanto à ação revisional prevista no precitado art. 535, inciso I, do novo Código de Processo Civil, a qual, como afirmado anteriormente, constitui instrumento processual mais adequado para revisão do comando contido numa decisão de mérito transitada em julgado, em razão de superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário àquela, seu cabimento, a nosso ver, teria lugar não só após o escoamento do prazo decadencial de dois anos da ação rescisória³²¹, mas também a partir da publicação no Diário Oficial da Resolução do Senado Federal ou do respectivo acórdão da Suprema Corte.

Anote-se ainda que na dita ação revisional, sendo de conhecimento e de natureza constitutiva negativa, a decisão de mérito a ser proferida nesta espécie processual terá efeitos *ex nunc*, não atingindo, portanto, o comando contido na decisão anterior objeto de revisão.

FREDIE DIDIER JR., RAFAEL OLIVEIRA e PAULA SARNO BRAGA assim observam:

A ação de revisão que poderá ser interposta é uma outra ação (elementos distintos), porque fundada em outra causa de pedir; a nova sentença, nesta demanda, alteraria *ex nunc* a regulação jurídica da relação, nem de perto tocando a primeira. Trata-se de duas normas individuais concretas que regulam situações diversas. A sentença proferida no segundo processo não ofenderá nem substituirá a que fora proferida no primeiro, que tem a sua eficácia condicionada à permanência das situações de fato e de direito – imaginar que a primeira sentença não ficaria acobertada pela coisa julgada, seria o mesmo de defender que ela estaria desprotegida do influxo de lei nova, por exemplo. Trata-se de posicionamento majoritário.³²²

³²⁰ *Direito processual tributário brasileiro*: administrativo e judicial, 9. ed., cit., p. 671.

³²¹ Neste caso, JAMES MARINS afirma pela possibilidade da aplicação do princípio da *actio non nata non praescribitur* (*Direito processual tributário brasileiro*: administrativo e judicial, 9. ed., cit., p. 678).

³²² *Curso de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 501.

Diante disso, não há que se falar em violação à coisa julgada, já que, inobstante a alteração das circunstâncias de direito, não só a eficácia vinculante do comando contido na decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal ocorrerá para o futuro, mas também, os efeitos oriundos das decisões decorrentes do julgamento da ação rescisória e da ação revisional serão irretroativos, mantendo-se, portanto, íntegra e intocável a decisão de mérito proferida em um dado caso concreto.

A razão da integridade e imutabilidade da sentença transitada em julgada em casos como tais, a nosso ver, justifica-se pela simples razão de que o Estado-juiz, na época da prolação da decisão, deparando-se com uma norma jurídica ainda não declarada inconstitucional ou constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, apenas exerceu uma função que o próprio sistema lhe atribui, qual seja, a de controlar, difusamente, a constitucionalidade das leis.

Com efeito, se a coisa julgada é uma qualidade dos efeitos da sentença que torna imutável o comando nela contido, após o esgotamento de todos os recursos contra ela cabíveis,³²³ dita imutabilidade permanece, ao menos, até que sobrevenha modificação do estado de fato ou de direito em que se baseou o Estado-juiz para concluir em um ou em outro sentido.

Neste sentido, ENRICO TULLIO LIEBMAN assim nos ensina:

Outra coisa não acontece para os casos ora considerados, nos quais tratando-se de uma relação que se prolonga no tempo, e dizendo a decisão ser determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança se justifica, sem mais, uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente, o que será uma aplicação, e nunca uma derrogação dos princípios gerais e nenhum obstáculo encontrará na coisa julgada. Esta, pelo contrário, fará sentir toda a sua força, neste como em todos os outros casos, no excluir totalmente uma apreciação diversa do caso, enquanto permaneça alterado. O que há de diversos neste casos não é a rigidez menor da coisa julgada, mas a natureza da relação jurídica, que continua a viver no tempo com conteúdo ou medida determinados por elementos essencialmente variáveis, de maneira que os fatos que sobrevenham podem influir nela, não só no sentido de extingui-la, fazendo por isso extinguir o valor da sentença, mas também no sentido de exigir mudança na determinação dela, feita anteriormente.³²⁴

Aliás, como bem anota LUIZ GUILHERME MARINONI, a

³²³ LIEBMAN. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 51.

³²⁴ *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*, cit., p. 27-28.

coisa julgada, portanto, não é uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, mas sim uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, destarte, um discurso jurídico propriamente dito. Na verdade, se a discussão jurídica não tiver um termo a partir do qual a decisão não possa ser questionada, não haverá sentido em falar em discurso jurídico nem muito menos em realizá-lo.³²⁵

E arremata o referido doutrinador:

Ora, um discurso jurídico incapaz de se estabilizar é uma contradição em termos, já que o poder, fundamento do discurso jurídico, imprescinde de recrudescimento. É por isso que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral.³²⁶

Anote-se, uma vez mais, que os efeitos prospectivos do comando sentencial nos casos de relação jurídica tributária de trato continuado ou sucessivo dependem, necessariamente, da não alteração das circunstâncias de fato e de direito suscitados pelas partes litigantes numa demanda individual.

Por certo, não faria sentido uma sentença reconhecer a inexistência ou a existência de uma relação jurídica tributária apenas no tocante ao passado por ser a respectiva norma inconstitucional ou constitucional, e impedir que o mesmo juízo de certeza reflita sobre eventos idênticos posteriores à decisão.

Ora, o silogismo que o Estado-juiz exerce sobre a lei e sobre os fatos suscitados pelas partes continua sendo o mesmo após o trânsito em julgado da sentença, desde que, à evidência, os respectivos fatos e a respectiva norma não sofram modificações posteriores.

Não obstante isso, cremos que os objetivos da coisa julgada (não eternização de discussões judiciais e estabilidade das relações jurídicas) estarão plenamente atendidos, porquanto o que foi decidido pela sentença transitada em julgado é totalmente preservado, ao menos, até que se mantenham as mesmas circunstâncias de fato e de direito suscitadas pelas partes no respectivo processo.

Ademais, a influência substancial que as decisões do Supremo Tribunal Federal exercem sobre sentenças já transitadas em julgado, proferidas pelos demais órgãos judiciários,

³²⁵ *Coisa julgada inconstitucional*: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57.

³²⁶ Idem, ibidem.

não viola o princípio da igualdade perante a lei, especialmente a lei constitucional. Ao contrário, o reafirma.

Isto porque o Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua função e missão que a própria Constituição Federal lhe atribui, universaliza a interpretação e a aplicação de uma dada norma jurídica, declarando, pois, um determinado *status* jurídico: a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade daquela norma.

Diríamos que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal exercem significativa influência sobre os efeitos prospectivos das sentenças concernentes às relações jurídicas de trato continuado ou sucessivo, constituindo forma de equalização de situações que, *a priori*, seriam desiguais, tornando assim, iguais.

De fato, não faria sentido – e ousamos a afirmar – nem justo que um contribuinte permaneça sendo cobrado por uma exação fiscal pelo fato de um juiz ter declarado, incidentalmente, constitucional uma norma, enquanto outro contribuinte esteja dispensado da respectiva cobrança, em razão do tempo ou de outros fatores que o beneficiaram para, em tempo, usufruir de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, HUMBERTO ÁVILA assim também afirma:

Isso não quer dizer, contudo, que não ocorram situações em que um estado grave de desigualdade possa surgir no caso de relações continuativas, em razão de uma decisão favorecer ou prejudicar um contribuinte em detrimento de outros. Nesses casos deverão ser verificados os próprios contornos da coisa julgada em face de uma decisão posterior do Supremo Tribunal Federal declarando a (in)constitucionalidade do tributo. Sendo assim, se um contribuinte tiver uma decisão transitada em julgado declarando a constitucionalidade do tributo em discussão e for proferida uma decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade ou em controle difuso, com algum expediente de ampliação da eficácia subjetiva da decisão (suspensão da lei pelo Senado ou súmula vinculante), a validade da coisa julgada decorrente da decisão judicial individual fica ainda assim mantida; apenas os seus efeitos futuros é que ficam limitados em decorrência – e partir – da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal.³²⁷

E não nos parece cogitável que entre os dois contribuintes haveria uma condição essencial capaz de diferenciá-los e assim, autorizar a manutenção dos efeitos prospectivos de uma sentença já transitada em julgado. Além de inegável afronta à livre concorrência, uma

³²⁷ Teoria da segurança jurídica, cit., p. 367.

vez que um contribuinte estaria sendo mais onerado do que o outro, haveria inquestionável desigualdade perante a lei.

Se a coisa julgada destina-se a conferir segurança jurídica individual para o litigante, as decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram constitucional ou inconstitucional uma norma, por certo, primam pela segurança jurídica coletiva, na medida em que tentam preservar a ordem jurídica para toda a coletividade.

Mais uma vez, calha trazer à colação os ensinamentos de HUMBERTO ÁVILA:

A segurança pode assumir uma dimensão estritamente individual quando a sua utilização visa a resguardar interesses particulares do indivíduo. O ordenamento jurídico contém várias normas que protegem essa dimensão, como é o caso da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, nos quais a segurança jurídica atua, concreta e reflexivamente, relativamente a um sujeito determinado.

[...]

A segurança jurídica, todavia, também pode assumir uma dimensão coletiva, quando o seu uso tem a finalidade de preservar a ordem jurídica como um todo para toda a coletividade. O ordenamento jurídico também contém várias normas que protegem essa dimensão, como é o caso da competência para o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com base na segurança jurídica. Esse também é o caso do controle difuso de constitucionalidade quando, no recurso extraordinário, é reconhecida a repercussão geral. Nesses casos, examinam-se questões gerais relacionadas à efetividade do ordenamento jurídico ou de um setor seu (...).³²⁸

No âmbito dos tribunais, o tema aqui discutido já foi objeto de consideração, conforme se nota, por primeiro, pela ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

APELAÇÃO CÍVEL.

1. Cumprimento de sentença – Extinção da execução pela liquidação do débito – Depósito de precatório – Incidência de juros durante todo o período da mora – Cabimento Superveniente – Súmula Vinculante 17 do E. Pretório Excelso que não opera efeitos retroativos para atingir a eficácia de coisa julgada material – Precedentes – Obediência à coisa julgada, consagrada pelo constituinte originário como cláusula pétrea (artigo 5º, inciso XXXVI), insuscetível de alteração, inclusive pelo poder constituinte derivado (artigo 60, § 4º) – Lei nº. 11.960/09 Inaplicabilidade Dívida de natureza tributária – Orientação do E. STJ no julgamento do RESP nº. 1.270.439/PR – Retomada da execução – Reforma da sentença.

