

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*  
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA  
MESTRADO EM DIREITO

ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR

**A CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA DAS RELAÇÕES  
TRIBUTÁRIAS CONTINUATIVAS EM FACE DE SUPERVENIENTE  
DECISÃO DO STF**

RECIFE  
2011

ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR

**A CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA DAS RELAÇÕES  
TRIBUTÁRIAS CONTINUATIVAS EM FACE DE SUPERVENIENTE  
DECISÃO DO STF**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof<sup>o</sup> Dr. Lúcio Grassi de Gouveia.

RECIFE  
2011

S725c

Souza Júnior, Antonio Carlos Ferreira de

A cessação dos efeitos da coisa julgada das relações tributárias continuativas em face de superveniente decisão do STF / Antonio Carlos Ferreira de Souza Júnior ; orientador Lúcio Grassi de Gouveia, 2011.

148 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Católica de Pernambuco. Pró-reitoria Acadêmica. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, 2011.

1. Processo tributário. 2. Coisa julgada. 3. Tribunais. I. Título.

CDU 347.9:336.2(81)

ANTONIO CARLOS FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR

**A CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA DAS RELAÇÕES  
TRIBUTÁRIAS CONTINUATIVAS EM FACE DE SUPERVENIENTE  
DECISÃO DO STF**

**DEFESA PÚBLICA em:** Recife, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Orientador: Profº Dr. Lúcio Grassi de Gouveia**  
**Presidente**

---

**Profº Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha**  
**1º Examinador - interno**

---

**Profª Dra. Mary Elbe Gomes Queiroz**  
**2º Examinador – externo UFPE**

Aos meus pais, Antonio Carlos e Lúcia Helena, pelo suporte e força, em todos os momentos da minha vida. Muito obrigado e com eterno amor;

À minha avó Dilza, pelo eterno exemplo, apoio e dedicação;

Ao meu sobrinho Pedrinho pela alegria proporcionada com a sua chegada.

À Cíntia, pelo companheirismo e cumplicidade;

À Renata (*in memoriam*)

A Deus, *sine quo non...*

## **AGRADECIMENTOS**

Aos amigos e familiares, não desejo citar todos os nomes, para não correr o risco de esquecer de ninguém, mas saibam, todos, que este sentimento de amizade é sempre presente, intenso e inesgotável.

Um agradecimento especial para meu orientador Lúcio Grassi de Gouveia e os amigos Roberto Campos Gouveia Filho, José Mário Wanderley, Alexandre Freire Pimentel pelas discussões que contribuíram para o aperfeiçoamento do trabalho.

Agradeço também a todos do escritório Queiroz Advogados Associados pelo apoio, em especial para os meus sócios Antonio Elmo Queiroz e Mary Elbe Queiroz.

Aos meus colegas de mestrado que em muito contribuíram com os debates e as discussões, em especial nas pessoas de Joaquim Dias Filho, Jaldelmiro Ataíde (Miro) e Rodrigo Moraes Pinheiro Chaves.

Por fim, agradeço a Lenira, Cici, Walter, Elecinda e Maria da Glória, pelo apoio ofertado a mim e a minha família nas horas mais difíceis.

Indubitavelmente, a todos que contribuíram, direta ou indiretamente, para o aperfeiçoamento das linhas que se seguem.

## RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de pesquisa pretende, a partir da contextualização da teoria do direito e direito positivo vigente, estabelecer a resposta para a seguinte pergunta: É possível a cessação dos efeitos da coisa julgada de relações jurídicas continuativas em matéria tributária em face de superveniente decisão plenária do Supremo Tribunal Federal? Para tanto, divide-se o trabalho em duas partes. Na primeira parte, analisaremos os seguintes aspectos: a) enfoque da teoria do direito, onde se estabelecem as premissas teóricas que serão contextualizadas no curso de todo o trabalho; b) complementando as premissas iniciais desenvolvidas anteriormente, analisa-se sanção de inconstitucionalidade sob a ótica constitucional. Ainda estudaremos o modelo teórico difundido pela maior parte da doutrina que o contrapõe ao direito positivo nacional; c) em seguida, a partir do estudo sistemático da coisa julgada e da eficácia da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal sobre as relações jurídicas tributárias, serão indicadas as premissas menores do trabalho. Na segunda parte, busca-se, a partir da coleta de dados dos repositórios de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, estabelecer uma análise qualitativa do modelo decisório definido por aquele órgão. A partir das premissas articuladas, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que se refere à relação tributária, atribui um caráter vinculativo às decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal. Tal caráter constitui verdadeira alteração do arcabouço normativo prévio, pois insere uma nova expectativa normativa que deve ser obedecida pela administração pública e os contribuintes. Logo, a superveniente decisão do STF possui o condão de alterar o estado de direito da sentença atingida pela coisa julgada, o que permite a sustação da eficácia futura da sentença, por meio da ação de modificação.

**Palavras-chaves:** Processo tributário. Coisa julgada. Precedente do STF.

## ABSTRACT

Is it possible to stop the concrete effects of a res judicata in a continuative tax legal relationship after a Supreme Court decision in the same issue? This research explores this question in two different ways: first, from Legal Theory point of view, will be analyzed the formal institutions related with object, with especial attention to the unconstitutional norm sanction; second, confronting all theoretical models, this research collected data from one of Brazilian High Courts (Superior Tribunal de Justiça) and from High Administrative Court for Tax Disputes (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais) with the scope to get a qualitative diagnosis of judicial and administrative decision making in disputes involving the same object of this dissertantion. From these premisses, was found a trend to assign bidding effects to Supreme Court precedents related to tax issues, inserting a new normative expectation to be obeyed by Governement and taxpayers. So, without any legislative reform, any incidental Supreme Court colegial decision can modify res judicata state of right, allowing the interruption of the future effectiveness of such sentences.

**Keywords:** Tax law. Civil and tax procedure. Res judicata. Supreme Court precedents.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1. Objeto.....	11
2. Metodologia.....	12
3. Desenvolvimento.....	13
1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA O DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO	
1.1. O ordenamento jurídico enquanto sistema.....	15
1.2. Os planos do mundo jurídico.....	20
1.2.1. Plano da pertinência (existência).....	20
1.2.2. Plano da validade.....	24
1.2.3. Plano da eficácia.....	30
1.3. Síntese do capítulo.....	32
2. A SANÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO	
2.1. A presunção de constitucionalidade das leis... ..	34
2.2. Decretação de inconstitucionalidade das leis... ..	36
2.2.1. Tese de nulidade do ato normativo inconstitucional.....	36
2.2.2. Tese da anulabilidade do ato normativo inconstitucional.....	41
2.2.3. Apreciação crítica: elementos para uma teoria da invalidade da norma inconstitucional.....	43
2.3. Eficácia constitutiva da decisão de inconstitucionalidade.....	50
2.4. Síntese do capítulo.....	51
3. EFICÁCIA DO PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO STF NAS RELAÇÕES	
JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS .....	53
3.1. O precedente Judicial.....	54
3.1.1. Conceito.....	54
3.1.2. Precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios.....	57
3.1.3. Elementos: <i>ratio decidendi</i> e <i>obter dictum</i> .....	58

3.2. O precedente do Supremo Tribunal Federal.....	60
3.2.1. Efeito obrigatório: eficácia <i>erga omnes</i> e vinculante.....	62
3.2.2. Eficácia da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.....	64
3.2.2.1. Controle concentrado.....	65
3.2.2.2. Controle difuso de constitucionalidade.....	66
3.3. A vinculação da Administração Tributária Federal pela legislação infraconstitucional .....	73
3.4. Síntese do Capítulo.....	75
4. COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA .....	77
4.1. Dimensão constitucional da coisa julgada material.....	78
4.2. Eficácia, efeitos e conteúdo da sentença. ....	81
4.3. Conceito.....	83
4.3.1. Coisa julgada como eficácia da sentença.....	84
4.3.2. Coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença.....	85
4.3.3. Coisa Julgada como situação jurídica da força sentencial.....	86
4.3.4. Coisa julgada como qualidade da força declaratória da sentença.....	87
4.4. Limites da coisa julgada material.....	88
4.4.1. Limite espacial.....	88
4.4.2. Limite temporal.....	89
4.4.3. Limite objetivo.....	90
4.4.4. Limite subjetivo.....	91
4.5. Coisa julgada nas relações jurídicas tributárias continuativas.....	91
4.5.1. Enunciado nº 239 da súmula do Supremo Tribunal Federal.....	94
4.5.2. Ação de modificação.....	97
4.6. Síntese do Capítulo.....	100
5. A DECISÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ELEMENTO ALTERADOR DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE NORTEIA A COISA JULGADA TRIBUTÁRIA .....	103
5.1 A decisão do STF como mudança do estado de direito.....	104
5.2 Fundamentos constitucionais aplicáveis a questão.....	108
5.2.1. Princípio da isonomia.....	108
5.2.2. Livre-concorrência.....	111

5.2.3. Supremacia da Constituição .....	113
5.3. Resultados da pesquisa empírica no Superior Tribunal de Justiça. ....	115
5.3.1. Informação metodológica sobre a captura dos dados.. ....	115
5.3.2. Exame dos fundamentos e/ou teses jurídicas apresentadas pelo STJ sobre a eficácia de superveniente decisão do STF .....	116
5.4. Resultados da pesquisa empírica no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais .....	120
5.4.1. Informação metodológica sobre a captura dos dados .....	120
5.4.2. Exame do fundamento e/ou teses jurídicas apresentadas pelo CARF sobre a eficácia da superveniente decisão do STF.. ....	121
5.5. Síntese do Capítulo.....	124
CONCLUSÃO .....	126
REFERÊNCIAS .....	128
ANEXO.....	139

## ABREVIATURAS

Art. - artigo

CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

Coord. – Coordenador

CPC – Código de Processo Civil

CTN – Código Tributário Nacional

Ed. – edição

*e. g. – exempli gratia*

ICMS – Imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços

IRPJ – Imposto sobre a Renda Pessoa Jurídica

i.e. – isto é

idem – igual ao anterior

ibidem - tudo igual ao anterior

n. número

op. cit. – obra citada

PGFN – Procuradoria Geral da Fazenda Nacional

Rcl. - Reclamação

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

RESP – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

t. – Tomo

Trad. – Tradução

v. – volume

*v.g. – verbi gratia*

## INTRODUÇÃO

### 1 Objeto

A pesquisa no direito passa, atualmente, por momento de questionamentos acerca do método adequado para estudo. Novas perspectivas de estudos são contrapostas à escola epistemológica analítica de fundamentação cartesiana. No direito, tal método científico ganhou contornos no desenvolvimento da escola positivista, a qual descreve o sistema do direito sob a ótica reducionista e universalizante da escola analítica.

Para muitos, esse fenômeno de contraposição, difundido pelas escolas da retórica analítica, argumentação jurídica entre outros, corresponderia à transição do paradigma da ciência normal para a ciência extraordinária, usando terminologia de Thomas Kuhn<sup>1</sup>, ou ingresso do pensamento “pós-moderno” no estudo das ciências sociais, como preferia Boaventura de Sousa Santos<sup>2</sup>.

Porém, apesar de não estarmos alheio a tais discussões e reconhecendo sua importância para o avanço ou pelo menos a construção de novas ferramentas para desenvolvimento do pensamento científico no direito, preferimos dar um corte epistemológico no nosso objeto de pesquisa e ainda trabalhá-lo dentro da análise dogmática. A justificativa para análise do tema se dá pela importância de estabelecer um modelo analítico, ou pelo menos um dos modelos possíveis, e hermenêutico com base na contextualização da teoria do direito e disposições encontradas no direito constitucional, processual civil e tributário. Tal modelo possui importante função dentro do sistema do direito, pois cria um padrão de expectativas normativas tendentes a pautar a tomada de decisões pelos legitimados pelo processo constitucional.

A escolha do tema se deu na observação prática da advocacia tributária de que ausência de contextualização entre a teoria do direito e análise multidisciplinar pode gerar problemas de ordem pragmática que justifica a ponderação ou conjunção de princípios e

---

<sup>1</sup> Cf. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009; BOMBASSARO, Luiz Carlos. **Ciência e Mudança conceitual: notas sobre epistemologia e história da ciência**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

<sup>2</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989

regras jurídicas postas, inclusive, o impacto do tema na ordem social. O Governo Federal, através da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, convocou audiência pública em 30 de junho de 2010 para tentar construir um modelo analítico tendente a fundamentar a tomada de decisões pelos Tribunais Superiores ou, se for o caso, justificar alteração na legislação sobre: *A cessação dos efeitos da coisa julgada em face de superveniente decisão do STF em matéria tributária.*

Assim, o objeto de pesquisa pretende, a partir da contextualização da teoria do direito e direito positivo vigente, estabelecer a resposta para a seguinte pergunta: É possível a cessação dos efeitos da coisa julgada de relações jurídicas continuativas em matéria tributária em face de superveniente decisão plenária do Supremo Tribunal Federal?

No segundo momento, estabelece-se uma análise empírica de como o assunto vem sendo tratado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. A fundamentação para escolha dos órgãos judicantes reside no fato de o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo da jurisdição brasileira, a quem cabe dar a palavra final sobre o tema, não ter apreciado ainda o tema. Ademais, os órgãos escolhidos, estão encarregados, na ótica jurisdicional e administrativa, de dar a palavra final sobre os conflitos em matéria tributária.

## **2 Metodologia**

Na elaboração deste trabalho, dada a existência de dois problemas de natureza distinta, divide-se o trabalho em duas partes.

Na primeira parte, analisaremos os seguintes aspectos: a) enfoque da teoria do direito, onde se estabelece as premissas teóricas que serão contextualizadas no curso de todo o trabalho; b) complementando as premissas iniciais desenvolvidas anteriormente, analisa-se sanção de inconstitucionalidade sob a ótica constitucional. Ainda estudaremos o modelo teórico difundido pela maior parte da doutrina que o contrapõe ao direito positivo nacional; c) em seguida, a partir do estudo sistemático da coisa julgada e da eficácia da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal sobre as relações jurídicas tributárias, serão indicadas as premissas menores do trabalho.

É importante salientar que, em função do corte epistemológico assumido anteriormente, não tratamos o tema sob a perspectiva da filosofia do direito e da sociologia

jurídica, assim como não abordaremos análise disciplinar da História do Direito e do Direito Comparado.

Na segunda parte, busca-se, a partir da coleta de dados dos repositórios de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, estabelecer uma análise qualitativa do modelo decisório definido por aquele órgão.

### **3 Desenvolvimento**

A dissertação divide-se em cinco capítulos. Eis a síntese deles:

O primeiro capítulo expõe as premissas teóricas que nortearão a construção de todo o trabalho. Para tanto, o conceito de sistema de direito positivo, delimitando-se a acepção utilizada no trabalho, bem como breve explanação sobre os planos do mundo jurídico desenvolvido por Pontes de Miranda e sua importância para a definição da existência, validade e eficácia das normas jurídicas.

No segundo capítulo, dando continuidade à exposição das premissas teóricas, busca-se apontar as características da sanção de inconstitucionalidade descrevendo as teorias que envolvem o tema e sua contraposição com o ordenamento jurídico brasileiro. Preocupa-se demonstrar que, apesar da influência teórica dos ordenamentos estrangeiros, o direito brasileiro contempla sanção de inconstitucionalidade diversa da preconizada em diversos estudos científicos anteriores.

Em seguida, no terceiro capítulo, já assumindo roupagem definida anteriormente sobre a sanção de inconstitucionalidade, identifica-se a natureza do precedente no ordenamento brasileiro e, sobretudo, o caráter obrigatório do precedente do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre as relações tributárias, que se dá em função de uma mutação no perfil eficaz das decisões plenárias do STF e de alterações legislativas.

No quarto capítulo, verifica-se o perfil da coisa julgada no direito brasileiro, especialmente os aspectos atinentes à relação jurídica tributária de natureza continuativa, assim como quais as hipóteses de modificação e o procedimento cabível.

Na primeira parte do quinto capítulo, todo conteúdo trabalhado será contextualizado dentro da análise sobre a possibilidade de a decisão proferida pelo plenário do STF constituir modificação de situação jurídica, capaz de ensejar a modificação do estado de

direito que fundamentou uma decisão transitada em julgado sobre relação jurídica tributária de natureza continuativa.

Já na segunda parte do quinto capítulo, será exposto o resultado da pesquisa empírica sobre como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais estão respondendo à pergunta de partida do presente trabalho.

Finalizando, efetuaremos nossas conclusões que responderão à pergunta de partida do trabalho, complementando a resposta com os resultados da pesquisa empírica.



## CAPÍTULO I – CONCEITOS FUNDAMENTAIS PARA DESENVOLVIMENTO DO TRABALHO

### 1.1 O ordenamento jurídico enquanto sistema

O objeto de estudo desenvolvido na presente dissertação, conforme já delimitado na introdução, nos remete a uma contextualização de vários institutos jurídicos, locados no âmbito da estrutura interna do ordenamento jurídico brasileiro.

Essa busca por uma contextualização exige a abordagem, mesmo que de forma perfunctória, do direito positivo enquanto sistema empírico. Para tanto, faz-se necessária a delimitação de uma noção, ainda que desprovida de completude conceitual, do que vem a ser sistema. Tal compreensão servirá para subsidiar as explicações apresentadas no decorrer de todo o trabalho.

A definição de que vem a ser um sistema, dada a multiplicidade de sentidos que a palavra contém como também pela larga utilização da noção em outros ramos do conhecimento, tal como física, química, matemática etc., põe-nos o dever de traçar um padrão conceitual comum que será tratado na presente explanação.

Advirta-se, desde já, que, em função dos limites impostos no presente trabalho, não abordaremos os aspectos históricos e semânticos<sup>3</sup> do que vem a ser sistema e seu uso dentro da estrutura do direito, mas tão-somente apresentar a opção escolhida para o tratamento do que vem a ser sistema.

Parece-nos adequado o significado extraído da obra de Marcelo Neves que, seguindo as formulações de Lourival Vilanova<sup>4</sup>, elabora um conceito sintético e objetivo de sistema como “um conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário”.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cf. LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.1. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008. pp.1-140; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.140.

<sup>4</sup> Cf. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997. p.173.

<sup>5</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.2.

Para o constitucionalista pernambucano,

(...) todo o sistema implica elementos (reais ou proposicionais), relações e também unidade, que pode decorrer de uma fundamentação unitária (sistema proposicional) ou da forma em que se apresentam ao sujeito cognoscente os modos de se relacionarem is seus elementos (sistema real ou empírico). Conforme este significado de base, a coerência ou compatibilidade interpartes não se inclui entre as notas essenciais do conceito de sistema.  
 (...) Portanto, em relação aos sistemas proposicionais prescritivos, a coerência é tão-só um ideal racional, fundado na exigência de segurança.<sup>6</sup>

Com isso, afasta-se da ideia de que a coerência é condição essencial para que um conjunto de partes seja considerado como um sistema. Aliás, Lourival Vilanova, ao trabalhar a noção de sistema no direito positivo, já apontava a desnecessidade de construção de uma coerência interna como elemento fundamental para caracterização de um sistema:

Se o sistema de Direito positivo fosse *sistema científico*, necessariamente seguiria a lei lógica de não-contradição. Mas não é sistema científico. Sendo um sistema homogêneo de proposições prescritivas, não pode conter necessariamente a lei lógica, que é teorética, *ao lado das demais normas positivas*. Assim como um sistema teorético ou descritivo de objetos não pode abrigar proposição descritiva e proposições prescritivas, *juízos-de-ser* e *juízos-de-deve-ser*, assim o direito positivo não pode acolher normas e leis teoréticas. Pode, sim, converter as leis lógicas em normas. Quer dizer, *mudando o estatuto dessas leis teoréticas para a forma de prescrições de conduta*: o juiz, o legislador, o intérprete, que não é órgão de estado, devem suprimir a contradição entre normas do mesmo sistema positivo. (...) <sup>7</sup>

Dentro da perspectiva de um sistema jurídico, tal formulação possui relevância, pois suas partes não raramente podem apresentar algumas inconsistências, haja vista sua interligação com dados empíricos.

Em sentido contrário, encontram-se as formulações de Norberto Bobbio que atribui à coerência uma condição essencial para existência de um ordenamento jurídico dotado de sistematicidade. Nas palavras do professor italiano:

Entendemos por “sistema” uma *totalidade ordenada*, ou seja, um conjunto de organismos, entre os quais existe certa ordem. Para que se possa falar de uma ordem, é preciso que os organismos constitutivos não estejam apenas em relação com o todo, mas estejam também em relação de compatibilidade entre si. Pois bem, quando nos perguntamos se um ordenamento jurídico constitui um sistema, perguntamo-nos se as normas que o compõem estão em relação de compatibilidade entre si e em que condições é possível essa relação.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.3-4

<sup>7</sup> VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.194-195.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p.231.

Outro ponto que merece destaque é a questão da unidade do sistema jurídico. A questão é tormentosa e gera debates até os dias atuais, tanto no Brasil quanto na doutrina estrangeira. Canaris, em sua obra sobre o pensamento sistemático no direito, encontra na unidade um dos pilares fundamental para construção de um sistema de direito positivo. Para o professor alemão:

A ordem interior e a unidade são bem mais do que pressupostos de natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, a própria idéia de Direito. (...)

De modo semelhante, também a característica da unidade tem a sua correspondência no Direito, embora a idéia de unidade da ordem jurídica pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Também esta não é, de modo algum, apenas um postulado lógico-jurídico, antes se conduzindo da mesma forma, ao princípio da igualdade. (...)

(...)

(...) O papel do conceito de sistema é, no entanto, como se volta a frizar, *o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica.*<sup>9</sup>

Tal concepção vem sendo rechaçada pela doutrina em diversos países, inclusive, na própria Alemanha tal doutrina encontrou opositores como Friedrich Müller que afasta o uso da unidade no ordenamento jurídico como fundamento para análise, negando sua existência dentro do ordenamento.<sup>10</sup>

Entende-se que a unidade do sistema pode ser considerada tão-somente como uma busca, mas não pode servir como critério essencial para a caracterização de um sistema.<sup>11</sup>

Delimitada a ideia, ainda que superficial, do que vem a ser sistema e suas características essenciais, passa-se a traçar a distinção entre os sistemas teóricos daqueles considerados como empíricos. Para tanto, mais uma vez tomamos a classificação construída por Marcelo Neves, que divide os sistemas em nomológicos e nomoempíricos.

Os sistemas nomológicos aperfeiçoam-se por um conjunto de proposições teóricas que se concatenam por meio de um processo interno de dedução, isto é, os dados empíricos, a experiência e a *interface* com o mundo da *práxis* são irrelevantes para construção dessa

<sup>9</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 ed. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.18-23

<sup>10</sup> MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4 ed. Tradução: Peter Naumann. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.153-160.

<sup>11</sup> Ademais, a própria busca de unidade também já foi objeto de crítica por parte da doutrina. Cf. MÜLLER, Friedrich. Op. cit. p.159. “Se a unidade não existe enquanto dado nem pode ser tornada plausível, ela também não existe como meta a ser atingida pela práxis. Do contrário, só substituiremos uma ilusão por outra, a ilusão positivista pela ilusão antipositivista. O que conduz mais longe, porém, é uma estruturação *pós-positivista* do campo de problemas.”

espécie de sistema. “São, portanto, compostos de proposições analíticas, ou seja, proposições cuja valência independe de qualquer constatação fática. O fechamento, completude e coerência constituem-lhes notas essenciais, uma vez que os seus enunciados se deduzem racionalmente do axioma (conjunto finito de enunciados da base do sistema), no qual estão implicitamente contidos os enunciados deduzidos”.<sup>12</sup>

Já os sistemas nomoempíricos são desenvolvidos de proposições derivadas de objetos reais e, por isso, possuem linguagem material aberta e condicionada a fatos ocorridos, isto é, a situações do mundo. “Daí porque são sistemas nos quais, além da dimensão sintática (formal), possuem relevância as dimensões semântica (material) e pragmática (teleológica ou ideológica).”<sup>13</sup>

O sistema nomoempírico, apresenta-se em dois níveis: o descritivo e o prescritivo. Os sistemas nomoempíricos descritivos possuem o escopo de representar os dados empíricos coletado no mundo real e suas maneiras e formas de se relacionarem, descrevendo as relações decorrentes de dados reais ou prescrições decorrentes de outros sistemas.<sup>14</sup>

No campo do direito, tal sistema se apresenta como um sistema sobre outro sistema, isto é, descreve o conteúdo dos dados empíricos (normas jurídicas), todavia, tal sistema não está restrito à descrição dos dados empíricos formalizados dentro de um sistema prescritivo, mas pode tratar de fatos que possuem relevância, porém não está inserido dentro do direito do sistema prescritivo: exemplos: projetos de leis, direito comparado (normas de outros sistemas), etc.<sup>15</sup>

No segundo nível, encontram-se os sistemas nomoempíricos prescritivos ou normativos que possuem o objetivo de induzir, direcionar a conduta social para determinado sentido previsto anteriormente, situando-se dentro das condutas sociais, ou seja, o sistema prescritivo, por meio das suas proposições, qualifica as condutas ocorridas na práxis e as transporta para dentro do sistema. Portanto, as suas construções, ao contrário dos demais sistemas, não possuem pretensão de serem verdadeiras ou falsas, mas sim válidas ou inválidas, o que “depende dos critérios de admissão e expulsão do sistema.”<sup>16</sup>

Lourival Vilanova, descrevendo a teoria do direito de Pontes de Miranda, afirma que o sistema não se apresenta em uma única função. Para o jurista alagoano, o sistema,

---

<sup>12</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.4-5.

<sup>13</sup> Idem.p.6

<sup>14</sup> Idem.p.6

<sup>15</sup> VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.169.

<sup>16</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.7.

primeiramente, apresenta-se atrelado à logicidade, asseverando a sua função sintática, mas também suas partes se apresentam como proposições derivadas da realidade social, ou seja, está atrelado a uma função semântica e, por fim, o “sistema jurídico é sistema positivo porque assenta num conjunto de fatos, que os modela com a função pragmática de imprimir ordem e previsibilidade no suceder das ações recíprocas dos indivíduos”<sup>17</sup>.

Logo,

O ordenamento jurídico, enquanto dimensão da complexa ordem jurídica, não constitui, portanto, um objeto de conhecimento absolutamente autônomo em relação à demais dimensões da ordem que integra. Em verdade, através da perspectiva normativa, visa-se a conhecer a ordem jurídica (o Direito em sua complexidade fático-normativo-ideológica) por via da interpretação do ordenamento jurídico.<sup>18</sup>

Desta feita, pode-se concluir que o sistema jurídico, na qualidade de sistema nomoempírico normativo, não pode ser caracterizado como fechado, sendo, ao contrário, um sistema aberto a interações da realidade social.

Isto é, “o sistema jurídico é *sistema aberto* em intercâmbio com os *subsistemas sociais* (econômicos, políticos, éticos), sacando seu conteúdo-de-referência desses subsistemas que entram no sistema-Direito através dos esquemas hipotéticos, os *descritores* de fatos típicos, e os esquemas e consequências, onde se dá a *função prescritora* da norma de Direito”.<sup>19</sup>

Tércio Sampaio Ferraz, ao tratar do sistema jurídico prescritivo, no mesmo sentido, assinala que o “sistema jurídico é do tipo aberto, estando em relação de importação e exportação de informações com outros sistemas (o dos conflitos sociais, políticos, religiosos, etc.), sendo ele próprio parte do subsistema jurídico (que não se reduz a normas, mas incorpora todos os modos discursivos)”.<sup>20</sup>

Sendo assim, o ordenamento jurídico, enquanto dimensão essencial ao sistema jurídico, possui o aspecto formal-normativo e a função prescritiva, mas não pode, todavia, ser classificado como objeto de conhecimento autônomo e absoluto, visto que, pela óptica normativa, busca-se tão somente o conhecimento da ordem jurídica pela interpretação desse

<sup>17</sup> VILANOVA, Lourival. **Escritos jurídicos e filosóficos. Vol.1.** São Paulo: IBET, 2003. p. 402.

<sup>18</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.21.

<sup>19</sup> VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.180.

<sup>20</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa.** Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.141.

ordenamento, ou seja, busca-se o conhecimento do padrão das expectativas normativas posto pelo subsistema jurídico.

Por isso, não se pode afirmar que o ordenamento possui unidade e coerência da perspectiva material, a unidade, quando possível, pode ser vista apenas pelo aspecto formal e restritivo. Portanto, admite-se a existência de incoerências e inconsistências internas dentro do ordenamento, tal como acontece com as normas inválidas.

Apresentada a nossa opção terminológica sobre o sistema do direito positivo, busca-se delimitar as três categorias de conhecimento, denominada pela teoria ponteana de planos do mundo jurídico que são pertinência (existência), validade e eficácia, que estão relacionadas a situações da norma jurídica perante o sistema de direito.

## **1.2 Os planos do mundo jurídico**

### *1.2.1 Plano da pertinência (existência)*

Conforme tratado no item anterior, a coerência interna não é elemento fundamental para que o ordenamento jurídico seja enquadrado como um sistema; sendo assim, a coerência interna passa a ser um critério dispensável, de modo que, em várias situações, constatar-se-ão incompatibilidades internas no ordenamento, *v.g.*, normas pertencentes a um mesmo sistema, mas incompatíveis entre si ou incompatíveis em relação às demais proposições integrantes do sistema<sup>21</sup>.

Com isso, a validade das proposições pertencentes ao sistema é apenas uma pretensão e não uma condição de pertinência, revelando a possibilidade de determinada norma ser inválida tanto do ponto de vista formal quanto do material, mas pertencente a um determinado sistema jurídico. A permanência de tal norma inválida no sistema dependerá dos mecanismos de expulsão previstos no próprio sistema, como por exemplo, a retirada do sistema pela sanção de inconstitucionalidade ou revogação da norma inválida. Ou seja,

(...) o ordenamento jurídico, por constituir espécie de sistema normativo dinâmico, tolera a incorporação irregular de normas jurídicas, que permanecerão no sistema enquanto não houver produção de ato jurídico ou norma jurídica destinada a expulsá-las, isto é, até que se manifeste o órgão competente desconstituindo-as. Portanto, ao passo que os sistemas normativos estáticos, onde as normas são explicitadas mediante processos de derivação lógico-dedutiva desenvolvidos a partir da norma básica, a pertinência implica a sua validade interna e vice-versa, os sistemas jurídicos,

---

<sup>21</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.39.

construídos e desenvolvidos através de processos políticos e técnicos de produção-aplicação normativa, caracterizam-se por uma nítida distinção entre pertinência e validade das normas.<sup>22</sup>

Partindo-se dessa premissa, tem-se a categorização de que a norma jurídica passa por três planos, os quais possuem referência com o sistema prescritivo; são eles: o da pertinência, o da validade e o da eficácia.