2. Recurso provido.

(TJ/SP – AC 0411572-70.1993.8.26.0053, 12ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, DJ 30/11/2016)³²⁹

³²⁸ *Teoria da segurança jurídica*, cit., p. 168.

³²⁹ Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 15 maio 2017.

O caso representado pela ementa *supra* teve como discussão a possibilidade de retroação dos efeitos da Súmula Vinculante nº 17³³⁰ do Supremo Tribunal Federal, editada em 29/10/2009 (antes da Emenda Constitucional nº 62/2009), sobre sentença transitada em julgado em 01/1995, a qual estabeleceu a incidência de juros desde a data do seu trânsito.

Na oportunidade, o Desembargador Relator, Osvaldo de Oliveira, registrou que nem mesmo a Emenda Constitucional nº 62/2009, que alterou o art. 100 da Constituição Federal de 1988 e acrescentou o art. 97 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é capaz de alterar o que já foi objeto de decisão transitada em julgado. Neste sentido, colha-se trecho do acórdão:

Embora se trate de questão polêmica, tem-se que a eficácia do novo regime deve se restringir aos fatos futuros, não podendo ser aplicado às situações jurídicas anteriormente consolidadas de direito adquirido e ato jurídico perfeito, pena de inconstitucionalidade.

Sobre matéria tributária, cite-se também a seguinte ementa do mesmo Tribunal:

COISA JULGADA – ISSQN – Serviços de registros públicos, cartorários e notariais – Mandado de Segurança – Município de São Caetano do Sul – Alegado direito líquido e certo de não recolher o tributo e de não cumprir os deveres instrumentais correlatos – Trânsito em julgado de decisão que reconhece a não incidência sobre as atividades do impetrante – Superveniência, porém, do julgamento da ADI 3.089 pelo STF, em que se declarou constitucional a incidência de ISS sobre os serviços em questão – Imediata aplicabilidade dessa decisão aos fatos geradores que lhe são posteriores – Precedentes do STF e deste Tribunal – Entendimento doutrinário no mesmo sentido – Relação jurídico-tributária que se reveste de caráter continuativo – Direito líquido e certo não demonstrado – Segurança que deve ser denegada – Sentença reformada para esse fim. Recursos oficial e voluntário providos. (TJ/SP – AC 4003875-10.2013.8.26.0565, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Osvaldo de Oliveira, *DJ* 10/11/2016)³³¹

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por sua vez, nos autos da apelação de nº 2006.03.99.010587-8 (Rel. Desembargadora Federal Cecília Marcondes, *DJ* 19/02/2009), decidiu negar provimento ao apelo da Fazenda Nacional, ao argumento da necessária manutenção dos efeitos da sentença transitada em julgado proferida em favor de contribuinte, em que se reconheceu a inexistência de relação jurídica tributária relativamente à CSLL

³³⁰ Eis o teor da súmula: “Durante o período previsto no parágrafo 1º do artigo 100 da Constituição, não incidem juros de mora sobre os precatórios que nele sejam pagos”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2017.

³³¹ Disponível em: <www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 15 mai. 2017.

instituída pela Lei nº 7.698/1988, mesmo em face de ulterior decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade desta lei.³³²

Não colhe o argumento da recorrente, no sentido de não ser aplicável, no presente caso, a decisão judicial em ação ordinária, com trânsito em julgado, contrária aos seus interesses, em razão de estar em desacordo com posteriores decisões do STF, que considerou constitucional os preceitos da Lei 7.689/88, com exceção do art. 8º, em prestígio à segurança das relações jurídicas, vez que objetivamente operada a coisa julgada material (CPC, art. 467 e ss.), a impedir o prosseguimento da execução ou o ajuizamento de uma nova execução em desfavor da executada. Portanto, comprovada a existência da coisa julgada nos autos da ação declaratória em relação à contribuição de que trata a presente execução fiscal, a mesma deve ser extinta, em razão da inexigibilidade do título executivo, não se podendo nestes autos abrir espaço para discussão a respeito do alcance dos efeitos do quanto decidido naquele feito.

Dentre os argumentos contidos no acórdão, põe-se em destaque o entendimento de que somente seria admissível a cobrança da CSLL, diante da existência de coisa julgada, em caso de superveniente alteração normativa que constitua nova relação jurídica tributária (modificação do critério material da regra matriz de incidência) referentemente à dita exação fiscal, tal como já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Igualmente improcedente o argumento de justificar-se o lançamento e posterior cobrança do crédito em relação a fatos geradores ocorridos posteriormente às modificações legislativas, em virtude de alterações nas normas que dispõem sobre a cobrança da CSLL, a incidir, na espécie, o art. 471, I, do CPC, que trata de relação jurídica continuativa, porque a inexigibilidade do débito tributário aqui em apreço decorre do reconhecimento de inexistência da fonte legal da relação jurídico-tributária, vez que declarada a inconstitucionalidade da Lei n. 7.689/88, hipótese a demandar a criação de uma nova lei, instituindo nova relação jurídica entre as partes.

O Superior Tribunal de Justiça, pela sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC/1973, correspondente ao art. 1.036 do CPC/2015), assentou o entendimento, nos autos do Recurso Especial nº 1.118.893/MG³³³, ao menos a partir da análise da legislação infraconstitucional, de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal não exercem

³³² Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 15 mai. 2017.

³³³ A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, através do Parecer PGFN/CRJ/Nº 975/2011, exarou orientação aos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, no sentido de que o objeto analisado pelo REsp 1.118.893/MG cingiu-se a um específico caso concreto (validade de cobrança da CSLL no ano-base de 1991), não possuindo, portanto, divergência com o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, já que este último parecer não defende a eficácia retroativa da decisão de mérito emanada pelo Supremo Tribunal Federal de modo a atingir a coisa julgada de sentença proferida em demandas individuais.

influência sobre as sentenças transitadas em julgado e que tenham decidido de modo contrário ao adotado em controle concentrado de normas.

Nesse sentido, colaciona-se trecho do voto proferido pelo Relator, Ministro Arnaldo Esteves de Lima:

Outrossim, o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade à própria existência do controle difuso de constitucionalidade, fragilizando, sobremodo, a *res judicata*, com imensurável repercussão negativa no seio social.

Destaque-se, por oportuno, que a Corte da Cidadania também assentou o entendimento, quando do julgamento do apelo excepcional em questão, de que alterações legislativas posteriores que não tenham alterado substancialmente a regra padrão de incidência da CSLL (declarada inconstitucional em controle difuso) não é capaz de afetar a coisa julgada formada anteriormente, especialmente se as legislações se limitaram a alterar apenas a base de cálculo e a alíquota da contribuição.

Se o preceito de lei declarado inconstitucional por decisão judicial transitada em julgado, que instituiu o tributo, trazendo a regra-matriz de incidência, continua em vigor e a ele fazem referência os diplomas legais supervenientes que o disciplinam, não há como permitir, por esse motivo, a cobrança da exação no tocante a períodos posteriores.

Por outro lado, a mesma Corte Superior já adotou entendimento no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal estabelece uma nova situação jurídica, submetida ao superveniente estado de direito, fazendo cessar, portanto, prospectivamente, os efeitos da constitucionalidade emitidos na sentença proferida em sentido contrário.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS. DECRETOS-LEIS Nºs 2.445/88 E 2.449/88. IMPETRAÇÃO PRÉVIA DE MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. As sentenças proferidas em relações jurídicas de trato sucessivo transitam em julgado e fazem coisa julgada material, ainda que possam ter a sua eficácia limitada

no tempo, quanto aos fatos supervenientes que alterem os dados da equação jurídica nelas traduzida.

2. A contribuição ao PIS é relação jurídica de trato sucessivo, porquanto de fatos geradores instantâneos, mas com repetição continuada e uniforme.

3. *In casu*, a sentença do primeiro mandado de segurança, que fez coisa julgada, entendeu pela constitucionalidade dos Decretos-Leis ns. 2.445, de 29/06/88, e 2.449, de 21/07/88.

4. Deveras, referidos diplomas normativos tiveram a sua inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

5. A declaração de inconstitucionalidade estabelece uma nova situação jurídica, submetida ao superveniente estado de direito, que faz cessar, prospectivamente, os efeitos da constitucionalidade emitidos na sentença proferida em sentido contrário.

6. Destarte, deve-se observar que há retroação da declaração de inconstitucionalidade, mas a decisão transitada em julgado perpetua-se até a declaração de inconstitucionalidade da norma pela Suprema Corte, respeitando a coisa julgada material naquela lapso temporal.

7. Na hipótese dos autos, fica reconhecida, relativamente ao período anterior ao advento da Resolução 46/95 do Senado, a eficácia da sentença anterior transitada em julgado, que reconheceu a constitucionalidade do DL 2.445/88 e 2.449/88; todavia, com a modificação do estado de direito decorrente da publicação dessa Resolução, suspendendo a execução dos Decretos-lei declarados inconstitucionais pelo STF, cessou a eficácia temporal da sentença anterior, em sentido contrário.

8. A ofensa ao art. 535 do CPC não resta configurada quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

9. Recurso especial parcialmente provido.³³⁴

Perante o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.462/SP (Rel. Min. Teori Zavascki, *DJ* 28/05/2015), submetido ao rito estabelecido pelo art. 543-B do CPC/1973 (correspondente ao art. 1.036 do CPC/2015), firmou-se o entendimento no sentido da necessidade de ação rescisória para desconstituição de coisa julgada formada anterior e contrariamente à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, via controle concentrado, de determinado preceito normativo.³³⁵

Muito embora tenha sido consignado naquele julgado que a indispensabilidade da ação rescisória não se relaciona à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, notadamente quando decide sobre relações jurídicas de trato continuado, acreditamos que os fundamentos adotados naquele específico caso se aplicariam, em parte, para o caso de cessação dos efeitos prospectivos de sentença transitada em julgado proferida em demandas individuais.

³³⁴ REsp 1103584/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 18/05/2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 mai. 2017.

³³⁵ No julgamento deste recurso extraordinário foi fixada a seguinte tese: A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495).

De acordo com o entendimento contido no respectivo acórdão, das sentenças que afirmam a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica, decorre o efeito vinculante, consistente na observância obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais. Tal efeito vinculante seria a eficácia executiva, cujo efeito é *ex nunc* e a partir da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial.