Pontes de Miranda, introdutor da teoria dos três planos na dogmática nacional, sempre trabalhou, por opção metodológica de sua obra, com a teoria voltada para as normas individuais e concretas, denominada pelo autor como fato jurídico. Contudo, o jurista alagoano nunca negou a aplicabilidade da teoria para as normas gerais e abstratas, as quais ele denomina regras. Aliás, conforme, pode ser visto a seguir o jurista em alguns trechos de sua vasta obra, já trabalhava com a noção de existência, validade e eficácia, voltada para explicar a correspondência das regras para com o sistema prescritivo.

Porém, em virtude dos limites estabelecidos na presente dissertação, trabalha-se com a análise dos três planos em relação às normas gerais, ressaltando a plena aplicabilidade da referida categorização para as normas individuais e concretas. Sendo assim, ainda que muitas vezes por analogia a teoria do fato jurídico, utiliza-se como referencial teórico o modelo desenvolvido por Pontes de Miranda<sup>23</sup>, posteriormente desenvolvido por Marcos Bernardes de Mello<sup>24</sup> e Marcelo Neves.<sup>25</sup>

Reputa-se mais adequado o uso da terminologia pertinência em substituição de existência, utilizada pela doutrina ponteano, haja vista que as normas jurídicas inseridas em determinado ordenamento (de natureza nomoempírica normativa), apesar de condicionadas a situações fáticas-ideológicas, estão situadas no plano do “deve-ser”. Ou seja, mesmo se reportando a aspectos empíricos não possuem exigência no mundo fático, “mas sim autoconsistência significativa”.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.41.

<sup>23</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 8-35; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p.3-16; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti; **Tratado de direito privado**. Tomo V. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. p. 3-14.

<sup>24</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 101-111; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1-19; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 6-65.

<sup>25</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.39-52.

<sup>26</sup> Idem, p.42.

Dessa feita, quando a norma se integra, ainda que irregularmente, a um ordenamento jurídico, ela passa a guardar uma relação de continência com aquele sistema, v.g, ela passa a pertencer ao sistema e se relacionar com seus componentes internos.<sup>27</sup>

Feita essas considerações, passa-se a analisar os pressupostos de pertinência para que a norma jurídica ingresse no sistema.

Para que uma norma jurídica ingresse em um determinado ordenamento jurídico e a ele pertença, ela deve obedecer a critérios formais ou a regras mínimas de recepção estabelecidas pelo sistema. Tais regras constituem o núcleo normativo mínimo exigido por proposições estabelecidas nas normas-base do sistema. No caso das leis (em sentido lato) o núcleo normativo mínimo está previsto na Constituição, que é norma-base do sistema nomoempírico normativo. Porém, pode haver no sistema núcleos normativos mínimos previstos em normas derivadas, como, por exemplo, nos casos de edição de normas infraconstitucionais, em que a previsão para ingresso no sistema está situada em proposições derivadas.

Sobre o tema, arremata Marcelo Neves:

Do ponto de vista interno, uma norma pertence ao ordenamento jurídico: 1) quando emana de um *ato* formal de órgão do sistema, isto é, órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário, e ainda não foi desconstituída por invalidade ou revogada; 2) quando resulta de *fato* costumeiro a que o núcleo normativo originário, direta ou indiretamente, atribui efeito normativo. Em outras palavras, pertencem ao sistema jurídico todas as normas que possam retrotrair imediata ou mediatamente ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos de produção jurídica.<sup>28</sup>

Em suma, para que a norma pertença ao ordenamento jurídico deve haver uma correspondência mínima com o núcleo normativo que prevê a sua entrada formal no sistema. A noção de núcleo mínimo normativo se assemelha à de suporte fático suficiente aplicado às normas individuais e concretas pela teoria ponteana, isto é, o ingresso da norma, na qualidade de ato complexo, não prescinde de preenchimento de todos os requisitos para seu ingresso válido, mas tão somente dos elementos nucleares.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.43.

<sup>28</sup> Idem. p.43.

<sup>29</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-77.



Logo, analisando a questão sob a óptica do ingresso das leis no sistema, na qualidade de normas gerais e abstratas, o núcleo mínimo para o ingresso é a promulgação como resultado de um processo legislativo na qualidade de mecanismo de introdução de normas por órgão que o sistema atribuiu competência. No nosso ordenamento, podem-se identificar como autoridades ou órgãos introdutores de normas: Presidente da República, Presidente e Vice do Senado Federal e as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Saliente-se que “ ,de regra, a sanção e a promulgação vêm juntas, o que só se pode dar nos atos legislativos vetáveis; mas há atos legislativos que podem ser promulgados sem poderem ser sancionados”,<sup>30</sup> mas isso não significa que a sanção é elemento nuclear para o ingresso da norma no sistema, pois, mesmo diante da natureza integrativa do processo legislativo, não é pressuposto de pertinência de uma norma no sistema.

Contudo, o processamento regular não configura elemento nuclear para ingresso da norma. O professor Marcos Bernardes de Mello, nos raros momentos em que a teoria pontiana foi utilizada para explicar questões sobre normas gerais abstratas, assevera:

Em termos gerais, uma norma jurídica existe quando é promulgada pela autoridade competente, após realizados os trâmites prescritos para o processo legislativo, por exemplo.

Os defeitos verificados durante o procedimento que visa a edição da norma jurídica – desde a iniciativa até promulgação – via de regra têm consequências não no plano da existência, mas no plano da validade; quer dizer: a lei existe mas é nula.

Somente a ausência de promulgação parece afetar diretamente a existência mesma da norma jurídica, isto, naturalmente, nos sistemas de direito escrito.

A própria promulgação, quando feita por autoridade incompetente não conduz à inexistência, mas sim apenas à nulidade da norma jurídica.

A lei, entretanto, publicada sem promulgação é inexistente, porque promulgar significa proclamar a existência e, por isso, é ato essencial à existência mesma de lei.<sup>31</sup>

Todavia, naqueles casos em que a produção da norma geral e abstrata não exige a promulgação, como por exemplo, medidas provisórias, decretos, instrução normativa, a relação de pertinência se dará a partir da sua publicação. Já nos casos de ingresso de tratado

<sup>30</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 177.

<sup>31</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **A Lei Complementar sob a perspectiva da validade**. In: Direito Tributário Moderno. BORGES, José Souto Maior. (Coord.). São Paulo: Bushatsky, 1977. p.64-65.

internacional dentro do ordenamento do Estado Nacional, o critério de pertinência será a ratificação da autoridade competente.<sup>32</sup>

Daí porque a noção de pertinência da norma jurídica para com o sistema é vital para a compreensão da atuação e a produção de efeitos de normas irregulares dentro de determinado ordenamento jurídico, assim como a sua separação conceitual com o plano da validade e da eficácia.

A ausência da delimitação ou negação do plano da pertinência vem causando sérios problemas quando se analisam questões ou o problema da dogmática, sobretudo, quando se trata do problema da validade e a sua relação com os defeitos do sistema normativo.

### *1.2.2 Plano da validade.*

A expressão validade comporta múltiplos significados e vem sendo utilizada de maneira diversa tanto pela sociologia que, por exemplo, conceitua validade como sinônimo de aceitação da norma por seus destinatários ou que seja efetivamente aplicada, quanto pela teoria do direito e pela filosofia.

Do ponto de vista da dogmática jurídica, pode-se encontrar o uso da validade como predicado das normas jurídicas. Porém, o dimensionamento da validade no ordenamento jurídico é objeto de posições divergente por parte da doutrina. Nesse contexto, a validade pode ser utilizada como relação de conformidade da norma com o sistema, equiparando-se, ao conceito de pertinência anteriormente exposto, ou pode ser enquadrada no sentido de “qualificação que se atribui a atos jurídicos, inclusive de natureza legislativa, que são conformes com o direito daquela comunidade, especificamente, não contendo qualquer mácula que os torne defeituosos”.<sup>33</sup>

Fundados na concepção de validade desenvolvida por Kelsen, muitos autores passaram a tratar o problema da validade como um problema relacional entre a proposição jurídica e o sistema, ou melhor, a validade é tomada como uma relação de pertencibilidade da norma para como o sistema.

---

<sup>32</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 17.

<sup>33</sup> MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.2.

A validade não deve ser tida como um predicado monádico, como propriedade ou como atributo que qualifica a norma jurídica. Tem *status* de relação: é o vínculo que se estabelece entre a proposição normativa, considerada em sua inteireza lógico-sintática e o sistema do direito posto, de tal sorte que ao dizermos que uma norma “n” é válida, estaremos expressando que ela pertence ao sistema “S”. Ser norma é pertencer ao sistema, o “existir jurídico específico” a que alude Kelsen. Antes de sua admissibilidade pelo ordenamento, falemos de outra unidade, porque norma jurídica ainda não será. (...) <sup>34</sup>

Com isso, o problema das inconsistências internas de determinado sistema normativo é transferido para fora do sistema, sendo a norma inválida considerada como um “nada” jurídico posto que nunca pertenceu a determinado sistema. Tese que, aliás, vem ganhando inúmeros adeptos na doutrina nacional. A exemplo disso visualiza-se a seguinte construção:

Nestes termos, a validade é tomada como um vínculo relacional de pertencibilidade entre um elemento e o sistema; e o válido como o existente neste sistema. O tempo, ou a data de validade indica o período em que o elemento existe em referência a dada classe de elementos. O vinho, por exemplo, tem uma data de validade porque presume-se que expedida tal data ele deixa de existir como vinho, passando a ser talvez um vinagre e, portanto, não mais pertencente à classe dos vinhos.

Em suma: valer é um valor atribuído a algo que pertence, que existe enquanto elemento de um conjunto e a validade é a relação de pertencibilidade entre elemento e este conjunto. <sup>35</sup>

Todavia, ao que parece, a teoria kelseniana não pretendia deslocar o campo das inconsistências intra-normativas para fora do sistema, mas sim como um problema interno do sistema normativo. Esta posição é claramente definida pelo autor tcheco quando ele examina o problema da inconstitucionalidade das normas, onde se visualiza como um problema interno do sistema. Tal afirmativa é, inclusive, comprovada em trabalho específico sobre a jurisdição constitucional, no qual o autor descreve o problema da inconstitucionalidade como um problema interno do sistema e assevera o caráter anulável da norma jurídica inconstitucional. <sup>36</sup>

<sup>34</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p.57.

<sup>35</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009. p.667

<sup>36</sup> Cf. KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Ora, do ponto de vista lógico da teoria kelseniana, como é possível uma norma ser inválida (inconstitucional), igual a inexistente, e, ao mesmo tempo, ser considerada anulável, ou seja, pertencente a um sistema jurídico?

A resposta para a complicada pergunta somente foi desvendada pelo professor Lourival Vilanova, em estudo publicado no final de década de 1980.<sup>37</sup> Na referida obra, o autor retoma as lições de Kelsen para explicar que:

Os chamados “atos de produção de normas” são fatos (ou condutas) que se qualificam pelas normas objetivas que deles provêm e neles retroincidem, conferindo-lhes *sentido objetivo*, inserindo-os no interior do sistema. Se o *sentido subjetivo* de tais atos não objetivasse a normatividade, o sistema os eliminaria por nulidade, anulação ou método de invalidação. Assim ocorre com as normas materialmente inconstitucionais por conflitarem com normas formalmente rígidas, não emendáveis, ou por defeito no processo de emenda.<sup>38</sup>

Dessa feita, o autor pernambucano demonstra que, na visão da teoria desenvolvida por Kelsen, a posição da validade como uma relação de pertencibilidade com o sistema somente se justifica como uma análise parcial observada apenas do ponto de vista lógico sintático, pois a análise da validade carece da verificação sobre a óptica subjetiva, analisando-se questões semânticas e pragmáticas que são investigadas à luz dos enunciados internos do sistema.

Logo, a noção de validade objetiva se assemelha àquela desenvolvida alhures quando da abordagem sobre o plano da pertinência, isto é, mesmo tratando a validade como pressuposto de existência, Lourival Vilanova reconhece a existência de dualidades dentro da estrutura interna do ordenamento, tais como válido e não-válido, lícito e ilícito, etc. Tal ocorrência pode se dar em virtude da contraposição interna das proposições do sistema e pela valoração delas em seus respectivos subdomínios.

Podemos projetar o sistema positivo em um círculo com duas partes complementares: numa fica o subdomínio do válido, noutra o domínio do não válido. São subdomínios que tiram o seu sentido da contraposição complementar. Fatos naturais e condutas humanas estão no interior do subdomínio total, porque o sistema das normas qualificou-os tornando-os fatos jurídicos. Se todos são fatos jurídicos, porque o sistema os caracterizou, há, no interior do sistema, critérios de valoração. Uns formam a subclasse dos positivamente jurídicos; outros a subclasse dos negativamente jurídicos. A licitude e a ilicitude, a validade e a invalidade, a juridicidade e a antijuridicidade, a legitimidade e a ilegitimidade são opções de valoração interna.<sup>39</sup>

<sup>37</sup> Cf. VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4 edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 299-313.

<sup>38</sup> VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p.300.

<sup>39</sup> Ibidem, p.303.

Portanto, a validade, para os adeptos da concepção kelseniana, não pode ser tomada como um critério absoluto, haja vista a possibilidade de existência de uma norma válida “provisoriamente”, no sentido de integrante ao sistema e, após interações valorativas havidas dentro da estrutura interna do sistema, ser considerada subjetivamente inválida.

Somente a partir desse prisma, pode-se situar o problema da inconstitucionalidade na teoria de Kelsen que é seguida por boa parte da doutrina nacional:

Segundo a tese de Kelsen, não é terminologicamente exato falar de lei inconstitucional nula, de lei ordinária nula e de sentença judicial nula, equiparando o termo nulo ao de inexistente. A inexistência, como o não-ser normativamente caracterizado, é insusceptível de predicação deôntica, digamos assim. Há, em rigor, anulabilidade, cujo método operatório o sistema articula. Há normas gerais ou individuais, cuja a validade é provisória, impugnáveis (*Anfechtbarkeit*). A validade não é uma qualidade absoluta: é um predicado relacional. Relação com outras normas (relação internormativa) e relações com o sistema.

(...)

(...) A norma inconstitucional é válida enquanto não desconstituída pelo órgão com competência para tal. Mesmo, normas N e não-N, contraditórias entre si, são ambas válidas, alternativamente aplicáveis aos atos administrativos, aos atos judiciais e aos próprios atos de legislação ordinária.

(...)<sup>40</sup>

Diferentemente da concepção kelseniana, a teoria desenvolvida por Pontes de Miranda<sup>41</sup>, trabalha o conceito de validade como uma qualidade da norma jurídica, v.g, é uma qualificação que deve ser atribuída à norma integrante do sistema nomoempírico prescritivo, a qual pode ser classificada como válida ou inválida.

Sendo assim, a teoria ponteana não aborda o plano da validade do ponto de vista relacional, aliás, como dito anteriormente, qualquer relação de pertencibilidade é deslocada para o plano da existência. A teoria do fato jurídico, não obstante considerar a existência de um caráter relacional do fato jurídico para com o sistema empírico, considera inadequado trabalhar com tais noções dentro do plano da validade, o qual possui a função de qualificar a norma sob a óptica intra-sistemática.

A referida teoria, mais adiante aperfeiçoada pelo professor Marcos Bernardes de Mello, divide a estrutura da hipótese de incidência em dois elementos: os nucleares e os complementares. A norma individual e concreta somente pode ser considerada juridicamente

<sup>40</sup> VILANOVA, Lourival. Op. Cit. p 306-307/308.

<sup>41</sup> Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 3-49.

se preencher o núcleo da hipótese de incidência, necessário para a jurisdicização do fato. Associando a noção exposta com aquela trabalhada no item 1.2.1 supra a respeito do núcleo mínimo normativo, verifica-se a aproximação conceitual, sendo a diferença apenas quanto ao objeto de estudo, pois, ao passo que uma trabalha com a norma individual e concreta a outra aborda a questão da norma geral e abstrata.<sup>42</sup>

Verificado o preenchimento do elemento nuclear da hipótese, a análise é deslocada para o plano da validade a depender do elemento complementar estudado. Logo, caso a norma preencha o elemento nuclear, mas seja deficiente ou não preencha os elementos complementares, pode-se estar diante de uma norma inválida ou ineficaz.

Deslocando, novamente, a teoria para a análise da norma geral e abstrata, percebe-se que a sua aplicabilidade é integral. Traçando um paralelo com a descrição acima, os elementos nucleares e complementares das normas gerais estão determinado não normas fundantes do sistema. Portanto, os elementos nucleares podem ser equiparados àquele núcleo normativo mínimo exigido pelo sistema para que haja a admissão. Já os elementos complementares, podem se apresentar como a regularidade no procedimento de ingresso (ponto de vista formal) ou adequação da norma ingressante com as demais normas de hierarquia superior ou não situadas no sistema (ponto de vista material).

Daí que a norma jurídica, para pertencer a um ordenamento jurídico, necessita se conformar com o núcleo mínimo normativo, porém, em razão de sua qualidade de ato complexo, a norma pode não se conformar com os demais elementos previstos pelo sistema para que haja o ingresso do ato com perfeição.

Nesse caso e a partir do conceito de validade tomado, os atos pertencentes ao sistema após o preenchimento do núcleo mínimo normativo podem ser qualificados como válidos ou inválidos. Os válidos serão aqueles que guardarem conformidade com os demais elementos complementares para perfeição. Aproveitando o mesmo exemplo citado para explicar o plano da pertinência, a lei seria válida desde que, mesmo promulgada, obedecesse a todas as regras do processo legislativo para ingresso no sistema (aspecto formal) e guardasse conformação com seu fundamento lastreado em norma interna do sistema, no caso, a Constituição Federal (aspecto material). Já a norma inválida seria aquela que, apesar de promulgada, não obedeceu ou obedeceu parcialmente às regras formais e/ou material para entrada regular no ordenamento.

---

<sup>42</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.43-77.

Tal distinção, segundo Pontes de Miranda, é imprescindível para que se entenda a figura do ato nulo como uma das espécies do gênero invalidade:

(...). Logo de comêço, em teoria geral do direito, e não só de direito privado, alguns juristas permitem que se identifique nada e nulo, inexistência e não-validade, que o mesmo é dizerem que o negócio jurídico nulo não existe. A súbitas, enfrentam o problema dos negócios jurídicos nulos, ou dos atos jurídicos *stricto sensu* nulos, que têm alguns ou algum efeito, e caem na contradição mais gritante: se o nulo não existe e se há nulo com efeitos, há efeito do que não existe e, pois, do nada. (...) <sup>43</sup>

Portanto, apesar das divergências conceituais, entende-se que as teorias descritas acima acabam enxergando o problema da validade e da pertinência de maneira binária. Enquanto a teoria ponteana trabalha com a noção de pertinência (predicado relacional) e validade (predicado qualificador da norma), a teoria desenvolvida por Kelsen entende a validade sob dois ângulos: o objetivo (predicado relacional) e o subjetivo (qualificador da norma).

Nesse sentido, são as ponderações ofertadas por Tácio Lacerda Gama: “verificamos não existirem razões para optar por uma definição do conceito de validade em detrimento de outra, uma vez que, com os devidos ajustes e elucidações, não há qualquer contradição ou contrariedade entre elas”.<sup>44</sup>

Sendo assim, a norma inválida pertencerá ao sistema jurídico mesmo quando inserida de forma defeituosa, produzindo seus efeitos até que o ato de rechaço seja editado por órgão designado internamente pelo ordenamento.

Daí porque podem pertencer invalidamente (defeituosamente, viciosamente, irregularmente) ao sistema jurídico quando, embora emanem de ato de ato de órgão previsto direta ou indiretamente no núcleo normativo originário e, portanto, a este núcleo retrotraiam num sentido estritamente formal-orgânico, “regressam” regularmente ao complexo normativo-originário, por não se conformarem completamente aos demais requisitos formais e às exigências substanciais de produção normativa previstos no ordenamento jurídico.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970. p. 8-9.

<sup>44</sup> GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009. p.313.

<sup>45</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.44.

Dessa forma, conclui-se que os problemas ligados a nulidade ou anulabilidade de atos normativos estão sempre ligados a questões do plano da validade, não sendo certo equiparar irregularidades das normas como pressuposto para que elas existam juridicamente.

### *1.2.3 Plano da eficácia*

Encontram-se na teoria jurídica, mais uma vez, dois significados distintos para o termo eficácia, sendo necessária delimitação do sentido que será utilizado no presente trabalho.

A teoria kelseniana trabalha a eficácia como relação entre a norma e seu destinatário em uma análise da ocorrência do seu cumprimento e aceitação no corpo social, v.g., a eficácia em Kelsen significa o mesmo que efetividade no sentido do alcance da norma no aspecto sociológico.

A validade do direito significa que as normas jurídicas são obrigatórias, que os homens devem se conduzir como prescrevem as normas jurídicas, que os homens devem obedecer e aplicar as normas jurídicas. Eficácia do Direito significa que os homens realmente se conduzem como, segundo as normas jurídicas, devem se conduzir, significa que as normas são efetivamente aplicadas e obedecidas.<sup>46</sup>

Como visto, além de trabalhar a eficácia no sentido sociológico, Kelsen desloca a capacidade de a norma produzir efeitos para o plano da validade. Sobre a relação de eficácia e validade são pertinentes as lições de Marcelo Neves: “Também da eficácia distingue-se a validade. Esta refere-se à correção ou defeituosidade do ato de produção normativa, enquanto a eficácia diz respeito a efeitos fáticos irradiados de normas válidas ou inválida”.<sup>47</sup>

Contudo, o conceito de eficácia utilizado na presente dissertação é no sentido jurídico e não pode ser confundido com aquele utilizado por Kelsen. A eficácia aqui tratada está ligada com a capacidade de a norma jurídica produzir efeitos. Se tais efeitos são efetivos ou não no campo sociológico, estar-se-á diante de um problema ligado à efetividade da norma.

---

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.55.

<sup>47</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p.51.



As questões da aplicação das normas jurídicas e de sua efetividade no meio social, como se vê, põem-se na dimensão sociológica do direito, não em sua dimensão dogmática, como mencionado antes. Por isso, parece impertinente imiscuir essa questão quando se analisa o fenômeno jurídico segundo o prisma da dogmática. Escambulham-se os conceitos de dimensões diferentes, o que prejudica a pureza metodológica no trato científico do direito.

Por tudo isso, mostra-se correto concluir que a *causalidade no mundo jurídico* se restringe ao princípio da causalidade normativa, que define a relação de determinação entre a norma jurídica e o fato jurídico, estando no campo da *probabilidade* a relação de determinação entre o fato jurídico e a sua eficácia.<sup>48</sup>

Com efeito, a eficácia pode ser conceituada como potências ou categorias em que os efeitos das normas são revelados dentro do sistema jurídico. É a “aptidão para produzir efeitos jurídicos por parte da norma, independentemente da sua efetiva produção”.<sup>49</sup>

Dessa feita, o plano da eficácia está situado na parte interna do sistema prescritivo empírico, onde as proposições estão aptas para produzir os seus efeitos, criando situações jurídicas e produzindo normas individuais e concretas.<sup>50</sup> Assim, é no plano da eficácia que se dá a verificabilidade se a proposição pertencente ao sistema nomoempírico prescritivo está apta a produzir todos os seus efeitos.

Retomando o exemplo trabalhado para explicar os planos da pertinência e da validade, pode-se ter uma norma que foi promulgada (pertinente ao sistema), mas também produzida em conformidade com os procedimentos formais e materiais (válida perante o sistema), só que ainda ineficaz por não estar apta a produzir os seus efeitos, seja por ausência de vigência ou por uma suspensão ocasionada por outro ato interno do sistema como, por exemplo, liminar em ação direta de inconstitucionalidade.

Daí por que a eficácia jurídica pode estar ligada tanto com a vigência da norma geral e abstrata quanto com a possibilidade das normas individuais e concretas produzirem seus efeitos.

---

<sup>48</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26-27.

<sup>49</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.117.

<sup>50</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. p.105.

### 1.3 Síntese do capítulo

O ordenamento jurídico, enquanto dimensão essencial ao sistema jurídico, possui o aspecto formal-normativo e a função prescritiva, mas não pode, todavia, ser classificado como objeto de conhecimento autônomo e absoluto, visto que, pela óptica normativa, busca-se tão somente o conhecimento da ordem jurídica pela interpretação desse ordenamento, ou seja, busca-se o conhecimento do padrão das expectativas normativas posto pelo subsistema jurídico.

Por isso, não se pode afirmar que o ordenamento possui unidade e coerência da perspectiva material; a unidade, quando possível, pode ser vista apenas pelo aspecto formal e restritivo. Portanto, admite-se a existência de incoerências e inconsistências internas dentro do ordenamento, tal como acontece com as normas inválidas.

Apresentada a nossa opção terminológica sobre o sistema do direito positivo, delimitaram-se as três categorias de conhecimento, denominada pela teoria ponteana de planos do mundo jurídico que são os da pertinência (existência), da validade e da eficácia, que estão relacionadas a situações da norma jurídica perante o sistema de direito.

Para que a norma pertença ao ordenamento jurídico deve haver uma correspondência mínima com o núcleo normativo que preveja a sua entrada formal no sistema. A noção de núcleo mínimo normativo se assemelha à de suporte fático suficiente aplicado às normas individuais e concretas pela teoria ponteana, isto é, o ingresso da norma, na qualidade de ato complexo, não prescinde de preenchimento de todos os requisitos para que seja válido, mas tão-somente dos elementos nucleares.<sup>51</sup>

Todavia, os atos pertencentes ao sistema após o preenchimento do núcleo mínimo normativos podem ser qualificados como válidos ou inválidos. Os válidos serão aqueles que guardarem conformidade com os demais elementos complementares para perfeição. Aproveitando o mesmo exemplo citado para explicar o plano da pertinência, a lei seria válida desde que, mesmo promulgada, obedecesse a todas as regras do processo legislativo para ingresso no sistema (aspecto formal) e guardasse conformação com seu fundamento lastreado em norma interna do sistema, no caso, a Constituição Federal (aspecto material). Já a norma inválida seria aquela que, apesar de promulgada, não obedeceu ou obedeceu parcialmente as regras formais e/ou material para entrada regular no ordenamento.

---

<sup>51</sup> Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-77.

Por fim, o plano da eficácia está situado na parte interna do sistema prescritivo empírico onde as proposições estão aptas para produzir os seus efeitos, criando situações jurídicas e produzindo normas individuais e concretas.<sup>52</sup> Assim, é no plano da eficácia que se dá a verificabilidade se a proposição pertencente ao sistema nomoempírico prescritivo está apta a produzir todos os seus efeitos.

---

<sup>52</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Op. Cit. p.105.

## CAPÍTULO II – A SANÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1 A presunção da constitucionalidade das leis

A lei ou ato normativo editado conforme o processo racional de formação previsto no sistema jurídico, em função da estrutura procedimental do Estado que legitima a sua produção, deve gozar da presunção de conformidade com a ordem jurídica vigente, haja vista que foi produzida, pelo menos *a priori*, através de processo legislativo legitimado pela vontade política (exercida pelo voto) e, por isso, deve ser obedecida por todos.<sup>53</sup>

Ou seja, a presunção possui lastro no processo legislativo, visto que há previsão de que o Congresso Nacional, através das suas Comissões de Constituição e Justiça, exerça o controle prévio da constitucionalidade dos projetos de leis. Em seguida esse controle também será exercido pelo Poder Executivo, pois na fase de sanção ou veto também haverá o exame, por parte do Presidente da República, em virtude da obrigatoriedade de veto para os projetos de lei contrário à Constituição Federal. Dessa forma, a presunção da constitucionalidade das leis parte da premissa de que os Poderes Legislativo e Executivo desempenharam o exame da compatibilidade da norma com a Constituição Federal, sendo necessário um procedimento específico previsto constitucionalmente, para que o Poder Judiciário possa invalidar a norma.<sup>54</sup>

Com isso, são criados dois tradicionais cânones hermenêuticos para análise da constitucionalidade da norma jurídica: a) a inconstitucionalidade de uma norma deve ser evidente, devendo o julgador decretá-la com base em “uma clara e forte convicção – ‘*a clear and strong conviction*’ – da incompatibilidade” entre a norma e a Constituição<sup>55</sup>; b) na existência de duas interpretações possíveis, deve-se adotar aquela compatível com a Constituição, pois há presunção de que o legislador elaborou a norma jurídica no sentido compatível com a norma fundamental.<sup>56</sup>

Ademais, “decorre também da presunção da constitucionalidade dos atos do Congresso, o *quorum* especial da maioria absoluta dos membros de um Tribunal [ou

---

<sup>53</sup> CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade**: uma crítica à prática judicial brasileira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p.150.

<sup>54</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.106.

<sup>55</sup> NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. p. 590.

<sup>56</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.146.

juízo por Corte Especial] para a declaração de inconstitucionalidade” de uma norma jurídica.<sup>57</sup>

Esse princípio foi recepcionado pela doutrina<sup>58</sup> e jurisprudência nacional<sup>59</sup>, sendo incorporado, ainda que indiretamente, no ordenamento jurídico. Daí, em função desse princípio, as normas editadas no direito brasileiro permanecem válidas enquanto o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis não emitir a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

Aliás, esse princípio também exerce uma função pragmática fundamental para a manutenção da imperatividade das normas jurídicas<sup>60</sup>, pois, caso contrário, qualquer indivíduo poderia recusar a aplicação e/ou obediência à norma jurídica pertencente ao sistema, sob o argumento que a norma estaria, de alguma forma, violando a Constituição Federal. Deste modo, com base nesse princípio, é conservada a imperatividade da norma incompatível com a Constituição até que haja o exame da compatibilidade, exercida por órgão com competência definida pelo direito positivo, mediante procedimentos de controle de validade da produção normativa.<sup>61</sup>

Para Lúcio Bittencourt:

A lei, enquanto não declarada pelos tribunais incompatível com a Constituição, é lei – não se presume lei – é para todos os efeitos. Submete ao seu império tôdas as relações jurídicas a que visa disciplinar e conserva plena e íntegra aquela força formal que a torna irrefratável, segundo a expressão de OTTO MAYER.

(...)