Nesse sentido, reafirmando o entendimento adotado neste trabalho, cremos que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não atinge a coisa julgada formada anterior e contrariamente a esta declaração, mas apenas os fatos posteriores a esta, vale dizer, a partir de nova decisão proferida em ação rescisória ou em ação de revisão prevista no art. 505, inciso I, do novo Código de Processo Civil.

Entretanto, como cediço, a discussão sobre o tema aqui versado ainda está por ser definida pela Corte Suprema. É que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral das questões ventiladas nos Recursos Extraordinários nºs 949.297/CE e 955.227/BA, cujas ementas possuem o seguinte teor:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRELIMINAR. RECONHECIMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO - CSLL. LEI 7.689/88. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. LIMITES. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA. INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE EM CONTROLE ABSTRATO E CONCENTRADO. ADI 15. SÚMULA 239 DO STF.

1. A matéria constitucional controvertida consiste em delimitar o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.

2. Preliminar de repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida.

(RE RE 949297 RG/CE, Rel. Min. Edson Fachin, DJ 11/03/2016)

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA QUE DECLARA EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO. COISA JULGADA. EFEITOS FUTUROS. RELAÇÕES DE TRATO CONTINUADO. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. Constitui questão constitucional saber se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.

2. Repercussão geral reconhecida.

(RE 955227 RG / BA, Rel. Min. Roberto Barroso, DJ 31/03/2016)

No primeiro recurso extraordinário (949.297/CE) interposto pela Fazenda Nacional contra o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, defende-se, além da aplicação ao caso da Súmula 239 do STF,³³⁶ que as alterações promovidas pelas Leis nºs 7.856/1989, 8.034/1990 e 8.212/1990 sobre a Lei nº 7.689/1988 (instituidora da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido) e superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal tomada na ADIN nº 15/DF permitiriam o afastamento do efeito vinculativo do julgado anterior (cuja sentença, transitada em julgado em 1992, reconheceu a inexistência de relação jurídica tributária relativamente à mencionada contribuição).

Já no segundo recurso extraordinário (955.227/BA) também interposto pela Fazenda Nacional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, argumenta-se pela aplicação, no caso *sub judice*, da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada no Recurso Extraordinário nº 138.284/CE (que declarou inconstitucional apenas o art. 8º da Lei nº 7.689/1988) sobre os fatos geradores posteriores a esta decisão (ocorrida em 1994).

Portanto, inobstante os posicionamentos dos tribunais até então existentes, e a pendência de definição pelo Supremo Tribunal Federal acerca do tema aqui discutido, cremos que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade influem substancialmente sobre os efeitos prospectivos das sentenças de mérito transitadas em julgado (quando baseadas em relação jurídica de trato continuado ou sucessivo), por caracterizarem inegável modificação do estado de direito.

6.1. A valorização do precedente judicial

Nos últimos tempos, tem-se verificado um crescente aumento da valorização do precedente judicial, impondo-se, cada vez mais, a observância das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal.

Iniciado o movimento evolutivo em 1934, quando foi criado o instituto da suspensão, por resolução do Senado, da execução de lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 16/1965 introduziu a representação de

³³⁶ Eis o teor da súmula: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 maio 2017.

inconstitucionalidade e determinou a força vinculante *erga omnes* das decisões daquela Corte nas ações de controle concentrado de constitucionalidade de normas.

A partir da Constituição Federal de 1988, o prestígio da força vinculante dos precedentes judiciais continuou sendo cada vez mais acentuado. Além da ampliação e criação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), a Emenda Constitucional nº 13/1993 criou a ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/2004 acrescentou novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, qual seja, o instituto da repercussão geral, além de introduzir o art. 103-A da Constituição Federal, a qual estabelece a possibilidade de edição de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

No âmbito infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1973 previa o mecanismo da uniformização da jurisprudência e de edição de súmulas (art. 479³³⁷).

A partir de 1994, diversas alterações foram também introduzidas no referido Código, com destaque para a autorização dada ao relator negar seguimento ao recurso quando a decisão estiver adequada a súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou dos tribunais superiores, ou dar-lhe provimento quando a decisão recorrida estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais superiores; a atribuição às decisões do STF sobre a inconstitucionalidade de normas (mesmo em controle difuso), a eficácia de inibir a execução de sentença a ele contrárias; a inadmissibilidade de apelação contra sentenças proferidas com base em súmula do STF ou do STJ.

Em 2008, foram introduzidos os arts. 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil revogado, os quais, ao disciplinar o instituto da repercussão geral para fins de conhecimento de recursos extraordinários, reafirmaram e deram um sentido prático à força dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, na medida em que consideraram como de repercussão geral a decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante da Suprema Corte, além de instituíram um sistema de decisão vinculante quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito.

No novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), a importância dos precedentes judiciais tornou-se ainda mais evidente, pois, além de reafirmar diversos

³³⁷ Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

mecanismos existentes no Código de Processo Civil de 1973, foram introduzidas outras formas de valorização da jurisprudência, especialmente, dos Tribunais Superiores.³³⁸

De fato, conforme registra RENATO LOPES BECHO em suas conclusões do seu interessante artigo intitulado “O direito concorrencial na aproximação entre o *Civil Law* e o *Common Law*”, “o sistema jurídico brasileiro tem procurado aumentar a importância do precedente jurisprudencial, movimento que culminou com o Código de Processo Civil de 2015”.³³⁹

Nesse sentido, o art. 927 do novo Código de Processo Civil determina a observância obrigatória dos precedentes judiciais pelos juízes e tribunais:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

HUMBERTO THEODORO JR. bem anota que referido artigo estabeleceu uma gradação hierárquica de precedentes que deverão ser observados pelos juízes e tribunais, denotando-se, pois, verdadeira preeminência às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente, aquelas com eficácia *erga omnes* e vinculante.³⁴⁰

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, inovação também introduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, está previsto nos arts. 976 e seguintes, cuja finalidade é “viabilizar verdadeira concentração de processos que versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida nele vincule todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do Tribunal competente para julgá-lo”,³⁴¹, muito embora o acórdão proferido neste incidente não faça coisa julgada material.³⁴²

³³⁸ JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. *Manual de direito e processo tributário*, cit., p. 448.

³³⁹ *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, ano XXVII, n. 130, jul./set. 2016, p. 56-77. Acesso em: 05 mar. 2017.

³⁴⁰ *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*, cit., v. III, p. 798.

³⁴¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, cit., p. 635.

Aliás, caso a questão discutida no dito incidente seja objeto de recurso excepcional (extraordinário ou especial), e apreciado o mérito, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça terá alcance sobre todo o território nacional, ou seja, sobre todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito (art. 987, § 2º, do CPC/2015³⁴³).

Outro instrumento que, embora não seja uma novidade, porque já previsto no CPC/1973, mas que, de certa maneira, reforça a importância da uniformização da jurisprudência acerca de questões relevantes, diz respeito ao Incidente de Assunção de Competência, previsto no art. 947 do CPC/2015.

Inobstante possuir caráter preventivo, já que aplicável antes da configuração de qualquer divergência jurisprudencial, tal incidente tem por objetivo a formação de precedente vinculante.

Assim, se o julgamento do recurso, de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver relevante questão de direito, com grande repercussão social, mas sem repetição em múltiplos processos, por proposta do relator, de ofício ou a requerimento da parte, do Ministério Público ou da Defensoria Pública, o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária será julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar, desde que seja reconhecido interesse público na assunção de competência.

Relativamente às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça previstas no inciso IV do art. 927 *supra*, elas deixaram de ser meramente persuasivas, passando, agora, a possuir força vinculativa, ou, como afirmam ISABELA BONFÁ DE JESUS, FERNANDO BONFÁ DE JESUS e RICARDO BONFÁ DE JESUS, com *vinculação forte*.³⁴⁴

Diante disso, nota-se que o novo Código de Processo Civil consolidou a tendência da vinculação obrigatória dos precedentes dos Tribunais Superiores, especialmente, do Supremo Tribunal Federal.

³⁴² É o que afirma HUMBERTO THEODORO JR., *in verbis*: “Por não ocorrer composição da lide, o acórdão pronunciado pelo tribunal na resolução do incidente de demandas repetitivas não faz coisa julgada material. Terá, porém, força vinculante *erga omnes*, fazendo que a tese de direito assentada seja uniformemente aplicada a todo aquele que se envolver em litígio similar ao retratado no caso padrão” (*Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*, cit., v. III, p. 914).

³⁴³ Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

³⁴⁴ *Manual de direito e processo tributário*, cit., p. 449.

6.2. O parecer PGFN nº 492/2011

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em 26/05/2011, publicou o Parecer nº 492, institucionalizando o entendimento de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, por serem objetivas, possuem força para alterar o sistema jurídico vigente, representando, pois, circunstância jurídica nova capaz de fazer cessar a eficácia vinculante de anterior decisão tributária transitada em julgado que lhe seja contrária.

É o que se extrai do seguinte trecho do dito parecer:

55. Note-se que, ainda no exemplo acima dado, o reconhecimento da constitucionalidade da lei pelo STF faz nascer relação jurídica tributária *nova* entre Fisco e o contribuinte-autor, composta por um suporte fático idêntico (mesmos fatos geradores) àquele considerado pela coisa julgada anterior, mas por um suporte jurídico alterado ou diferente (que passará a ser a *norma definitivamente interpretada pelo STF em face da Constituição* e que, por ter sido considerada constitucional, possui aptidão para incidir); e, por configurar uma relação nova, a eficácia vinculante da anterior decisão tributária transitada em julgado, dada a sua natural limitação objetiva, não é capaz de alcançá-la.

56. Por óbvio, esse mesmo raciocínio se aplica caso se esteja diante de hipótese em que, diferentemente da acima analisada, a consolidação da jurisprudência do STF venha a favorecer o contribuinte, e não o Fisco. Também em hipóteses desse jaez, a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado desfavorável ao contribuinte – em que, por exemplo, se reconheceu existente uma dada relação jurídica tributária face à constitucionalidade da correspondente lei de incidência –, cessa a partir do momento em que a jurisprudência do STF, formada nos termos acima assinalados, se consolidar no sentido da inconstitucionalidade da lei tributária”.³⁴⁵ (destaques do original)

Em outra passagem, defende o parecer que, a par da cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado contrária ao posterior entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal dar-se de forma automática, ou seja, sem necessidade de prévio pronunciamento judicial, somente com o trânsito em julgado é que se poderia, de um lado, o Fisco voltar a exigir o tributo (tido por inconstitucional pela coisa julgada) e, de outro, o contribuinte-autor deixar de pagar o tributo (tido por constitucional pela coisa julgada).

³⁴⁵ Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 19. Disponível em: <www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 13 maio 2017.

A par de a posição defendida ser a mesma do exposto neste trabalho, o referido parecer, por outro lado, equivoca-se ao estabelecer, primeiramente, que as decisões do Supremo Tribunal Federal fazem nascer nova relação jurídica tributária.

Ao contrário da visão adotada no parecer em questão, não há, após a decisão da Suprema Corte, nova relação jurídica tributária, mas, sim, o mesmo vínculo abstrato, cuja interpretação que se adotou sobre a lei é diversa daquela seguida, incidentalmente, na decisão de mérito transitada em julgado proferida numa demanda individual.

Nesse sentido, como bem asseverado por JAMES MARINS:

Esse raciocínio, no entanto, parte da falsa premissa segundo a qual haveria “nova relação jurídico-tributária”. A premissa é falsa porque inexistente nova relação, mas simplesmente a mesmíssima relação passa a ser interpretada de forma diversa. O objeto material da lide permanece sendo exatamente o mesmo: saber-se se determinado dispositivo legal que define a relação fática entre a Fazenda e o contribuinte é ou não constitucional. Este é o objeto último da coisa julgada que estabelece a norma individual e concreta sobre exatamente esta questão, de modo que esta relação permanecerá disciplinada por esta norma individual (constitucionalidade *in concreto* de determinada lei) até que sobrevenha outra norma individual que a infirme.³⁴⁶

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, há típica modificação do estado de direito, vale dizer, alteração do *status* de uma lei que, antes, fora considerada incidentalmente constitucional ou inconstitucional, passou a ser julgada, em controle difuso ou abstrato, como inconstitucional ou constitucional.

Ressalte-se que, conforme tratado no capítulo das modalidades de controle de constitucionalidade, as decisões do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma lei, possuindo natureza declaratória, nada constitui ou desconstitui. Dito de outra maneira, a sentença que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato normativo, não a cria ou não a revoga, pois, se já existente aquele ato em nosso ordenamento jurídico, apenas outra norma de igual calibre poderia revogá-la.

TEORI ALBINO ZAVASCKI, citando trecho do voto do Ministro Brossard, assim registrou:

³⁴⁶ *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*, 9. ed., cit., p. 673.

A Corte, explicou o Min. Brossard, “verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante a partir da verificação do joalheiro, mas *ab initio* não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. [...]”³⁴⁷.

A propósito, calha trazer à colação as lições de PONTES DE MIRANDA sobre a eficácia das ações declaratórias:

A ação declarativa é ação a respeito de ser ou não ser a relação jurídica. Supõe a pureza (relativa) do enunciado que se postula; por ele, não se pede condenação, nem constituição, nem mandamento, nem execução. Só se pede que se torne *claro* (declare), que se ilumine o recanto do mundo jurídico para se ver se é, ou se não é, a relação jurídica de que se trata. O enunciado é só enunciado de existência. A prestação jurisdicional consiste em simples clarificação.³⁴⁸

De fato, se a ação declaratória tem a finalidade de apenas declarar (conferir certeza) quanto à existência ou a inexistência de uma relação jurídica, afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal criariam nova relação jurídica é, à toda evidência, confundir o objeto da ação declaratória.

Mais uma vez, PONTES DE MIRANDA assim observou:

As relações jurídicas (e) são, necessariamente, irradiações de fatos jurídicos (d) e em todos os fatos jurídicos há fatos puros, (c) que compõem ou entram na composição do suporte fático (b) da regra jurídica (a). Mas o que se quer seja declarado e se pode declarar, na sentença que se profere, é (e) e não (d), (c), (b) ou (a). [...]

A ação declarativa não cabe para se interpretar a lei. Seria absurdo que se confundisse o seu objeto, que é afirmar ou negar a existência de relação jurídica, com o *dicere ius*, que – no sistema jurídico brasileiro – só se tem *incidenter*, ou como premissa dos julgamentos, ainda na espécie do recurso extraordinário, por ser a interpretação invocada, diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal. Não pode servir para fixar interpretação de lei.³⁴⁹

³⁴⁷ *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, cit., p. 65.

³⁴⁸ *Tratado das ações*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, tomo I, p. 132.

³⁴⁹ *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, tomo II, p. 33 e 39.

Crendo que as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade constituiriam novas relações jurídicas, compreender-se-ia, frise-se, de modo totalmente equivocado, que referidas decisões constituíram espécies de leis novas, vale dizer, emitidas em substituição àquela impugnada, capazes de juridicizar, tal como a lei, os fatos.

Nesse sentido, não havendo nova relação jurídica, mas a mesma relação, cuja interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal sobre a respectiva norma é diversa daquela perfilhada incidentalmente em demanda individual, não é possível acolher o entendimento de que as decisões daquela Corte seriam capazes, por si sós, de estancarem, automaticamente, os efeitos das decisões de mérito já transitadas em julgado emanadas pelos órgãos judiciais inferiores, necessitando, pois, de outro ato estatal específico a ser emitido em novo processo, no caso, em ação de revisão (art. 505, inciso I, do CPC/2015), ou em ação rescisória (art. 966, inciso V, do CPC/2015).

Além disso, defende a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que a eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões de mérito proferida pela Corte Suprema em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade seria do trânsito em julgado das respectivas decisões. É o que se depreende do seguinte trecho do parecer em questão:

73. [...] É legítimo se afirmar, portanto, que a data do trânsito em julgado do acórdão do STF configura, ao menos, como regra, o termo *a quo* para o exercício dos direitos acima referidos.³⁵⁰

Conforme tratado em tópico anterior, com apoio na doutrina de TEORI ALBINO ZAVASCKI, as decisões de mérito exaradas em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade possuem dois efeitos: a eficácia normativa da sentença (de natureza declaratória de validade ou de nulidade do ato normativo impugnado) e a eficácia vinculante da declaração judicial da validade ou nulidade da norma.

A primeira, eficácia normativa, sendo relativa à declaração de validade ou invalidade de uma norma jurídica desde a sua origem, possui eficácia *ex tunc*. Já a segunda, chamada também de eficácia executiva da decisão, que diz com o reconhecimento judicial de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada, possui eficácia vinculante *erga omnes* a partir da publicação da resolução do Senado Federal determinando a suspensão

³⁵⁰ Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, p. 25. Disponível em: <www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 13 maio 2017.

da execução da lei declarada inconstitucional (controle difuso) ou a partir da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal (controle abstrato).

O trânsito em julgado não só do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, mas de qualquer outro órgão do Poder Judiciário, por estar relacionado à eficácia preclusiva (temporal e recursal), não pode ser tomado, tecnicamente, como átimo inicial dos efeitos vinculantes *erga omnes* da decisão de mérito.

Com efeito, a necessária publicidade das decisões do Poder Judiciário não só é decorrente do mandamento contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988,³⁵¹ mas, além de estabelecer o cumprimento da função jurisdicional do Estado-juiz, torna pública a prestação jurisdicional e fixa o teor da sentença, tornando-se irretratável para seu prolator (art. 494 do Código de Processo Civil³⁵²).³⁵³

Aliás, o novo Código de Processo Civil estabelece como norma fundamental do processo civil, dentre outras, a publicidade na aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º³⁵⁴). Por óbvio, não é com a publicação do ato processual que certifica o trânsito em julgado que se dará publicidade ao que foi decidido, mas, sim, com a publicação da decisão tomada pelo Estado-juiz.

Como se vê, a eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões do Supremo Tribunal Federal, cujo início da observância por todos, como visto, dar-se-á após a publicação da Resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei declarada inconstitucional ou do acórdão emanado por aquela Corte, não opera direta e automaticamente sobre a decisão de mérito transitada em julgado proferida em demandas individuais pelos demais órgãos judiciais, mas, sim, apenas *vincula* as instâncias inferiores e a Administração Pública ao quanto decidido em sede de controle de constitucionalidade difuso ou abstrato.

³⁵¹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]; IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

³⁵² Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

³⁵³ Observe que o Código de Processo Civil de 2015, no art. 979, determina a ampla e específica divulgação e *publicidade* da instauração do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, a revelar a preocupação do novo Código com a publicidade.

³⁵⁴ Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A par do posicionamento acima defendido, se por um lado a doutrina converge para o mesmo sentido quanto à influência que as decisões do Supremo Tribunal Federal exerce sobre as decisões de mérito transitadas em julgado proferidas em demandas individualizadas, por outro, há manifestações divergentes quanto ao modo e momento da cessação da eficácia daquelas decisões individuais.

HUGO DE BRITO MACHADO anota que

a modificação a que se submete a decisão com trânsito em julgado depende de uma nova sentença, e só produz efeitos para o futuro, pois “nenhum efeito retroativo tem o segundo julgado; a eficácia é *ex nunc*, de modo que a construção com a noção de retroatividade destoaria de toda a metodologia da interpretação das leis e de todas as regras de investigação científica construtiva”.³⁵⁵

A partir deste raciocínio, o referido autor defende que a orientação firmada pela Suprema Corte não poderá afetar obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores ocorridos anteriormente, mas somente fatos impositivos realizados após a mudança na jurisprudência.

Embora este doutrinador afirme que a manifestação do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma jurídica impugnada caracteriza direito novo³⁵⁶ – o que, como visto linhas atrás, não coadunamos do mesmo entendimento –, há, porém, identidade ao reconhecer que a ação de revisão seria o instrumento adequado para a alteração da sentença com trânsito em julgado.

A instrumento processual adequado para o exercício da pretensão de alterar a coisa julgada é, em regra, a ação rescisória. Em se tratando de relação jurídica continuativa, porém, a referida ação é desnecessária, bastando o interessado pedir, se colocada com ele a alegação de existência de coisa julgada, a revisão desta em face do elemento novo introduzido na relação.

Em se tratando de relação jurídica já consumada, ou de fatos já consumados na relação jurídica continuativa, o decurso do prazo para a propositura da ação rescisória impede completamente a alteração da coisa julgada.³⁵⁷

³⁵⁵ “A solução que, a nosso ver, é a mais adequada, e que tende a prevalecer, é a de considerar a decisão do STF como *direito novo*. Trata-se de alteração do contexto fático/jurídico à luz do qual o acórdão foi proferido, e que impede a produção de seus efeitos quanto a fatos posteriores que ocorrem no âmbito das relações continuativas” (Coisa julgada e controle de constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET, 2006, p. 157-158).