Sendo a lei obrigatória, por natureza e por definição, não seria possível facilitar a quem quer que fosse furta-se a obedecer-lhes os preceitos sob o pretexto de que a considera contrária à Carta Política. A lei, enquanto não declarada inoperante, não se presume válida: ela é válida, eficaz e obrigatória.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 107.

<sup>58</sup> NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. pp.589-592; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôlo da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 85; BITTENCOURT, Lúcio. **Contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1948. pp. 91-96; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp. 104-109. No direito português vide: MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade**. 1 ed., - reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

<sup>59</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Representação nº 881-MG. Relator: Min. Djaci Falcão. DJ: 13/12/1972. Revista Trimestral de Jurisprudência nº 66. pp. 630-658; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Min. Leitão Abreu. DJ: 02/09/1977. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17/08/2010; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 93.356-5. Relator: Min. Leitão Abreu. DJ: 04/05/1981. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 17/08/2010.

<sup>60</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. pp. 127-139.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.147.

<sup>62</sup> BITTENCOURT, Lúcio. Idem. p.95/96.

Para Marcelo Neves:

A inexistência de regra de calibração, implicando a eliminação a imperatividade da lei, impossibilitaria o funcionamento do sistema jurídico. Isso porque desapareceria o aspecto monológico ou o *certum* (a dogmaticidade), permanecendo exclusivamente o aspecto dialógico ou *dubium* (a interpretabilidade), na interação discursiva entre legislador e destinatários da lei. Também a existência de regra de calibração antagônica, no sentido da presunção de inconstitucionalidade da lei até que se realize a verificação de sua validade pelo órgão controlador, eliminaria por tempo indeterminado a imperatividade da lei, impossibilitando o funcionamento regular do sistema. O que pode ocorrer é a existência de um controle preventivo indispensável à promulgação da lei ou à sua vigência. Porém, neste caso, não se trata propriamente da presunção de inconstitucionalidade de lei, mas sim de uma condição de sua pertinência ao sistema, ou de sua vigência.<sup>63</sup>

Portanto, o destinatário da norma jurídica não poderá recusar aplicação e/ou descumprir lei por considerá-la inconstitucional, sob pena de sofrer agravamento da sua situação jurídica em virtude das sanções previstas pelo descumprimento da norma.<sup>64</sup>

## 2.2 Decretação<sup>65</sup> de inconstitucionalidade das leis.

A análise, ainda que superficial, das teses existentes na doutrina sobre a decisão da inconstitucionalidade das leis possui extrema importância para o enfrentamento da questão da eficácia da decisão e os efeitos decorrentes do seu desfazimento.<sup>66</sup>

### 2.2.1 Tese da nulidade do ato normativo inconstitucional.

A idéia de inconstitucionalidade, apesar de referências históricas anteriores<sup>67</sup> foi construída no direito norte-americano a partir de meados do século XVII, através de manifestações jurisprudenciais nas Cortes de diferentes Estados da federação, notadamente

<sup>63</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.147.

<sup>64</sup> Cf. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas**. 2 ed., São Paulo: Bushatsky, 1980. pp.139-149; KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.143.

<sup>65</sup> Preferimos utilizar a terminologia decretção de inconstitucionalidade de Pontes de Miranda, haja vista o caráter desconstitutivo da decisão. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 572.

<sup>66</sup> Para os fins deste trabalho, não adotaremos a divisão em três correntes sobre as teorias da decisão de inconstitucionalidade, defendida por alguns autores, haja vista não haver diferença substancial entre a tese da nulidade e da inexistência. Cf. AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008. pp.27-31.

<sup>67</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. pp.1-21.

Virgínia, *New Jersey*, Carolina do Norte e *Massachuserrrs*.<sup>68</sup> O então magistrado George Whythe, professor de John Marshall no Colégio de *William and Mary*, ainda que sem a coerência lógica posteriormente alcançada por Marshall, chegou a esboçar a tese sobre a inconstitucionalidade das leis. Em célebre julgamento da Corte Estadual da Virgínia, Whythe afirmou: “se a legislatura tentar transpor os limites que o povo lhe traçou, eu, administrando a justiça pública de minha terra, afrontarei, da minha cadeira neste Tribunal, todo o seu poder, e, apontando-lhe a Constituição, lhe direi: até aqui podeis ir, além não”.<sup>69</sup>

Nessa linha, Alexander Hamilton, quinze anos antes da emblemática decisão de Marshall, já defendia a competência do Poder Judiciário para afastar aplicação das leis contrárias à Constituição. Porém, somente com o aresto de Marshall no famoso caso *Marbury v. Madison*, houve a consolidação jurisprudencial dos princípios do controle de constitucionalidade das leis.<sup>70</sup>

No Brasil, a doutrina de Marshall foi sintetizada por Rui Barbosa:

Toda a construção do direito americano tem por base a noção de que o povo possui originalmente o direito de estabelecer, para seu futuro governo, os princípios, que mais conducentes se lhe afigurem à sua utilidade. O exercício desse direito original é um insigne esforço: não pode, nem deve repetir-se freqüentemente. Os princípios, que destarte uma vez se estabeleceram, considera-se, portanto, fundamentais. E, como a autoridade, de que eles dimanam, é suprema, e raro se exerce, esses princípios têm destino permanente. A vontade primitiva e soberana organiza o governo, assinalando-lhe os diferentes ramos, as respectivas funções. A isto pode cingir-se; ou pode estabelecer raias, que eles não devam transpor. Nesta última espécie se classifica o governo dos Estados Unidos. Definiram-se e demarcaram-se os poderes da legislatura; e, para que sobre tais limites não ocorresse erro, ou deslembração, fez-se escrita a Constituição. Com que fim se estipulariam esses poderes, e com que fim se reduziria essa estipulação a escrito, se os limites prescritos pudessem ser ultrapassados exatamente por aqueles, que ela se propunha coibir? Acabou-se a distinção entre os governos de poderes limitados e os de poderes indefinidos, se os confins, que se estabelecem, não circunscreverem as pessoas, a que se impõem, e ficarem igualmente obrigativos os atos permitidos e os atos defesos. Ou havemos de admitir que a Constituição anula qualquer medida legislativa, que a contrarie, ou anuir em que anuir em que a legislatura possa alterar por medidas ordinárias a Constituição. Não há contestar um dilema. Entre duas alternativas não se descobre meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior, soberana, irreformável por meios comuns; ou se nivela com os atos de legislação usual, e, como estes, é reformável ao sabor da legislatura. Se a primeira proposição é verdadeira, então o ato legislativo, contrário à Constituição, não será lei; se é verdadeira a segunda, as Constituições

<sup>68</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.p.50.

<sup>69</sup> BARBOSA, Rui. *Anistia Inversa, Caso de Teratologia Jurídica*. 2 ed.Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1986. p.51 *apud* POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. Cit. p.25.

<sup>70</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. Op. Cit. p.26-31.

escritas são absurdos esforços do povo, por limitar um poder de sua natureza ilimitável. Ora, com certeza, todos os que têm formulado Constituições escritas, sempre o fizeram com o intuito de assentar a lei fundamental e suprema da nação; e, conseqüentemente, a teoria de tais governos deve ser que qualquer ato da legislatura, ofensivo da Constituição, é nulo. Essa doutrina *está essencialmente ligada às Constituições escritas, e, portanto, deve-se se observar como um dos princípios fundamentais da nossa sociedade.*<sup>71</sup>

Com base nessas lições, foi introduzida no sistema brasileiro a teoria da nulidade da norma inconstitucional que é aceita pela maioria da doutrina nacional, representada por notáveis juristas.<sup>72</sup> Ou seja, no Brasil, a doutrina posicionou-se em equiparar inconstitucionalidade e nulidade, sob o fundamento de que “o reconhecimento de qualquer efeito a uma lei inconstitucional importaria na suspensão provisória ou parcial da Constituição”.<sup>73</sup>

Porém, a importação da teoria da nulidade norte-americana para o direito brasileiro, de certa forma, sustou o desenvolvimento de uma teoria própria sobre inconstitucionalidade das leis no direito brasileiro. A prova disso é a confusão existente entre os efeitos do reconhecimento da incompatibilidade da norma com a Constituição e a sanção decorrente deste reconhecimento.

Lúcio Bittencourt já constatava o problema em meados da década de 60:

(...) dificuldades e problemas surgem, precisamente, no que tange à eficácia *indireta* ou colateral da sentença declaratória, pois, embora procure os autores estendê-la a situações jurídicas idênticas, considerando indiretamente *anulada* a lei, porque a “sua aplicação não obteria nunca mais o concurso da justiça”, não têm, todavia, conseguido apresentar fundamento técnico razoavelmente aceitável, para justificar a sua extensão.

Não apontam os tratadistas americanos, - infensos à sistematização, que caracteriza os países onde se adota a *codificação* do direito positivo, - limitando-se a enunciar o princípio em termos categóricos: a lei declarada inconstitucional deve ser considerada, para todos os efeitos, como se jamais, em qualquer tempo, houvesse possuído eficácia jurídica – *is to be regarded as having never, at any time, been possessed of any legal force.*<sup>74</sup>

<sup>71</sup> BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais**. 3 ed. Campinas: Russell, 2010. pp.40-41.

<sup>72</sup> Cf. NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôle da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966; POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

<sup>73</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.318.

<sup>74</sup> BITTENCOURT, Lúcio. **Contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 1948. p.140-141.



Note-se que, influenciada pela doutrina norte-americana, a doutrina brasileira defende a inexistência da lei inconstitucional, pois a violação da Constituição Federal impediria a sua existência perante o ordenamento jurídico. Para essa corrente, não existe distinção entre o ato nulo e o juridicamente inexistente, isto é, a norma incompatível com a Constituição não pertence ao ordenamento jurídico.<sup>75</sup>

Em função dessa premissa, tem-se caracterizado como declaratória a decisão de inconstitucionalidade da lei:

É impróprio dizer-se que o Judiciário *anula* a lei inconstitucional. Anular seria revogá-la, cassá-la, declará-la sem efeito, atribuição *privativa* da legislatura da qual tenha emanado. Sentenças não podem anular leis, disse RUI BARBOSA. “Uma coisa é *declarar a nulidade*. Outra, anular. Declarar nula uma lei é simplesmente consignar a sua impossibilidade com a Constituição, lei primária e suprema. Não de o fazer, porém, na exposição das razões do julgado, como consideração fundamental da sentença, e não, em hipótese nenhuma, como conclusão da sentença e objeto do julgado.” Tal é o que poderia chamar – a técnica da declaração de inconstitucionalidade. Mas praticamente a lei declarada inconstitucional está ferida de morte. A decisão, ainda que em espécie, suprime-lhe virtualmente a autoridade na aplicação a casos idênticos. É dêsse ponto de vista que um dos mais autorizados expositores do moderno direito americano afirma que a decisão judicial opera como um verdadeiro veto, tornando a lei impugnada *inteiramente nula*. [sic]<sup>76</sup>

Poletti, resumindo a posição doutrinária dominante, descreve:

A doutrina afirma que a lei inconstitucional não tem nenhuma eficácia, nem jamais teve, nem terá. A doutrina da inconstitucionalidade repousa na oposição entre a lei e a Constituição, antinomia meramente aparente, pois a supremacia da Constituição a resolve. Não se poderá, por isso, atribuir à “lei inconstitucional” uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela presença judicial. Isso seria como negar, durante o tempo que não houve a declaração de inconstitucionalidade, a autoridade da Constituição”. Em conseqüência, não se poderia falar em decisão constitutiva, senão em declaratória, com efeito *ex tunc*. Vale a assertiva de que “lei inconstitucional” resume um expressão contraditória em termos: ou é lei, portanto compatível como a Constituição, ou, se contrária à Lei Maior, não pode ser lei. Neste caso, ela não se torna inválida, porque o Judiciário assim a declarou, mas assim é declarada porque radicalmente nula. Cumpre-se fazer com que os feitos eventualmente produzidos sejam apagados. É preciso apagar o passado e disso não deixar vestígios, restaurando-o sem máculas.<sup>77</sup>

Outro ponto que merece destaque é a questão da vinculação da tese da nulidade aos efeitos produzidos pela norma atingida pela decisão de inconstitucionalidade. Como visto,

<sup>75</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.77.

<sup>76</sup> NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943. pp.588-589.

<sup>77</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Idem*. p.120.

para os adeptos dessa corrente, a norma “declarada” inconstitucional, por ser inexistente juridicamente, não produzirá quaisquer efeitos, sendo a eficácia do ato sempre *ex tunc*.

A adoção do “princípio” da nulidade da norma inconstitucional, por si só, não impede que o sistema de direito positivo desenvolva ou crie fórmulas ou gradações de sanções para a norma inconstitucional. Essa posição prestigia os princípios fundamentais do Estado de Direito, notadamente o da segurança jurídica.

Gilmar Ferreira Mendes assinala que:

Não se está a negar o caráter de princípio constitucional ao princípio da nulidade da lei inconstitucional. Entende-se, porém, que tal princípio não poderá ser aplicado nos casos em que se revelar absolutamente inidôneo para a finalidade perseguida (casos de omissão; exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade), bem como nas hipóteses em que sua aplicabilidade pudesse trazer danos para o próprio sistema jurídico constitucional (grave ameaça à segurança jurídica).

Assim, configurado eventual conflito entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, que, entre nós, tem *status* constitucional, a solução da questão há de ser, igualmente, levada a efeito em um processo de complexa ponderação. Em muitos casos, há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade, como demonstram múltiplos exemplos do direito comparado e do nosso direito.

Em outras palavras, a aceitação do princípio da nulidade da lei inconstitucional não impede que se reconheça a possibilidade de adoção, entre nós, de uma declaração de inconstitucionalidade alternativa. Ao revés, a adoção de uma decisão alternativa é inerente ao modelo de controle de constitucionalidade amplo, que exige, ao lado da tradicional decisão de perfil cassatório com eficácia retroativa, também decisões de conteúdo outro, que não importem, necessariamente, na eliminação direta ou imediata da lei no ordenamento jurídico.<sup>78</sup>

Nada obstante, para os fins deste trabalho, o objeto de análise será restrito à questão da natureza da decisão de inconstitucionalidade, à qual boa parte da doutrina brasileira atribui o caráter declaratório, fundamentando suas proposições na teoria da nulidade (= inexistência jurídica) da norma inconstitucional. Aliás, como veremos mais adiante, essa concepção está situada na ausência de delimitação dos planos na qual está inserida a norma jurídica.

---

<sup>78</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit. p.333.

### 2.2.2. Tese da anulabilidade do ato normativo inconstitucional.

A teoria da anulabilidade da norma inconstitucional foi desenvolvida por Hans Kelsen, provocando vários debates no âmbito doutrinário e jurisprudencial, especialmente no Brasil que, predominantemente, por influência do direito norte-americano, adota a teoria da nulidade do ato inconstitucional. Contudo, antes de adentrarmos na discussão nuclear, destacam-se as premissas que norteiam essa teoria.