³⁵⁶ MACHADO, Hugo de Brito. Coisa julgada e controle de constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*, cit., p. 169.

³⁵⁷ Idem, ibidem, p. 171.

JAMES MARINS, por sua vez, entende que apenas decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso e concentrado de constitucionalidade e de entendimentos sumulados por esta Corte (vinculante), é que poderiam afetar a eficácia da coisa julgada decorrente de acórdão de demandas individuais formada anteriormente ao julgamento da Corte Suprema.

Entretanto, não admite que ditas decisões proferidas pela Corte possuam força mecânica extintiva da coisa julgada, necessitando, pois, para desconstituição da *res iudicata*, de nova sentença proferida em ação rescisória, *querela nulitatis insanabilis* ou em ação revisional.

De nossa parte, igualmente, temos sustentado que a chave que oportuniza o manejo da ação rescisória está na verificação de que o *decisum* rescindendo se mostra incompatível com decisão com efeitos *erga omnes* do STF sobre a mesma matéria, proferido, portanto, em sede de controle de constitucionalidade dos atos normativos (em Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn ou em Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC), consoante os arts. 102 e 103 da CF/1988 e, ainda para os casos de o acórdão rescindendo ser anterior ao pronunciamento do STF, produzir a decisão *erga omnes* efeitos *ex tunc*.

Pode também ser objeto de rescisão o acórdão incompatível com decisão do STF que, muito embora tenha sido proferida em sede de mero controle difuso de constitucionalidade, tenha suscitado que o Senado Federal, em atenção à decisão definitiva da Corte Máxima, houvesse promovido a suspensão da eficácia da norma jurídica maculada pela inconstitucionalidade na forma do art. 52, X, da CF/1988 (*suspensão normativa senatorial*), o que igualmente gera efeitos *erga omnes* e *ex tunc*.

[...]

Havendo, então, coisa julgada materialmente inconstitucional que não possa ser rescindida pela via da ação rescisória (por se tratar de inconstitucionalidade superveniente ao prazo decadencial de dois anos) e também não se ajuste à condição de nulidade ensejadora da *querela nulitatis insanabilis*, poderá ser proposta a ação revisional para disciplinar, com efeitos *ex nunc*, as consequências de eventual anulabilidade por contrariedade à nova interpretação constitucional.³⁵⁸

Relativamente ao cabimento da *querela nulitatis insanabilis*, cremos não ser possível sua propositura para os casos como tais, porquanto consideramos que a decisão transitada em julgado anterior à solução definitiva adotada pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade difuso ou abstrato, não pode ser considerada nula, muito menos anulável, inclusive viciada.

Isto porque, se ao tempo em que o Estado-juiz considerou, incidentalmente, inconstitucional ou constitucional uma norma, declarando, pois, a inexistência ou existência

³⁵⁸ *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 9. ed., cit., rev., atual e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 651, 669 e 680.

de uma relação jurídica tributária, vale dizer, sendo que na época não havia decisão definitiva exarada pelo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, assim o fez nos limites da competência que o sistema jurídico processual lhe outorga.

Ainda que se afirme que a *eficácia normativa* das decisões da Suprema Corte possuam efeitos *ex tunc*, a eficácia executiva do reconhecimento judicial de inconstitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, além de deter efeitos *ex nunc*, vincula as instâncias inferiores e a Administração Pública apenas e tão somente após a publicação da Resolução do Senado Federal ou do acórdão proferida por aquela Corte.

Isto significa que, se na época em que tenha sido reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de uma determinada norma jurídica em demanda individual, não havia decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto, o Estado-juiz, por certo, não estava vinculado a qualquer entendimento firmado pela Suprema Corte, não podendo, portanto, sua decisão ser considerada nula, anulável, muito menos, viciada.

HELENILSON CUNHA PONTES,³⁵⁹ partindo da premissa de que a supremacia da Constituição não pode ceder ante a existência de decisões individuais em sentido contrário, e que a pronúncia de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal reafirma, com eficácia geral, a presunção de validade da norma tributária ou a revogação desta, devendo, pois, ser afastados da ordem jurídica todos os comandos que indiquem em sentido contrário, defende a posição no sentido de que a coisa julgada individual que reconhece a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma tributária *incidenter tantum* não pode prevalecer, em relação aos fatos futuros, diante de posterior decisão definitiva de mérito da Corte Suprema.

Nas hipóteses em que a coisa julgada individual tenha reconhecido incidentalmente a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma norma tributária, e sobrevindo decisão do Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou difuso, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da respectiva norma, afirma que a eficácia temporal da coisa julgada individual cessa, simplesmente, na data da publicação no Diário Oficial da União da decisão proferida pela Suprema Corte. Excetua o caso em que a norma é declarada constitucional em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos operarão a partir do trânsito em julgado da respectiva decisão,

³⁵⁹ *Relação jurídica tributária, inconstitucionalidade e coisa julgada*, cit., p. 222-257.

Inobstante a semelhança de entendimento acerca dos reflexos que a decisão do Supremo Tribunal Federal acarreta sobre as decisões de mérito transitadas em julgado, decorrentes de demandas individuais, destoa, porém, da posição aqui defendida quanto ao modo e o termo inicial da cessação dos efeitos da decisão já transitada em julgado proferida pelos demais órgãos judiciários.

Sem pecar pela repetição, mas cremos que a simples publicação de Resolução do Senado Federal, determinando a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional, ou do acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, não constitui ato competente para cessar os efeitos das decisões de mérito transitadas em julgado, necessitando, pois, de norma equivalente para tanto.

Com efeito, admitir que as decisões do Supremo Tribunal Federal, tomadas em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade, poderiam atingir diretamente os efeitos da decisão de mérito transitada em julgado proferida em demandas individuais, ainda que após a publicação no Diário Oficial, seria o mesmo que igualar num mesmo nível os dois atos jurisdicionais, o que, evidentemente, é incompatível com o nosso sistema jurídico processual, seja pela competência de cada órgão, seja pela abrangência eficaz de cada qual.

Filiando-se à doutrina que defende que, se uma determinada norma jurídica é considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a sentença proferida em demanda individual que a tenha declarado constitucional não prevaleceria, pois normas inconstitucionais não geram efeitos, FERNANDO FACURY SCAFF³⁶⁰ afirma que, na hipótese de a Suprema Corte declarar inconstitucional uma norma tributária em controle concentrado e, caso existam contribuintes que tenham obtido decisões que os obrigue a recolher o respectivo tributo, este provimento não deve prevalecer, não havendo, aliás, prazo para desconstituição da coisa julgada formada anteriormente.

Suscita, ainda, o cabimento de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, bem como a possibilidade de indenização caso se verifique a ocorrência de danos, inclusive no âmbito concorrencial, decorrente da imposição fiscal inconstitucional oriunda de sentença proferida em demanda individual. Excetua tal entendimento quando houver modulação de efeitos (para o futuro) da decisão proferida pela Corte, permanecendo, por outro lado, o direito à referida indenização.

³⁶⁰ Coisa julgada e controle de constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coord.: Hugo de Brito Machado, São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET, 2006, p. 107-128.

No tocante à declaração de constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal, FERNANDO FACURY SCAFF afirma que a solução seria a mesma da hipótese de declaração de inconstitucionalidade, porém, os créditos fiscais não adimplidos por contribuintes que estavam protegidos por sentenças transitadas em julgado poderão ser cobrados sem juros de qualquer espécie e sem multas. Justifica que não se trata de atraso no pagamento, mas do exercício regular de um direito amparado pela Constituição que foi desconstituído em razão de uma decisão posterior da Corte Suprema. E, para fins concorrenciais, diz que, se a norma tributária não retroagir, haverá claro desrespeito ao princípio da livre-concorrência, pois alguns estarão onerados desde sempre, e outros não.

Relativamente ao controle difuso de constitucionalidade, se considerada inconstitucional uma norma tributária pelo Supremo Tribunal Federal, sustenta o referido doutrinador que os contribuintes onerados (porque detentores de sentença transitada em julgado que declarou constitucional a respectiva norma) poderão socorrer-se daquela Corte requerendo a recomposição jurídico-econômica da situação em face da violação ao princípio da isonomia, na vertente da neutralidade econômica dos tributos, sobe pena de haver uma grave infringência ao princípio da livre-concorrência.

Por fim, quanto à declaração de constitucionalidade em controle difuso de uma norma tributária, FERNANDO FACURY SCAFF diz que a solução a ser dada para esta situação é a mesma daquela anteriormente exposta. Nesse sentido, estando-se diante de contribuintes que, de um lado, estão obrigados ao pagamento do tributo em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal, e de outro lado, outros contribuintes desobrigados ao pagamento do respectivo tributo em face de provimento judicial transitado em julgado exarado por outro órgão judiciário, tanto o Fisco quanto os contribuintes onerados podem ingressar perante a Corte Suprema com reclamationária para a preservação da autoridade de suas decisões, inclusive, suscitando-se a concorrência desleal, em razão da violação da neutralidade econômica do tributo.

Embora respeitável, porquanto sólido e coerente, como de costume, mas não coadunamos com tal entendimento, especialmente por crermos que o comando contido em decisão de mérito transitada em julgado decorrente de demanda individual gera regulares efeitos, mesmo tendo se baseado em norma jurídica tributária declarada *posteriormente* constitucional ou inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A nós parece que a afirmativa no sentido de que não há coisa julgada por ser a norma inconstitucional seria o mesmo que negar a jurisdição atribuída aos demais órgãos do Poder Judiciário. Se ao tempo em que proferida a decisão de mérito em demanda individual a norma jurídica ainda não tinha sido declarada constitucional ou inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, não havia qualquer impedimento para que o Estado-juiz, nos limites da competência que lhe foi outorgada, pudesse decidir, de acordo com a sua convicção e de forma incidental, a validade ou a nulidade do respectivo ato normativo.

Ademais, a eficácia normativa da declaração de validade ou nulidade de uma norma jurídica em sede de controle difuso ou abstrato de constitucionalidade não se confunde com a eficácia executiva do reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade ou da nulidade da norma impugnada. Aquela atua no plano normativo, esta no plano da execução.

Nesse sentido, apesar da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade possuir efeitos retroativos (porque relacionado ao nascimento da norma impugnada), o comando contido na decisão de mérito transitada em julgado proferida em demanda individual produz regulares efeitos até que outra norma de igual escalão os cesse, em razão da força vinculante *erga omnes* do reconhecimento judicial de validade ou nulidade da respectiva norma.