Kelsen, em sua teoria, parte da concepção de que o ordenamento jurídico possui unidade e coerência absoluta, rechaçando a possibilidade de haver incompatibilidades normativas ou contradições presentes no sistema interno, isto é, “A unidade da ordem jurídica nunca pode ser ameaçada por qualquer contradição entre uma norma superior e uma inferior na hierarquia do Direito.”<sup>79</sup>

Por isso, o autor nega a possibilidade de existir contrariedade entre a norma constitucional e a lei inconstitucional.<sup>80</sup> Para ele, é contraditório falar que uma lei válida é contrária à Constituição, haja vista que o fundamento de validade da lei é a Constituição. Dessa forma, uma lei inválida não é contrária a Constituição, pois, em função de não estar pertinente com a norma fundamental, sequer poderá ser considerada lei.<sup>81</sup>

Destarte, o ato jurídico objetivamente irregular não possui o caráter jurídico, pois não preenche os parâmetros que a norma de hierarquia superior determina, v.g, igualmente, há uma clara equiparação entre os planos da existência e da validade das normas jurídicas.

Com base nisso, esboça o seu conceito de nulidade e anulabilidade:

A nulidade significa que um ato que pretende ser um ato jurídico, especialmente um ato estatal, não o é objetivamente por ser irregular, isto é, por não preencher os requisitos que uma norma jurídica de grau superior lhe prescreve. O ato nulo carece de antemão de todo e qualquer caráter jurídico, de sorte que não é necessário, para lhe retirar sua qualidade usurpada de ato jurídico, um outro ato jurídico. Se, em vez disso, tal ato fosse necessário, não estaríamos diante de uma nulidade, mas de uma anulabilidade.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.233.

<sup>80</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. pp.74-76.

<sup>81</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.300.

<sup>82</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp.140-141.

Todavia, ao tratar do problema da lei inconstitucional, o autor interpreta que a norma fundamental, à qual a lei viciada está diretamente subordinada, cria uma condição, ainda que temporária, de validade que somente poderá ser objeto de anulação pela autoridade que produziu o ato ou demais pessoas autorizadas pelo direito positivo. Portanto, em função dessa cláusula, o órgão ou autoridade, com competência para decidir sobre a validade do ato, terá a prerrogativa de decidir sobre a anulabilidade do ato e não declarar a inexistência do mesmo, ou seja, “nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade – uma anulação com efeito retroativo”.<sup>83</sup>

Deste modo, a decisão de inconstitucionalidade possui a natureza constitutiva, independentemente, dos efeitos atribuídos a essa anulação. Não obstante o sistema de controle de constitucionalidade austríaco de 1920, criado com base nas ideias de Kelsen, adotar como regra a não retroatividade das decisões de inconstitucionalidade da Corte constitucional, Kelsen sempre defendeu a possibilidade de retroação dos efeitos da decisão, sem contudo, se contradizer com suas premissas teóricas, visto que sempre admitiu a possibilidade de anulação com efeito retroativo do ato normativo incompatível com a norma fundamental.<sup>84</sup>

Esta tese não ganhou muitos adeptos no direito brasileiro e recebeu refutações de constitucionalistas de escol, como Ronaldo Poletti:

Quanto à natureza ontológica da declaração de inconstitucionalidade, não há como reconhecer que ela existe pelo fato mesmo da aparência de lei da norma inconstitucional. A inconstitucionalidade não nasce da declaração. Mas esta existe por causa da primeira.

Do contrário, isto é, se considerasse que um ato inconstitucional da legislatura é lei ou pudesse ter existido, sequer um momento, como lei, conseqüências graves disso adviriam. Tais conseqüências, inadmissíveis e condenadas pelo nosso sistema (...)

Aliás, a vingar a tese de que a inconstitucionalidade, vale dizer a nulidade da lei, opera, tão-somente, a partir da decisão judicial pelo Supremo Tribunal, não haveria por que não transferir esse momento, o da anulação da lei inconstitucional (ela seria anulável e não nula), para aquele que o Senado decidisse suspender a sua execução. Esvaziados, em conseqüência, os efeitos da decisão judicial definitiva prolatada pelo mais alto tribunal do país, exatamente aquele que tem, como função primordial, a de guardar a Constituição.<sup>85</sup>

Atualmente, essa teoria continua sendo rechaçada pela doutrina nacional.

<sup>83</sup> KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 143.

<sup>84</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984. pp.115-124.

<sup>85</sup> POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. *Idem*. p.127-128.

### 2.2.3. *Apreciação crítica: elementos para uma Teoria da invalidade da norma inconstitucional.*

Podemos identificar a inconstitucionalidade como conflito existente na relação entre as normas jurídicas e a Constituição Federal, tal relação deve ser examinada do ponto de vista interno do sistema jurídico positivo, ou seja, o problema da inconstitucionalidade é originário da incompatibilidade da norma jurídica com os requisitos de validade contidos na norma superior. “Assim sendo, há de reconhecer-se que a inconstitucionalidade é um problema de relação intra-sistemática das normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal”.<sup>86</sup>

Essa inconstitucionalidade importa no nascimento defeituoso da norma jurídica. Tal vício pode ser parcial ou total<sup>87</sup>. Por isso, só podemos atribuir o adjetivo “inconstitucional” a uma norma existente, pois, “se não existem os elementos que compõem o ato legislativo, como se poderá examinar se preencheram ou não os requisitos de validade estipulados na Constituição?”<sup>88</sup> Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico enquanto sistema permite<sup>89</sup> a incompatibilidade de proposições integrantes de um mesmo sistema, como entre leis e a Constituição, “como critério (fundamento) imediato de validade das leis, [que] também reconhece a pertinência [= existência] inválida (defeituosa) das normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”.<sup>90</sup>

Portanto

O vício da inconstitucionalidade corresponde a essa desconformidade estática (relativa ao conteúdo) ou dinâmica (relativa ao processo de formação), de caráter vertical (hierárquico), entre a lei e a Constituição, resolvida sempre “em favor das normas de grau superior, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”. Não se confunde, vale ressaltar, com a sanção de inconstitucionalidade, que é consequência estabelecida pela Constituição para sua violação: a providência prescrita pelo ordenamento para a sua restauração, a evolução do vício rumo à saúde constitucional. Caso essa evolução não se verifique espontaneamente ou dependa de intervenção coativa, far-se-á uso dos remédios constitucionais, ou seja, dos instrumentos de garantia compreendidos no chamado controle de constitucionalidade.<sup>91</sup>

<sup>86</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.71.

<sup>87</sup> Sobre as tipologias da inconstitucionalidade: MIRANDA, Jorge. **Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade**. In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n.18, ano 5, Março 2003.

<sup>88</sup> RAMOS, Elival da Silva. **A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994. p.62.

<sup>89</sup> Conforme já delineado nesse trabalho, entende-se que a unidade e coerência não é condição para construção do sistema de proposições da ciência do direito, podendo haver contradição interna dentro do sistema do direito positivo.

<sup>90</sup> NEVES, Marcelo. Idem. p.76.

<sup>91</sup> RAMOS, Elival. Op. Cit. p.63/64.

Do ponto de vista da teoria do direito, a inconstitucionalidade ou melhor dizendo o vício da inconstitucionalidade, situa-se no plano da validade da produção normativa, podendo irradiar ou não os efeitos no plano da eficácia. A negação desse pressuposto vem produzindo efeitos danosos para o estudo da inconstitucionalidade, pois as construções teóricas desenvolvidas e repetidas pela nossa doutrina promovem uma verdadeira equiparação entre o plano da existência e da validade para os fins da natureza do vício da inconstitucionalidade.

Essa negação vem ganhando maior relevo para os adeptos da construção teórica denominada neste estudo de tese da nulidade do ato normativo inconstitucional, fundada na doutrina anglo-americana, visto que para essa doutrina a lei contrária à Constituição sequer pode ser chamada de lei, sendo juridicamente inexistente.

Advirta-se que o problema não está em estabelecer *a priori* qual a sanção que deve ser aplicada para norma eivada do vício da inconstitucionalidade, visto que não discordamos da posição dominante no direito brasileiro, onde a regra geral para o caso da inconstitucionalidade da norma é a sanção de nulidade (= desconstituição da eficácia produzida pela norma inválida perante o sistema) com efeitos *ex tunc*, mas sim a equiparação entre lei nula e lei inexistente, comumente utilizada pelos adeptos da teoria da nulidade do ato normativo inconstitucional.

A lei inconstitucional pertencente ao ordenamento jurídico, ainda que temporariamente, sendo norma jurídica enquanto não houver o ato de expulsão, pelo órgão competente, delimitado pelo ordenamento jurídico. “Isso porque o sistema jurídico funciona com base no princípio da autoridade, o que implica, do ponto de vista pragmático, a imperatividade de suas normas inválidas”<sup>92</sup>. Aliás, esse é o corolário do princípio da presunção de inconstitucionalidade das leis já tratado neste trabalho.

Elival da Silva Ramos<sup>93</sup>, estudando a sanção de nulidade no nosso sistema, leciona que sanção de inconstitucionalidade é o preceito definido pelo ordenamento jurídico para remover o vício da norma jurídica perante o sistema. Por isso, a natureza e a forma da sanção varia de ordenamento para ordenamento.

Para o autor, a sanção de nulidade, admitida no ordenamento brasileiro, impede que o ato inconstitucional possua eficácia desde a sua origem, isto é, não há decretação de nulidade com efeitos retroativos, mas tão-somente o accertamento da nulidade existente desde

---

<sup>92</sup> NEVES, Marcelo. Idem. p. 80.

<sup>93</sup> Cf. RAMOS, Elival. Op. Cit. p.87-132.

o nascedouro da norma viciada. Portanto, neste prisma, a norma inconstitucional nos países que adotam a sanção de nulidade como o caso do Brasil é existente, inválida e ineficaz desde o seu nascedouro.

Dessa forma, a decisão de inconstitucionalidade promove apenas o acertamento ou melhor dizendo o reconhecimento, mediante declaração, de ineficácia da norma estabelecida de pleno direito. Neste caso, “a sanção opera de pleno direito, automaticamente, mas, em sendo assim, participa da plurivocidade significativa do sistema normativo, a qual gera incerteza quanto à ocorrência ou não do vício e da conseqüente sanção”<sup>94</sup>. A decisão judicial de reconhecimento da inconstitucionalidade “reduz bastante essa incerteza, ao menos no tocante às pessoas a ele sujeitas e tem precisamente essa finalidade. Os efeitos, portanto, consistem em tornar indiscutível ou menos discutível a ocorrência da sanção de invalidez”<sup>95</sup>

Todavia, o autor reconhece que a aplicação da sanção da nulidade no sentido proposto “gera certa instabilidade nas relações jurídicas que é impossível de eliminar”. Destarte, “é compreensível a posição dos que sustentam inexistir no sistema de sanção de nulidade uma autêntica presunção de constitucionalidade das leis.”<sup>96</sup> Logo,

Avaliados os resultados concretos de vários sistemas sancionatórios da inconstitucionalidade, parece-nos que, por meio da sanção de anulabilidade, se tem conseguido melhor equilibrar o princípio da supremacia constitucional com a exigência da segurança nas relações jurídicas.

Nem se argumente que a validade provisória da lei anulável implicaria tolerar a violação da Constituição, abrindo profunda brecha na solidez das Constituições rígidas. A anulação *ex nunc* da lei inconstitucional da lei inconstitucional foi abandonada ate mesmo na Áustria, considerada paradigma do modelo, ali construído a partir das lições de Kelsen. Atualmente, os ordenamentos que acolhem a sanção de anulabilidade admitem, em graus variáveis, a retroatividade da anulatória, estipulando-se, em geral, como limite as relações exauridas sob o império da lei a ser desconstituída.<sup>97</sup>

Não obstante, o professor da Universidade de São Paulo defende que aplicação da sanção de invalidez, com eficácia desconstitutiva, apenas seria possível no Brasil após reformulação do nosso modelo de controle de constitucionalidade. Entretanto, neste ponto, não assiste razão ao professor.

---

<sup>94</sup>Cf. RAMOS, Elival. Op. Cit. p.90.

<sup>95</sup> Idem. p.90.

<sup>96</sup> Idem. p.130.

<sup>97</sup> Idem. p.131.

Como sabido, o atual sistema brasileiro de controle de constitucionalidade possui a natureza mista, com inspiração no modelo americano, no qual o controle se dá a partir do caso concreto, e no modelo austríaco, onde o controle pode ser efetivado diretamente a um Tribunal Constitucional. Logo, a aplicação das sanções de nulidade e anulabilidade não podem ser aplicadas de forma automática ao nosso ordenamento até porque não seria cabível, conforme passa-se a demonstrar. Noutra giro, o estudo dessas sanções na doutrina nacional vem sendo marcado por profundos equívocos quanto à natureza e os efeitos dessa sanção.

Dessa forma, busca-se no presente trabalho rediscutir a eficácia e a natureza jurídica da sanção de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Pontes de Miranda, já na década de 40, advertia que a confusão na delimitação do conceito de nulidade e anulabilidade emanava da transportação, por parte da doutrina nacional, de conceitos de direito romano, mesmo após superados os paradigmas nos quais esses conceitos estavam fundados. Toma-se, desde já, como ponto de partida, as lições do autor a fim de afastar eventuais imprecisões terminológicas:

(...) referimo-nos ao conceito romano de *nullus* e ao conceito moderno de “nulo”. O *nec ullus* do romano “não existe”; o nulo do jurista contemporâneo existe, mas anormalmente existe, *nulamente* é. Daí poder haver o nulo com todos ou com algum efeito, e não haver o inexistente com efeito: o que não existe não tem qualquer efeito; o nada nada produz. (...) <sup>98</sup>

Pois bem, como dito, a lei quando ingressa no ordenamento jurídico, por meio do órgão de produção normativa previsto na Constituição, passa a pertencer ao ordenamento mesmo que inicialmente não se possa aferir se a norma obedeceu a todas regras de admissão, previstas no sistema. Dito de outra forma, a produção da norma pelo órgão competente constitui o suporte fático suficiente para existência do ato legislativo. Esse suporte fático, de início, será recepcionado pela “regra-princípio” da presunção da constitucionalidade das leis que possibilitará, ainda que limitadamente, a irradiação de efeitos jurídicos desse ato legislativo, isto é, o ato produzirá eficácia jurídica dentro do sistema, podendo ser retirado através de ato de revogação ou retirada em função da invalidade. <sup>99</sup>

Porém, caso esse ato legislativo não obedeça completamente às normas de admissão prevista no sistema constitucional, quer em função do desrespeito de procedimentos formais de edição do ato quer por violação do conteúdo material do sistema constitucional.

<sup>98</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. Tomo V. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 293.

<sup>99</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p. 80.



Neste caso, o ato, apesar de existente e produzir eficácia (ainda que limitada, pois esse ato possui imperatividade e deve ser obedecido), é inválido, devendo ser expurgado do ordenamento através dos procedimentos previsto pelo próprio sistema que é o controle de constitucionalidade. Desta feita,

(...) a lei inconstitucional é inválida por não retrotrair perfeitamente ao plexo normativo originário, ou, em outra perspectiva, porque dele não deriva regularmente. No caso, a invalidade resulta da não-conformidade a todas as “regras de admissão” contidas na Constituição, sejam referentes ao procedimento de elaboração legislativa (aspecto formal), ou as concernentes (direta ou indiretamente, positiva ou negativamente) ao conteúdo das normas legais (aspecto material). Portanto, é inválida porque não deriva perfeitamente (regularmente) do seu fundamento imediato de validade, a Constituição em vigor. Há suporte fático deficiente (→ invalidade), embora suficiente (→ pertinência), do ato legislativo.

(...)