Além das respeitáveis posições doutrinárias acima, cumpre registrar a de SACHA CALMON NAVARRO CÔELHO,³⁶¹ o qual defende que nenhuma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal é capaz de influir sobre a coisa julgada formada em lide individual, desde que mantidos os mesmos fatos e as mesmas normas que deram suporte à respectiva decisão transitada em julgado.

E que, no meio do caminho, entre partes perfeitamente identificadas, pode dar-se a cristalização do direito deduzido na lide pela ocorrência da coisa julgada. E, nesse caso, ulterior decisão contrária do STF, em via de controle difuso, entre outras partes (*res inter alios*), não afeta a decisão que já transitou em julgado.

Tampouco dita decisão será afetada por acórdão em sentido contrário e posterior do STF, em via de processo concentrado de controle de constitucionalidade. Nesse caso, o prestígio da coisa julgada serve de anteparo ao direito da parte que venceu a demanda e já recebeu a prestação jurisdicional.

O efeito *erga omnes* é, em princípio, para todos os casos não suscitados ou já suscitados mas ainda não definitivamente julgados. Quanto a isso inexistem divergências.(...)

³⁶¹ Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no direito tributário. In: *Doutrinas essenciais – Direito tributário: direito processual, administrativo e judicial*, cit., v. II, p. 1181-1197.

Igualmente, nas relações jurídicas repetitivas, de corte continuativo (que estejamos falando de decisão transitada em julgado em ordinária declaratória ou em mandado de segurança) a garantia da coisa julgada se dá também *ad futurum*, desde que mantidos os mesmos fatos e as mesmas normas que deram suporte à decisão. Nesse aspecto não dissentem a melhor doutrina e a jurisprudência mais recente.

Essencialmente, referido autor sustenta sua compreensão, dentre outros, no que dispõem os arts. 146 e 156 do Código Tributário Nacional. Ou seja, sendo uma das causas extintivas do crédito tributário a decisão judicial passada em julgada, e sendo vedada a introdução de qualquer modificação de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial no lançamento já efetivado, “a decisão judicial posterior, quer ao lançamento quer à extinção do crédito tributário, só possui eficácia ‘*ex nunc*’ – ou melhor – ‘*ad futurum*’”.

E complementa o precitado doutrinador:

São peculiaridades do Direito Tributário, que, se é marcado pelos princípios da capacidade contributiva, da justiça e da igualdade no momento da elaboração de suas normas, é igualmente imantado pelos princípios da previsibilidade, da certeza e da segurança do direito no concernente à aplicação e aos efeitos dessas mesmas normas fiscais, relativamente aos contribuintes. Daí se extrai a força dos princípios da imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado, da anterioridade e da irretroatividade material (o que não pode retroagir, a rigor, não é apenas a lei geral ou a sentença – norma em sentido individual – mas o próprio direito que venha a ser revelado pela lei nova, o ato administrativo e a decisão judicial posteriores a certos fatos ou atos já integralmente realizados).

Esta interessante posição, de certa forma, está em linha com o defendido neste trabalho, na medida em que preserva os efeitos do comando contido em decisão de mérito transitada em julgado mesmo diante de precedente posterior, contrário e definitivo do Supremo Tribunal Federal.

A propósito, o Parecer 492/2011 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao orientar a propositura de ação rescisória para desconstituição da coisa julgada formada contrariamente à Fazenda Nacional e anteriormente à orientação definitiva do Supremo Tribunal Federal, defende o restabelecimento de créditos tributários constituídos no curso da ação individual, porém extintos com o trânsito em julgado da respectiva decisão de mérito. É o que se deflui dos seguintes trechos do dito parecer:

95. Após todo o exposto, cabe, aqui, fazer algumas considerações de ordem prática, voltadas, *num primeiro momento*, para aquele *Procurador da Fazenda Nacional* que, eventualmente, deparar-se com uma coisa julgada tributária desfavorável à

Fazenda Nacional, na qual se reconheceu, *por exemplo*, a inexistência de uma dada relação jurídica tributária de trato continuado face à inconstitucionalidade da respectiva lei tributária de incidência. Nessas hipóteses, caso constate que tal lei tributária já foi reconhecida como constitucional por precedente objetivo e definitivo da Suprema Corte (que são aqueles assim definidos no parágrafo 51 deste Parecer), o Procurador da Fazenda Nacional deverá adotar as seguintes providências:

1ª – analisar o cabimento, no caso, de ação rescisória. Sendo cabível, *ação rescisória deverá ser ajuizada*, requerendo-se: i – a desconstituição da coisa julgada tributária contrária ao posterior precedente do STF, com fulcro no art. 485, inc. V do CPC, o que, segundo o entendimento da Suprema Corte, não encontra óbice na sua Súmula n. 343; ii – o posterior rejugamento da causa originária, o que deverá ser feito à luz do entendimento do STF sobre a questão jurídica nela discutida.

[...]

96. Registre-se, no que tange à primeira providência acima elencada, que sempre que ainda for cabível o ajuizamento de ação rescisória a fim de desconstituir decisão tributária transitada em julgado desfavorável à Fazenda Nacional, tal ação deverá ser ajuizada, ainda que se trate de decisão cuja eficácia vinculante, nos termos deste Parecer, já se encontra cessada. E isso porque, apenas por meio da ação rescisória é que será possível à Fazenda Nacional, com a desconstituição da coisa julgada e o rejugamento da causa originária, realizar a cobrança do tributo que deixou de ser pago no passado, durante o período em que a decisão tributária transitada em julgado ainda produzia efeitos, observados, sempre, os parâmetros fixados no Parecer PGFN/CRJ n. 2740/2008. [...] ³⁶²

O citado Parecer PGFN/CRJ nº 2.740/2008, por sua vez, tem a seguinte ementa:

Natureza declaratória e eficácia retroativa da decisão judicial que, em juízo rescisório, julga procedente ação rescisória. Consequências em relação à cobrança de créditos tributários. Necessidade de observância, *em cada caso*, do prazo decadencial incidente.

1. Ocorrendo a rescisão de decisão judicial declaratória de inexistência de relação jurídica tributária, e sendo proferida outra decisão, em seu lugar, agora julgando existente tal relação, *o Fisco recobra o direito de lançar os créditos tributários relativos aos fatos geradores ocorridos no curso da ação originária, desde que esse direito ainda não tenha sido fulminado pela decadência*. O fluxo do prazo decadencial, que havia sido *suspenso* a partir do trânsito em julgado da decisão judicial declaratória de inexistência da relação jurídica tributária, com a rescisão desta, volta a correr, pelo seu restante.

2. Com a rescisão, serão automática e plenamente *restabelecidos os lançamentos tributários já efetivados, para prevenir a decadência, no curso da ação originária*, que haviam sido cancelados em razão do advento da decisão final nela proferida, desfavorável ao Fisco.

3. A rescisão confere ao Fisco, ainda, *o direito de constituir a totalidade dos créditos tributários relativos ao período compreendido entre a data do trânsito em julgado da decisão rescindenda e a data da prolação da decisão de procedência da ação rescisória*. Apenas a partir desta última data é que passa a correr, por inteiro, o prazo decadencial para a constituição dos referidos créditos tributários. ³⁶³ (destaques do original)

³⁶² Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/legislacao-e-normas/documentos-portaria-502/PARECER%20CRJ%20492-11.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

³⁶³ Disponível em: <<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/27402008>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

Observe que a Procuradoria da Fazenda Nacional incorre em verdadeiro equívoco ao sustentar que o trânsito em julgado da decisão de mérito, proferida em demanda individual, teria a mesma natureza das liminares impeditivas de lançamento tributário, já que, como cediço, possuem naturezas distintas. A simples observação de que a coisa julgada possui assento constitucional e as liminares não, por si só, já é motivo suficiente para desbancar a argumentação contida no parecer em questão.

Aliás, como bem observado por JAMES MARINS:

Com essa argumentação, porém, o parecer acaba por construir uma cilada para a arrecadação tributária, porque ela obriga a reconhecer prescrita a ação de cobrança daqueles créditos tributários que teriam sido constituídos, extintos e, depois, plenamente revigorados com o súbito e total sumiço, do mundo jurídico, dos efeitos da decisão transitada em julgado, que foi ao final rescindida, sumiço esse que tem efeitos retroativos. Ora, se, com a rescisão, somem todos os efeitos da sentença favorável ao contribuinte, de forma retroativa, desaparece também seu efeito que consistia em impedir o ajuizamento da execução fiscal.³⁶⁴

Assim, inobstante as divergências no tocante à possibilidade da desconstituição da coisa julgada formada anteriormente à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma norma jurídica tributária pelo Supremo Tribunal Federal, os entendimentos supraexpostos convergem para o sentido de que as decisões desta Corte exercem, de um modo ou de outro, significativa influência sobre as decisões de mérito transitadas em julgado proferidas em demandas individuais decorrentes de relação jurídica tributária continuativa ou sucessiva.

³⁶⁴ *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*, 9. ed., cit., p. 684.

CONCLUSÃO

Fruto da noção de legalidade, o Estado de Direito nasce a partir da ideia de que o Estado não só criava a lei e a impunha aos seus súditos, mas também que devia obediência a ela, inclusive, às decisões judiciais.

Uma das principais conquistas do *Estado de Direito*, sem dúvida nenhuma, foi a noção de *segurança jurídica*, a qual, firmada nos princípios da igualdade e da certeza jurídica, impõe que o Direito seja determinado, previsível e estável, de modo a transmitir a todos a confiança de que suas expectativas não serão modificadas ou revogadas por atos estatais arbitrários.

A *segurança jurídica*, considerada como sobreprincípio, porque elevada ao grau máximo pela nossa Constituição, efetiva-se não só através do exercício dos direitos e garantias fundamentais previstas na Magna Carta, mas também se realiza por outros subprincípios, com destaque para os princípios da legalidade, da igualdade e da universalidade da jurisdição.

Tido como autêntico instrumento de garantia das liberdades individuais e um dos pilares da segurança jurídica, o *princípio da legalidade* impõe que somente por lei permite-se a introdução de normas jurídicas destinadas a limitar direitos e impor obrigações às pessoas.

No campo tributário o princípio da legalidade é de suma importância, na medida em que a criação ou o aumento de tributos, inclusive a descrição abstrata e a delimitação da hipótese de incidência e seus aspectos, necessariamente, dependem de lei (válida e legítima) para tanto.