Diante do exposto, concluímos que a lei inconstitucional é norma pertencente ao ordenamento jurídico, inválida (nula ou anulável) e, com certas restrições, juridicamente eficaz, enquanto não se profira decisão que a expulse definitivamente do sistema jurídico. Já nos sistemas de controle preventivo, o projeto de lei declarado inconstitucional não se transforma em lei (pré-exclusão de juridicidade); mas se o controle preventivo não se realiza, ou é favorável à constitucionalidade do projeto, há uma presunção *juris et de jure* de sua validade constitucional material, mas não necessariamente da sua validade constitucional formal.<sup>100</sup>

Por isso, a sanção de invalidade aplicada à norma jurídica contrária à Constituição deve guardar consonância com essa característica do sistema jurídico, merecendo uma nova reflexão.

Como visto, boa parte da doutrina e jurisprudência defende que a sanção cabível para a norma inconstitucional é a nulidade do ato, entretanto, para essa corrente clássica,<sup>101</sup> a nulidade se opera *ab initio*, isto é, uma norma contrária à Constituição sequer ingressa no ordenamento jurídico, motivo pelo qual a sanção de nulidade incidiria automaticamente, tendo a decisão no controle de constitucionalidade um efeito meramente declaratório. Doutro modo, Elival Ramos, apesar de defender que essa técnica não prestigia a segurança jurídica bem como nega o princípio da presunção de constitucionalidade, entende que a sanção de nulidade no Brasil atinge a eficácia da norma desde a sua produção, impedindo-a de produzir quaisquer efeitos, motivo pelo qual a decisão apenas produz o reconhecimento da sanção.

<sup>100</sup> NEVES, Marcelo. Op. Cit. p 80.

<sup>101</sup> Cf. nota nº 19.

Não obstante concordar que a regra geral no Brasil é a sanção de nulidade, não podemos concordar com os contornos dado até então. Primeiro, porque só podemos anular ou declarar nulo aquilo que juridicamente existiu, motivo pelo qual afastamos de plano o argumento da doutrina clássica. “Para que a decisão positiva sobre inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria: ‘Não existe’”<sup>102</sup>

Segundo, caso a norma inconstitucional fosse ineficaz *ab initio*, ela não teria imperatividade perante os seus destinatários, como também as relações reguladas por essa regra perderia a sua juridicidade, afigurando-se um verdadeiro caos jurídico, visto que qualquer destinatário poderia se negar a cumprir a norma sob o argumento de que ela é ineficaz desde a sua existência. Nesse sentido leciona Regina Maria Macedo Nery Ferrari<sup>103</sup>:

Se outro fosse o entendimento, teríamos, de maneira vertiginosa, instalado o caos na vida social e em suas respectivas relações. Como anteriormente ressaltado, a inconstitucionalidade pode ser argüida a qualquer tempo e, assim, não se teria nunca a certeza do direito, pois nunca estaríamos em condições de saber se um ato praticado validamente sob o império de uma lei seria assim considerado para todo o sempre. (...) <sup>104</sup>

Assim, a sanção de nulidade (invalidade), admitida no nosso ordenamento, atua com eficácia desconstitutiva do ato normativo estava produzindo efeitos, expulsando-o do ordenamento jurídico. Isso não significa dizer que os efeitos pretéritos (ou melhor a eficácia pretérita) da norma viciada não sejam também desconstituídos. Na verdade, a regra é que a sanção de nulidade (invalidade) aja com duplo efeito desconstituindo os efeitos pretéritos do ato viciado, impedindo a possibilidade de irradiar efeitos futuros.

Saliente-se que, atualmente, o nosso ordenamento jurídico, notadamente em virtude do artigo 27 da Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, admite, por razão de segurança jurídica e excepcional interesse social, a aplicação da sanção de nulidade de forma

---

<sup>102</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. Tomo V. São Paulo: Max Limonad, 1953. p. 296.

<sup>103</sup> A autora, apesar de defender a teoria da anulabilidade, ratifica o entendimento de que a sanção aplicável ao direito brasileiro possui a eficácia desconstitutiva de natureza retroativa.

<sup>104</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.162.

parcial, possibilitando a modulação da eficácia da sanção desconstitutiva para o ato viciado e as relações jurídicas decorrentes dele.<sup>105</sup>

Note-se que já na década de 70, o Ministro do Supremo Tribunal Federal advertia a necessidade de reforma do posicionamento da doutrina clássica sobre a natureza da sanção de inconstitucionalidade:

Acertado se me afigura, também, o entendimento de que se não deve ter como nulo ab initio ato legislativo, que entrou no mundo jurídico munido de presunção de validade, impondo-se, em razão disso, enquanto não declarado inconstitucional, à obediência pelos destinatários dos seus comandos. Razoável é a inteligência, ao meu ver, de que se cuida, em verdade, de ato anulável, possuindo caráter constitutivo a decisão que decreta a nulidade. Como, entretanto, em princípio, os efeitos dessa decisão se operam retroativamente, não se resolve, com isso, de modo pleno, a questão de saber se é mister haver como delitos do orbe jurídico atos ou fatos verificados em conformidade com a norma que haja sido pronunciada como inconsistente com a ordem constitucional. Tenho que procede a tese, consagrada pela corrente discrepante, a que se refere a “Corpus Juris Secundum”, de que a lei inconstitucional é um fato eficaz, ao menos antes da determinação inconstitucionalidade, podendo ter conseqüências que não é lícito ignorar. A tutela da boa fé exige que, em determinadas circunstâncias, notadamente quando, sob a lei ainda não declarada inconstitucional se estabeleceram relações entre o particular e o poder público, se apure, prudencialmente, até que ponto a retroatividade da decisão, que decreta a inconstitucionalidade, pode atingir, prejudicando-o, o agente que teve por legítimo o ato e, fundado nele, operou na presunção de que estava procedendo no amparo do direito objetivo.<sup>106</sup>

Contudo, não obstante o referido posicionamento, essa corrente jurisprudencial ainda não ganhou corpo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Talvez a falta de um *leader case* que demande um debate aprofundado da questão tenha prejudicado o exame do tema por parte da Corte Suprema.

<sup>105</sup> Sobre o tema: ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade: ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009; MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005; SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade**. In: SARMENTO, Daniel (org.). **O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002. pp. 101-138.

<sup>106</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 79.343. Relator: Min. Leito Abreu. DJ: 02/09/1977. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 17/08/2010.

### 2.3 Eficácia constitutiva da decisão de inconstitucionalidade.

Conforme o exposto alhures, a classificação atribuída à sanção de inconstitucionalidade influencia diretamente a atribuição da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade.

A doutrina norte-americana da teoria da nulidade (vide item 2.2.1), com grande influência na doutrina nacional, proclama o entendimento de que a decisão de inconstitucionalidade possui a natureza declaratória, pois apenas certifica a existência ou inexistência da norma em razão da constituição. Em sentido diametralmente oposto, para os adeptos da teoria da anulabilidade (item 2.2.2), prevalece o entendimento de que a sentença possui natureza constitutiva, haja vista que a norma é expulsa do sistema.

Na doutrina nacional, são raros os posicionamentos sobre a eficácia constitutiva da sanção de inconstitucionalidades, podendo-se destacar as lições de Pontes de Miranda<sup>107</sup> posteriormente seguidas por Regina Maria Macedo Nery Ferrari que assevera:

No atinente à questão em foco, é necessário fazer a referência a Pontes de Miranda, que, propondo uma classificação das sentenças, alude ao fato de não haver sentenças puras, tendo todas elas elementos de outras, e que a classe dessas decisões é determinada pela preponderância de eficácia desses elementos. Afirma, pois, que a sentença declaratória de inconstitucionalidade é constitutiva negativa e que “para que a decisão de inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito que o juiz ou tribunal diria *não existe*, e a eficácia seria a de toda a decisão declarativa”<sup>108</sup>.

Percebe-se, por isso, que os contornos dado à sanção de inconstitucionalidade influenciam diretamente a classificação da natureza da decisão. Como dito anteriormente, a sanção de inconstitucionalidade ataca norma inserida dentro do sistema normativo, que apesar de ser eficaz não preencheu o teste de validade perante a norma constitucional. Logo, esse enunciado não certifica a existência ou inexistência, mas desconstitui a eficácia da norma e, se for o caso, elimina os efeitos por ela produzidos.

---

<sup>107</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967. p. 572.

<sup>108</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.175.

Entende-se, portanto, que a decisão que decreta a inconstitucionalidade tem natureza constitutiva, pois, o Tribunal Constitucional não irá apenas declarar o defeito da norma, mas procederá também a desconstituição ou modulação de seus efeitos. Por conseguinte, entende-se que nos casos em que o Tribunal Constitucional pronunciar a constitucionalidade da norma a decisão terá caráter declaratório, enquanto que nos casos que julgar pela a inconstitucionalidade, a decisão terá caráter constitutivo.<sup>109</sup>

Assim, com base nessas premissas, faz-se necessário modificar o entendimento tradicional sobre a natureza da decisão de inconstitucionalidade, visto que não se pode declarar a existência ou inexistência de uma norma jurídica que ingressa no sistema, em virtude da presunção de constitucionalidade, e produz seus efeitos até que ocorra a expulsão mediante a sanção de inconstitucionalidade.

Deste modo, a sanção de inconstitucionalidade é veiculada por enunciado com a carga eficaz preponderantemente constitutiva de modo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva.

## 2.4 Síntese do Capítulo

A lei ou ato normativo editado conforme o processo racional de formação previsto no sistema jurídico, em função da estrutura procedimental do Estado que legitima a sua produção, deve gozar da presunção de conformidade com a ordem jurídica vigente, haja vista que foi produzida, pelo menos *a priori*, através de processo legislativo legitimado pela vontade política (exercida pelo voto) e, por isso, deve ser obedecida por todos.

Em função desse princípio, as normas editadas no direito brasileiro permanecem válidas enquanto o órgão competente para decidir sobre a constitucionalidade ou não das leis não emitir a decisão no sentido da inconstitucionalidade.

Esse princípio também exerce uma função pragmática fundamental para a manutenção da imperatividade das normas jurídicas, pois, caso contrário, qualquer indivíduo poderia recusar a aplicação e/ou obediência à norma jurídica pertencente ao sistema, sob o argumento de que a norma estaria, de alguma forma, violando a Constituição Federal. Deste modo, com base nesse princípio, é conservada a imperatividade da norma incompatível com a Constituição até que haja o exame da compatibilidade, exercida por órgão com competência

---

<sup>109</sup> MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010. p.116.

definida pelo direito positivo, mediante procedimentos de controle de validade da produção normativa.

A inconstitucionalidade é o conflito existente na relação entre as normas jurídicas e a Constituição Federal, tal relação deve ser examinada do ponto de vista interno do sistema jurídico positivo, ou seja, o problema da inconstitucionalidade é originário da incompatibilidade da norma jurídica com os requisitos de validade contidos na norma superior.

Assim, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico enquanto sistema permite a incompatibilidade de proposições integrantes de um mesmo sistema, como entre leis e a Constituição, “como critério (fundamento) imediato de validade das leis, [que] também reconhece a pertinência [= existência] inválida (defeituosa) das normas legais, enquanto não haja o ato específico de expulsão”.

Portanto, a sanção de nulidade (invalidade), admitida no nosso ordenamento, atua com eficácia desconstitutiva do ato normativo que estava produzindo efeitos, expulsando-o do ordenamento jurídico.

Isso não significa dizer que os efeitos pretéritos (ou melhor a eficácia pretérita) da norma viciada não sejam também desconstituídos. Na verdade, a regra é que a sanção de nulidade (invalidade) haja com duplo efeito desconstituindo os efeitos pretéritos do ato viciado e impedindo a possibilidade irradiar efeitos futuros.

Conclui-se, com base no exposto, que a sanção de inconstitucionalidade é veiculada por enunciado com a carga eficaz preponderantemente constitutiva de modo que a natureza da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva.

### CAPÍTULO III – A EFICÁCIA DO PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO STF NAS RELAÇÕES TRIBUTÁRIAS

O presente capítulo possui a função de apresentar um dos pilares para as conclusões formuladas no presente trabalho. Para tanto, busca-se descrever de forma sintética o novo perfil eficaz das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo, a partir da mudança de alguns paradigmas atinentes à jurisdição constitucional.

Contudo, dada a necessidade de delimitação do tema, trataremos da questão exclusivamente na seara tributária, sem, contudo, deixar de analisar exemplos e discussões de cunho geral sobre a matéria. Ademais, até em função de abrangência do tema, não há nenhuma pretensão de esgotar a abordagem da questão, mas sim estabelecer uma premissa que norteará todo o trabalho.

Pois bem, a partir de uma análise histórica dos modelos jurisdicionais classicamente concebidos<sup>110</sup>, percebe-se a existência de uma aproximação (ou pelo menos uma tendência em certos ordenamentos) entre o modelo do *Civil Law* (inspirado na tradição romano-germânica) e o do *Common Law*.

Nos países com tradição romano-germânica, adeptos de um sistema predominantemente formado por regras predeterminadas, essa aproximação decorreu da superação de paradigma da função meramente declarativa da jurisdição, onde o juiz funcionava como um mero revelador da vontade concreta da lei (“boca da lei”). Tal aproximação vem sendo concretizada a partir da adoção de eficácia normativa do precedente judicial.<sup>111</sup>

No Brasil, referida aproximação é verificada após a Constituição Federal de 1988, onde se verifica um claro realinhamento do paradigma sobre a função jurisdicional e a força normativa da CF, sobretudo, o papel do Supremo Tribunal Federal como intérprete máximo

---

<sup>110</sup> Acepção é justificada pelo fato de que, no atual desenvolvimento global, nenhum modelo existente pode ser considerado puro. Sobre o tema: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo**. Temas de Direito Processual, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55-67.

<sup>111</sup> Sobre o tema: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. pp. 23-101. SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. pp. 21-40. SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. pp. 141-180. ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação: o princípio da simetria na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. pp.44-50.

da Carta Política. Nesta linha, não teria sentido que as decisões proferidas pelo órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro não irradiasse efeitos para os demais membros do Poder Judiciário, assim como para a Administração Pública.

Com isso, instaura-se um novo regime acerca da eficácia do precedente do Supremo Tribunal Federal que vem se concretizando por meio de mudanças tanto no próprio texto constitucional (ex. Emendas Constitucionais n<sup>o</sup>s 03/1993 e 45/2004), quanto por alterações legislativas (ex. Lei n<sup>o</sup> Leis n<sup>o</sup>s 9.868/99, 9.882/99, 11.417/2006 e 11.418/2006). Além disso, esse novo regime também vem sendo construído pela própria jurisprudência da Suprema Corte que, ao interpretar sua função perante a Carta Política de 1988, vem atribuindo eficácia obrigatória aos seus precedentes.<sup>112</sup>

Assim, busca-se, a partir dos contornos dados por este novo regime às decisões do Supremo Tribunal Federal, assim como legislação infraconstitucional que rege as relações tributárias, descrever a eficácia do precedente do STF nas relações tributárias.

### **3.1. Precedente Judicial**

#### *3.1.1. Conceito*

A conceituação de determinado objeto de estudo, sem dúvida, é a tarefa mais árdua para um cientista, principalmente, na esfera da ciência jurídica, onde encontramos uma variedade de sentidos para a mesma expressão. Contudo, mesmo ciente desta árdua tarefa, se faz necessário definir o sentido dado ao precedente judicial no presente texto, sob pena de confundir ou induzir a erro o leitor.