Ao lado deste princípio, a *igualdade* também se revela de extrema relevância, já que não só orienta a criação (pelo legislador) e a aplicação (pela autoridade administrativa e pelo juiz) concreta da lei, como também prima pelo tratamento igualitário de todos na medida de suas respectivas igualdades e desigualdades. A par do estado ideal das coisas idealizado por tal princípio, eventuais desigualdades decorrentes do mundo real podem existir, cabendo ao Estado, neste caso, mitigar as diferenças ilegítimas.

Por outro lado, o princípio da igualdade não significa que todos devem ser tratados de forma integralmente iguais, mas, sim, igualmente por certos aspectos essenciais, desde que legítimos, ainda que se diferenciem por outros elementos. É o que ocorre no Direito

Tributário em que a situação econômica do contribuinte constitui fator de distinção para aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Considerado também como uma das expressões da segurança jurídica, o *princípio da universalidade da jurisdição* não só impõe que a lei garanta a todos o livre acesso à justiça, mas também preserva o direito daquele que procura o Poder Judiciário de obter uma resposta, efetiva e justa, do Estado-juiz, ainda que contrário aos seus interesses, observando-se, em qualquer caso, as garantias individuais (contraditório e ampla defesa) e estruturais (duração razoável do processo). Nas demandas tributárias tal princípio é relevante, já que garante a possibilidade de melhor definição das relações entre Fisco de contribuinte, comumente conturbadas por atos e normas jurídicas ilegais ou inconstitucionais.

Observada a *obrigação* (pela teoria geral do Direito Civil) a partir dos seus elementos básicos, é possível afirmar que no campo tributário há idêntico vínculo obrigacional. Entretanto, pela análise do aspecto pessoal (credor, Fisco; devedor, Contribuinte) e material (tributo, comportamento de levar dinheiro aos cofres públicos), nota-se clara distinção entre a relação tributária e as demais relações obrigacionais. A par das especificidades inerentes à relação jurídica tributária (competência, capacidade e momento do nascimento da obrigação), e além da classificação do fato gerador em instantâneo, continuado e complexo, a doutrina relaciona as espécies de relações jurídicas pelo tempo do adimplemento da obrigação, podendo ser momentânea ou instantânea (que se consuma num só ato em certo momento) e obrigação de execução continuada ou periódica (que se protraí no tempo, caracterizando-se pela prática ou abstenção de atos reiterados). No Direito Tributário o vínculo entre Fisco e contribuinte pode se dar de forma instantânea (o fato gerador se esgota num momento determinado) ou continuada (nasce de fatos geradores instantâneos, mas que se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada).

Compreendido que *processo é relação jurídica*, visto que as partes estão interligadas por liames jurídicos importantes (ônus e deveres), e que processo não é sinônimo de relação jurídica, na medida em que aquele é síntese da progressão jurídica de atos e fatos estabelecidos por lei, enquanto esta constitui progressão daqueles atos e fatos legalmente estabelecidos, a relação jurídica substancial diferencia-se da relação jurídica processual (pelos sujeitos, pelo objeto e pelos pressupostos processuais).

Considerada a mais importante dentre as funções do Estado, a *jurisdição* tem por objetivo solucionar, de forma imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade,

conflitos de interesses. Provocada a jurisdição através do exercício do direito constitucional de *ação*, o Estado-juiz, observando o método (*processo*) e seguindo um rito (*procedimento*) estabelecido por normas jurídicas (constitucionais e legais), concederá ou não a *tutela jurídica* pretendida. A *sentença*, sendo ato de inteligência por conta do silogismo que o Estado-juiz exerce sobre os fatos e sobre o direito, exterioriza um juízo de certeza, representado num comando ou ordem, a respeito de determinada relação jurídica. E com o *trânsito em julgado* da decisão de mérito proferida pelo Estado-juiz, poder-se-á falar, então, em efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Apesar do direito processual ser considerado como uma disciplina autônoma (para fins didáticos) é impossível negar que o direito material exerce forte influência na compreensão daquele ramo do direito. Ainda que não se admita a existência, atualmente, de um direito processual autônomo, as peculiaridades do Direito Tributário, especialmente os impactos que a tributação exerce sobre a vida das pessoas, constituem razões suficientes para o início de sistematização de um processo tributário. Além disso, os reflexos sobre diversas questões envolvendo a atividade de tributação, decorrentes das modificações introduzidas pelo novo Código de Processo Civil, já nos mostram a premente necessidade de uma legislação específica voltada para as demandas tributárias.

Sendo verdadeira expressão de segurança jurídica, a *coisa julgada* é um tema puramente constitucional (por ser uma garantia e, portanto, uma cláusula pétrea), constituindo assim, objeto de proteção não só em relação ao legislador, mas também de decisão judicial (salvo, neste último caso, em hipóteses excepcionais legalmente previstas, no âmbito da legislação infraconstitucional). Com origens romanísticas, ao longo do tempo diversas teorias foram construídas sobre a coisa julgada. Inobstante os momentos da *eficácia* da regra *bis de eadem re ne sit actio* em cada uma das fases do processo civil romano (da *legis actiones*, da *per formulas* e do *extraordinaria cognitio*), inclusive a preocupação dos antigos juristas romanos acerca da vedação de rediscussão de matérias anteriormente já apreciadas e decididas, a coisa julgada, além de sempre estar relacionada à autoridade do Estado, era tida como um efeito da sentença. Entretanto, em reelaboração realizada por Liebman, a coisa julgada passou a ser entendida não como efeito da sentença, mas, sim, como uma qualidade que torna imutável o comando emergente de uma sentença.

No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira regra sobre a coisa julgada de que se tem notícia data de 1850 (Regulamento 737), sendo que já na Constituição de 1824 tal

instituto foi positivado (e contemplado nas Constituições posteriores). No âmbito da legislação ordinária processual, o Decreto-lei nº 1.608/1939, além de prever a coisa julgada como hipótese de exceção e de atribuir à sentença força de lei nos limites das questões decididas, estabelecia que ela constituiria efeito da sentença, o que foi mantido pela Lei nº 5.869/1973 (CPC/1973), tendo, porém, a Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015) positivado a teoria de Liebman.

Definida como sendo uma qualidade da sentença e não um efeito desta, a coisa julgada tem por objetivo essencial obstar a eternização de discussões judiciais e garantir a estabilidade das relações jurídicas, conferindo, portanto, certeza e confiança sobre uma das principais funções do Poder Judiciário, que é a prestação de tutela jurisdicional em prol da pacificação de conflitos.

A par das inovações introduzidas pela Lei nº 13.105/2015 (CPC/2015), a coisa julgada, agora tida como uma qualidade e não um efeito da sentença, reflete para dentro e fora do processo (coisa julgada formal e coisa julgada material), exerce duplo efeito ou função (positivo e negativo) e estabelece limites (objetivo e subjetivo). No tocante à sua eficácia temporal, a coisa julgada, via de regra, surte efeitos para o passado, podendo, no entanto, possuir efeitos prospectivos (futuros), especialmente, em se tratando de relações jurídicas de trato continuado ou sucessivo. Nestes casos, permite-se a revisão da sentença transitada em julgado por conta da modificação posterior do estado de fato ou de direito (*cláusula rebus sic stantibus*).

Relativamente à coisa julgada em demandas tributárias, a par da possibilidade de obtenção de tutela jurisdicional declaratória mesmo em mandado de segurança, o juízo de certeza sobre um direito poderá ter efeitos vinculantes não só sobre fatos geradores passados, mas também aos futuros, especialmente se aquele juízo teve como suporte uma situação jurídica concreta e presente, mas de caráter duradouro ou permanente. A Súmula 239 do STF não se aplica a tais situações jurídicas (permanente e duradoura), inclusive, quando a questão central discutida disser respeito à existência ou inexistência de relação jurídica tributária. Na hipótese em que uma lei, declarada ilegal ou inconstitucional, seja posteriormente modificada, a eficácia prospectiva da sentença poderá cessar, influenciando, porém, apenas sobre fatos geradores futuros, mas desde que a respectiva alteração legislativa institua nova relação jurídica tributária, vale dizer, diferente da que fora declarada pela decisão como existente ou inexistente.

Inobstante a *jurisdição constitucional* seja atribuída a todos os órgãos do Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal, sendo órgão de cúpula da estrutura judicial, atribui-se a função maior e última de garantia da Constituição.

Tendo o Brasil adotado o sistema misto de controle de constitucionalidade, no *controle difuso* a decisão proferida pelos órgãos judiciais possui efeitos *ex tunc* e *inter partes*. No entanto, levada a questão ao STF e declarada inconstitucional uma norma jurídica, os efeitos da respectiva decisão serão *erga omnes* e *ex nunc*, vale dizer, a partir da publicação da resolução do Senado Federal que suspender a execução da lei (art. 52, X, da CF/88). Sendo uma lei declarada inconstitucional pelo plenário ou órgão especial de tribunal local em incidente de *arguição de inconstitucionalidade* (arts. 948 a 950 do CPC/2015), a decisão de mérito vinculará o órgão fracionário suscitante da arguição. As decisões proferidas pelo STF em recurso extraordinário com *repercussão geral* reconhecida sobre a questão constitucional debatida, possuem *efeitos expansivos* (*ultra partes* e vinculante) por conta da transcendência dos interesses das partes do caso concreto (reflexos no plano político, econômico, social e jurídico), com possibilidade de modulação de efeitos.

Em observância aos princípios da economia e celeridade processual, bem como da segurança jurídica e do tratamento isonômico perante a lei, o novo Código de Processo Civil (arts. 1.036 a 1.040) estabeleceu um mecanismo diferenciado de julgamento dos recursos excepcionais repetitivos, vale dizer, quando exista multiplicidade de recursos com idêntica questão de direito (material ou processual) objeto de debate. Tal mecanismo constitui verdadeira reafirmação da adoção do sistema de vinculação aos precedentes dos tribunais superiores, vinculando, portanto, não só os demais órgãos do Poder Judiciário, mas também a Administração Pública.

No *controle concentrado* de constitucionalidade (de caráter dúplice e marcado pela impessoalidade e generalidade), a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma possui natureza declaratória, detendo, assim, eficácia normativa (declaração de validade ou nulidade da norma) e efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculante (art. 102, § 2º, da CF/88 e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999). Da mesma forma, as decisões proferidas em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental (também de caráter dúplice), além de fixarem as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental, terão efeitos *erga omnes* e vinculante. Em

ambas as espécies de controle abstrato de constitucionalidade, permite-se a modulação dos efeitos da respectiva decisão.

Feitas as considerações essenciais ao desenvolvimento do tema aqui proposto, conclui-se que, tidas como típicas modalidades de modificação do estado de direito, as decisões de mérito exaradas pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, exercem substancial influência sobre os efeitos das decisões de mérito (transitadas em julgado) proferidas pelos demais órgãos judiciários e que tenham decidido de forma contrária ao entendimento da Suprema Corte.

É que, tendo sido atribuído ao Supremo Tribunal Federal a função de declarar a última palavra sobre a interpretação e aplicação das normas constitucionais, ao exercer o controle (difuso ou concentrado) de constitucionalidade, mediante análise abstrata da norma perante a Constituição Federal, suas decisões de mérito, além do efeito normativo abrangente, possuem dupla eficácia, quais sejam, *eficácia normativa da sentença* e *eficácia vinculante da declaração judicial da validade ou nulidade da norma*.

A *eficácia normativa da sentença* opera no plano normativo, porquanto decorrente da declaração de validade ou nulidade da norma impugnada, cujos efeitos serão *ex tunc*. Já a *eficácia vinculante da declaração judicial da validade ou nulidade da norma*, por atuar no plano da execução (observância e aplicação) do comando contido na decisão de mérito de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, impondo, assim, a todos a observância da decisão de mérito proferida pela Suprema Corte, possui efeitos *ex nunc*.

Assim, em demandas que tenham por base situação jurídica concreta e presente, mas de caráter permanente ou duradouro, os efeitos prospectivos da respectiva sentença já transitada em julgado e que tenha declarado incidentalmente constitucional ou inconstitucional uma norma, poderão cessar nos casos em que o Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, decida supervenientemente e de modo contrário àquela decisão.

No entanto, dita cessação dos efeitos dar-se-á a partir de uma nova decisão de mérito proferida em ação rescisória ou em ação revisional, vale dizer, diante da necessária compatibilidade de atos. Anote-se que, embora acreditemos que a ação de revisão prevista no art. 505, inciso I, do novo Código de Processo Civil seja o instrumento processual adequado para cessação dos efeitos prospectivos de uma decisão de mérito já transitada em julgado, não

ignoramos a possibilidade de utilização da ação rescisória, especialmente ante a posição da doutrina e do Supremo Tribunal Federal.

Nestas hipóteses, não se cogita em violação à coisa julgada, já que as soluções definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade possuem o condão apenas e tão somente de obstar a continuidade dos efeitos prospectivos das sentenças de mérito em sentido contrário, emanadas pelos demais órgãos judiciários.

Mantendo-se íntegra e imutável a coisa julgada formada anteriormente (cuja constitucionalidade ou inconstitucionalidade foi declarada pelo Estado-juiz no legítimo exercício da função que o próprio sistema lhe atribuiu, que é o controle incidental de constitucionalidade) às decisões do Supremo Tribunal Federal, não se cogita em afronta aos princípios da segurança jurídica e da igualdade, ao contrário, os realiza.

Inobstante crermos na consecução dos fins almejados pela coisa julgada (não eternização de discussões judiciais e estabilização das relações jurídicas), mesmo na hipótese de cessação dos efeitos prospectivos da sentença proveniente da análise de situação jurídica concreta, mas de caráter duradouro ou permanente, as decisões de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca de um conflito sobre a incompatibilidade ou compatibilidade de uma norma em face de Constituição Federal uniformizam, em caráter geral, a interpretação e a aplicação da norma questionada. Trata-se de uma forma para restabelecer a igualdade de todos os contribuintes perante uma norma tributária. Ou, dito de outra maneira, forma de concretização da segurança jurídica coletiva, preservando-se, pois, a ordem jurídica como um todo.

Não obstante isso, nos últimos tempos, tem-se verificado uma crescente valorização do precedente judicial, impondo-se, assim, a observância das decisões dos Tribunais Superiores, em especial, do Supremo Tribunal Federal, cujo fenômeno tornou-se mais evidente com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, no qual se previu, dentre outros assuntos, a necessária observância dos precedentes pelos juízes e tribunais (art. 927).

O Parecer PGFN nº 492/2011, a par de concluir no mesmo sentido do exposto neste trabalho, defende, por outro lado, que o reconhecimento da constitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal faz nascer relação jurídica tributária *nova* entre o Fisco e o contribuinte-autor, e que a eficácia *erga omnes* e vinculante das decisões de mérito emanadas por aquela Corte em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade seria do trânsito em julgado das respectivas decisões. Entretanto, inexistente relação jurídica tributária nova, mas,

sim, a mesma relação, cuja norma jurídica, porém, recebeu, por parte da Suprema Corte, interpretação distinta daquela adotada incidentalmente em demanda individualizada. Além disso, a eficácia das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal dar-se-á a partir da publicação no Diário Oficial do acórdão proferido em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, e dos arts. 8º e 494 do Código de Processo Civil de 2015.

Por fim, a par da doutrina, de um lado, divergir quanto à possibilidade ou não da desconstituição da coisa julgada formada anteriormente à declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de uma norma jurídica tributária pelo Supremo Tribunal Federal, por outro lado, há convergência no sentido de que as decisões desta Corte exercem, de um modo ou de outro, significativa influência sobre as decisões de mérito transitadas em julgado proferidas em demandas individuais decorrentes de relação jurídica tributária continuativa ou sucessiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária. In: *Doutrinas essenciais – Direito tributário: direito processual, administrativo e judicial*. Ives Gandra da Silva Martins e Edivaldo Brito (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. II, p. 709-725

_____. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 6. ed. 14. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

_____. *República e Constituição*. 3. ed. Atual. Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

_____. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BARRETO, Aires F. *Curso de direito tributário municipal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECHO, Renato Lopes. *Lições de direito tributário: teoria geral e constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. O direito concorrencial na aproximação entre o *Civil Law* e o *Common Law*. *Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região*, São Paulo, ano XXVII, nº 130, p. 56/77, jul./set. 2016. Disponível em: <www.trf3.jus.br>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República do Brasil*. Brasília. DF: Senado, 1988.

_____. Constituição (1824). *Constituição Política do Império*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

_____. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2, tomo I.

_____. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. volume único.

_____. *Coisa julgada em matéria tributária: reflexões sobre a Súmula 239 do STF*. Disponível em: <www.scarpinellabueno.com.br>. Acesso em: 08 ago. 2015.

CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. v. 1.

_____. *Lições de direito processual civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Ed. Livraria Almedina, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. esp. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: El Foro, 1997. v. I.

CARRAZZA, Elizabeth Nazar. *IPTU e progressividade: igualdade e capacidade contributiva*. 2. ed. reformulada e atualizada. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 98, 2003, p. 173-175. Disponível em: <www.revistas.usp.br>. Acesso em: 23 nov. 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Tradução do original italiano *Istituzioni di diritto processuale civile* (Trad. Paolo Capitanio). Campinas: Bookseller, 1998. v. I.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. In: *Doutrinas essenciais – Direito tributário: direito processual, administrativo e judicial*. Ives Gandra da Silva Martins e Edivaldo Brito (Org.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. II, p. 1181/1197.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

_____. *Perspectivas do contencioso tributário, judicial e administrativo, em vista do novo Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Paulo-Cesar-Conrado.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Anotações sobre os sujeitos do mandado de segurança em matéria tributária. In: *Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança - 51 anos depois*. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 7. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2009. v. 3.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2007. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. v. I.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. v. III.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil*. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 41, p. 1-12, jan. 1955. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14874/13774>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

FERRAZ JR., Tercio. *Segurança jurídica e normas gerais tributárias*. 19/08/2014. Disponível em: <<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/156>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Estado de direito e estado legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 157, p. 14-44, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44119>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

FONROUGE, Carlos M. Giuliani. *Conceitos de direito tributário*. Tradução da 2. ed. argentina do livro *Derecho financiero* (Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1970) (Trad. Geraldo Ataliba e Marco Aurelio Greco). São Paulo: Edições Lael, 1973.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: atos processuais a recursos e processos nos tribunais*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 2.

HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

JESUS, Isabela Bonfá de; JESUS, Fernando Bonfá de; JESUS, Ricardo Bonfá de. *Manual de direito e processo tributário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. Trad. Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. *Mandado de segurança em matéria tributária*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. Coisa julgada e controle de constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET, 2006.

_____. *Curso de direito tributário*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense de Estudos Tributários - ICET, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Recurso extraordinário e recurso especial*. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. *Direito processual tributário brasileiro: administrativo e judicial*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARRUDA, Teresa Arruda Alvim Wambier. *Processo civil moderno: parte geral e processo de conhecimento*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MENDES, Gilmar. *O controle de constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <www.sbdp.org.br>. Acesso em: 01 maio 2017.

_____. *O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional*. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176518/000694300.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 05 maio 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MESQUITA, Eduardo Melo de. *As tutelas cautelar e antecipada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Col. Estudos de Direito de Processo. Enrico Tullio Liebman.)

MIRANDA, F. C. Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. tomo II.

_____. *Tratado das ações*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998. tomo I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. 32. ed. rev. e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 10. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. volume único.

PONTES, Helenilson Cunha. *Relação jurídica tributária, inconstitucionalidade e coisa julgada*. Tese de Livre-docência. São Paulo: USP, 2004.

QUEIROZ, Luiz Cesar de Souza. *Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Eurico Marcos Diniz de Santi (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REALE, Miguel, *Lições preliminares de direito*. 27. ed. 15. tir. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral das obrigações*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. v. IV.

_____. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

SCAFF, Fernando Facury. Coisa julgada e controle de constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. In: *Coisa julgada: constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. Coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Instituto Cearense De Estudos Tributários - Icet, 2006.

SCHOUERI, Luiz Eduardo. *Direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum..* 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. 1.

_____. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processo nos tribunais, recursos e direito intertemporal*. 49. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.

TIPKE, Klaus. Princípio de igualdade e ideia de sistema no direito tributário. In: MACHADO, Brandão (Coord). *Direito tributário: estudos em homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira*. São Paulo: Dialética, 1984.

TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. Tese Apresentada para Concurso ao Cargo de Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2006.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WAMBIER, Eduardo Arruda Alvim. *Direito processual civil*. 2. ed. reform., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1.

XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria tributária: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

Sites visitados:

www.planalto.gov.br

www.senado.gov.br

www.camara.leg.br

www.cjf.jus.br

www.stf.jus.br

www.stj.jus.br

www.trf3.jus.br

www.tjsp.jus.br

www.pgfn.fazenda.gov.br

www.abdpc.org.br