Uma segunda advertência é que a atribuição de sentido ou conceituação do precedente judicial empregado no trabalho é compatibilizado com as características e peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro. Porém, não se nega a grande contribuição dada pela doutrina estrangeira, notadamente a originária de países que utilizam predominantemente o sistema do *common Law*.

---

<sup>112</sup> Sobre evolução histórica do papel dos precedentes na jurisdição constitucional brasileira. Cf. TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. pp. 23-47.



Verificam-se, inicialmente, na doutrina estrangeira, várias aplicações para o termo precedente judicial. Geoffrey Marshall<sup>113</sup>, por exemplo, identifica pelo menos três sentidos para a expressão precedente. A primeira é utilizada sem preocupação terminológica, simplesmente, o precedente é entendido como argumentos relevantes contidos na decisão judicial anterior. Já no segundo sentido, o precedente é entendido como resultado da decisão que possui relevância para determinado ordenamento. Por fim, de maneira mais técnica, o precedente é o sinônimo da regra abstrata construída a partir do caso concreto.

De modo, que nenhum conceito estrangeiro pode ser simplesmente importado sem a necessária adequação à legislação e ao sistema adotado no respectivo país. Por isso, antes de propor o nosso conceito de precedente, é importante abordar os modelos teóricos dos precedentes ou a “doutrina”<sup>114</sup> dos precedentes. Importante observar que tais modelos, de certa forma, estão comprometidos com os modelos clássicos já abordados anteriormente.

Para a teoria declarativa ou declaratória<sup>115</sup>, o precedente apenas atesta o direito preexistente, ou seja, a atividade decisória realiza uma mera subsunção da norma já presente no sistema. Tal corrente fundamentou, por muitas décadas, o modelo clássico de jurisdição dos países com tradição romano-germânica. Em contrapartida, surge a teoria normativa ou constitutiva<sup>116</sup>, ligada aos países com sistema do *common Law*, que defende que somente há criação do direito nas decisões judiciais, *v.g.*, o direito é criado pelas formulações normativas emanadas dos precedentes judiciais.<sup>117</sup>

Contudo, a partir do contexto histórico de aproximação dos sistemas jurisdicionais clássicos como alternativa para oferecer adequada resposta a uma realidade social ainda mais complexa, constatou-se que ambos os modelos teóricos são insuficientes. Com isso, surge uma terceira teoria talhada pelo sincretismo das teorias declaratórias e normativas. Assim, para este nova corrente, o precedente judicial ao mesmo tempo que certifica, ou melhor, utiliza as

---

<sup>113</sup> MARSHALL, Geoffrey. **What is binding in precedent**. In: MACCORMICK, Neil. SUMMER, Robert S. (org.) In: *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 503-504. *apud* TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.6-7.

<sup>114</sup> O termo utilizado é um tradução literal do inglês e, portanto, não possui o mesmo sentido que empregamos no Brasil.

<sup>115</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2006. p.41. Vide também a análise dos modelos minimalista e normativo na obra de Celso de Albuquerque Silva. SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 195-210.

<sup>116</sup> Idem.

<sup>117</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. *Op. Cit.* p.9-13.

fontes normativas preexistentes (Ex: Constituição, leis etc... ) também produz eficácia normativa a partir do caso concreto.<sup>118</sup>

Portanto, tanto as normas preestabelecidas (normas escritas) quanto aquelas construídas a partir do caso concreto são instrumentos de determinação do direito. Por isso, seus adeptos a denominam de teoria determinativa (*determinative theory*).<sup>119</sup>

Esse novo modelo teórico vem fundamentando a adoção da teoria dos precedentes obrigatórios nos ordenamentos do *civil Law*. No Brasil, como todo sistema de *civil Law*, ainda predomina a teoria declarativa, na qual os precedentes não emitem normas gerais e não possuem força obrigatória. Todavia, no tocante a jurisdição constitucional, percebe-se a superação da teoria declaratória principalmente após a Constituição Federal de 1988.

A doutrina de precedentes que emana da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal parte da política decisão em crer na força normativa da Constituição, sobretudo, pós-88, a partir do acolhimento da pretensão do jurisdicionado, a exemplo dos Tribunais Constitucionais europeus, acolheu-se, expressamente, a teoria determinativa. Na medida em que a Constituição ocupa o centro de validade dos atos do Poder Público, os precedentes legitimam-se por decorre do múnus do Poder Judiciário em defender o *ius in thesi* constitucionalmente adequado, somando-se às exigências constitucionais de isonomia e segurança.<sup>120</sup>

Com base nestas considerações, passa-se a formular o conceito de precedente à luz do ordenamento brasileiro.

Marcelo Alves Dias de Souza, seguindo as lições de Henry Black, conceitua, sinteticamente, o precedente judicial como “um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para uma questão similar de direito”.<sup>121</sup>

Não obstante, entendemos mais adequado à realidade brasileira o conceito formulado por Caio Taranto, o qual será utilizado no curso do presente texto:

---

<sup>118</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Op. Cit. p.9-13.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Idem, ibidem. p.12.

<sup>121</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit. p.41.

(...) propõe-se conceituar precedente judicial como o instrumento mediante o qual o Poder Judiciário, como instituição e no exercício da Jurisdição Constitucional, edita normas jurídicas a serem aplicadas em decisões posteriores, atribuindo-lhes racionalidade na medida em que o julgador expressa as razões de decidir.<sup>122</sup>

### 3.1.2. *Precedentes persuasivos e precedentes obrigatórios*

Encontramos na doutrina uma série de classificações para os precedentes judiciais<sup>123</sup>. No entanto, devido aos limites do presente trabalho, julgamos conveniente apenas abordar os precedentes judiciais quanto aos seus efeitos no sistema.

No Brasil, diferentemente do que se vê nos países de tradição do *common Law*, a regra geral é da eficácia persuasiva dos precedentes judiciais.

Pois bem, identifica-se o precedente como persuasivo quando o julgador, mesmo diante de um caso idêntico, não está obrigado a seguir o modelo decisório empregado em precedente anterior. Neste caso, quando o juiz, mesmo não obrigado, segue o modelo decisório anterior é por uma relação argumentativa, ou seja, o precedente persuasivo é uma ferramenta para o convencimento do julgador, podendo inclusive servir de fundamento para a decisão.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni adverte que:

Para que se tenha eficácia persuasiva é preciso que exista algum constrangimento sobre aquele que vai decidir. É necessário que o órgão decisório tenha alguma obrigação diante da decisão já tomada. O reflexo deste constrangimento ou desta obrigação apenas pode estar na fundamentação. A Corte obrigada não pode ignorar o precedente, devendo apresentar convincente fundamentação para não adotá-lo.

O precedente, quando persuasivo, constitui um argumento da parte, e, por isso mesmo, não pode ser adotado ou rejeitado sem a devida fundamentação. Aliás, a desconsideração do precedente está, no mínimo, no mesmo plano do descaso em relação à prova, devendo gerar a nulidade da decisão.<sup>124</sup>

Já o precedente obrigatório ou vinculativo “é aquele que deve ser seguido, mesmo que o Juiz ou Tribunal o considere incorreto ou irracional”<sup>125</sup>. No ordenamento pátrio, o efeito obrigatório do precedente está intimamente ligado com a sua capacidade de vincular os

<sup>122</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Op. Cit. p.8.

<sup>123</sup> Idem. p. 102-137.

<sup>124</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.118.

<sup>125</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit. p.53.

demais órgãos do Poder Judiciário ou até mesmo o Poder Executivo, encarregado de executar as normas jurídicas no exercício de suas funções.

Todavia, conforme dito alhures, essa obrigatoriedade ainda está restrita às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional. Essa eficácia obrigatória presente no sistema brasileiro será analisada mais adiante quando abordaremos a eficácia da decisão da Suprema Corte brasileira.

Por fim, ainda encontram-se no direito processual brasileiro precedentes com eficácia impeditiva de recursos. Tal eficácia ocorre quando o precedente paradigma serve de lastro para que haja o juízo negativo de admissibilidade de recursos, como por exemplo: o artigo 557, *caput* e o artigo 518, §1º do Código de Processo Civil.<sup>126</sup>

### 3.1.3. Elementos: *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

*Ratio decidendi* ou *holding* são expressões sinônimas que descrevem o mesmo elemento do precedente judicial. A primeira é empregada no direito inglês ao passo que a segunda é de origem norte-americana.<sup>127</sup>

Pode-se definir a *ratio decidendi* como “a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto (*rule of law*). É essa regra de direito (e, jamais, de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*”.<sup>128</sup>

“Sob o aspecto analítico, três são os elementos que a integram: a) indicação dos fatos relevantes (*statement of material facts*); b) o raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e c) o juízo decisório (*judgment*)”.<sup>129</sup>

No Brasil, a definição de um conceito de *ratio decidendi* ganhou relevância somente a partir da introdução no sistema pátrio de decisões judiciais com efeitos vinculantes.

Isso se dá, até por uma questão histórica, porque os países adeptos do sistema do *civil Law* vinculavam sempre a solução das demandas ao comando das normas escritas. Nesta óptica, os fatos do caso eram colocados em segundo plano, servindo apenas de premissa maior para o enquadramento de norma predeterminada. Por isso,

<sup>126</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Op. Cit. p.199.

<sup>127</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p.182.

<sup>128</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.175.

<sup>129</sup> Idem.

A linguagem em que nossos precedentes são expressos faz com que a norma que deles emana seja aplicada, aplicada, *a priori*, por dedução/subsunção, ao contrário da experiência da *common Law*, em que os precedentes são aplicados por indução. Nossos precedentes são predominantemente expressos de forma prescritiva, inclusive pela confecção de verbetes e ementas. Não devemos, contudo, excluir a possibilidade de aplicá-los de forma indutiva. Pelo contrário. A aplicação dos precedentes de forma dedutiva/subjuntiva merece cautela por parte do aplicador e não deve ser utilizada de forma acrítica.<sup>130</sup>

Contudo, com a superação do paradigma clássico de modelo jurisdicional meramente declaratório, bem como a atribuição de eficácia normativa aos princípios constitucionais e abertura hermenêutica de várias regras escritas, a atividade decisória passa a ganhar novos contornos.

É interessante perceber que a nova dimensão de poder atribuída ao juiz de *civil law*, em razão do constitucionalismo e da técnica legislativa das cláusulas gerais, tem repercussão sobre a dignidade dos fatos em nosso sistema. Como o princípio não se limita a emoldurar fatos e atribuí-les consequência jurídica, tendo textura mais aberta e escopo mais generalizado, a racionalização da sua adoção exige a detida identificação das particularidades fáticas do caso concreto. Ademais, as cláusulas gerais, diante do seu próprio propósito, não podem ter a sua aplicação justificada de maneira racional sem a identificação dos fatos sobre os quais estão a incidir.<sup>131</sup>

É importante estabelecer, desde já, a diferença entre os preceitos normativos extraídos de um precedente judicial. O órgão jurisdicional, ao elaborar a sua decisão, primeiramente, a partir de interpretação de normas constitucionais e regras abstratas, constrói uma norma geral que será demonstrada na fundamentação da decisão. Em seguida, essa mesma norma, juntamente com outras normas escritas, servirá de lastro para criação de uma norma individual e concreta que solucionará o caso concreto. Isto é,

A norma jurídica criada e contida na fundamentação do julgado compõe o que se chama de *ratio decidendi*, tema que será abordado mais adiante. Trata-se de “norma jurídica criada diante do caso concreto”, que, por indução, pode passar a funcionar como regra geral, a ser invocada como precedente judicial em outras situações. “Ou seja, há necessidade de se distinguir a cristalização da interpretação e do controle de constitucionalidade da criação de uma norma individual que, particularizando a norma geral, é voltada especificamente à regulação de um caso concreto.”<sup>132</sup>

<sup>130</sup> TARANTO, Caio Márcio Gutterres. Op. Cit. p.17.

<sup>131</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p.256.

<sup>132</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. In: Leituras complementares de direito constitucional. NOVELINO, Marcelo (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p.269.

Portanto, neste contexto, a *ratio decidendi* dos precedentes obrigatórios passam a integrar o sistema de expectativas normativas até então só composto por normas escritas.

Já o *obiter dictum* ou *dictum* pode ser conceituado como questão secundária tratada no precedente, mas não necessária para a formulação da norma jurídica criada a partir de um caso concreto. São aquelas questões tratadas lateralmente, seja em virtude do debate do órgão julgador, seja em relação a alguma particularidade do julgamento, mas não influencia na construção da *ratio decidendi*.

Nos países do *common law*, o *obiter dictum* possui eficácia meramente persuasiva para os demais órgãos jurisdicionais e pode servir de reforço argumentativo para fundamentação de pedidos ou decisões.

No Brasil, a distinção dos elementos dos precedentes nunca teve a devida importância, pois todos os precedentes somente tinham efeito persuasivo. Entretanto, a partir da admissão de eficácia vinculante e eficácia impeditiva de recurso em nosso sistema, mesmo que para restritas hipóteses, levou à necessidade de se diferenciar a *ratio decidendi* do *dictum*, sob pena de o operador do direito incorrer em erro na aplicação da norma.

### 3.2 O precedente do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o órgão mais antigo do Poder Judiciário brasileiro, inicialmente denominado de Supremo Tribunal de Justiça (1828), exercia entre suas competências a função de órgão de cúpula do Judiciário.<sup>133</sup>

Na Assembleia Constituinte, muito se discutiu sobre a possibilidade de dar uma roupagem de Corte Constitucional, tipicamente inspirada no modelo europeu, mas por influência da tradição federalista permaneceu como órgão de cúpula, mas, dessa vez, dotado de competência bem mais ampla. “A Constituição Federal de 1988 ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, especialmente no que concerne ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos e ao controle de omissão inconstitucional”.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.937.

<sup>134</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p.947-948.

Dentre as principais funções estabelecidas pela Carta de 1988 está a guarda da força normativa da própria Constituição, por meio do controle de constitucionalidade, conforme expressamente consignado no *caput* do Art. 102:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(...)

Com efeito, pode-se concluir que o STF é o intérprete máximo do texto constitucional, a quem é dado emitir a última palavra sobre as interpretações possíveis do texto constitucional. Esse processo interpretativo se dá através da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos, bem como a guarda da eficácia dos princípios constitucionais.

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade, curiosamente, aglutina dois modelos distintos, o difuso e o concentrado. O modelo difuso foi o primeiro a ser introduzido e possui origem no modelo americano, no qual a Corte Suprema é a encarregada de uniformizar a interpretação da Constituição, por meio da análise de casos concretos. Isso se explica porque o Brasil também adotou o modelo de Estado federativo. Porém, enquanto no modelo americano a uniformização se dá pela submissão às decisões da Suprema Corte, no Brasil, as decisões do STF somente produzia eficácia *inter partes*.<sup>135</sup>

Já o modelo concentrado, inspirado no sistema austríaco e largamente adotado na Europa, entrou tardiamente no modelo brasileiro e revela uma clara tentativa de dar maior efetividade ao controle jurisdicional de constitucionalidade, mas tal modelo apenas ganhou novos contornos pós-88.

A partir da Constituição Federal de 1988, devido a função precípua do STF, o controle de constitucionalidade foi objeto de inúmeras modificações, notadamente o controle concentrado que possuía ainda um papel limitado, que passou a contar com um maior número de legitimados para propositura de ação direta, assim como pela criação de novos institutos, como por exemplo, a ação declaratória de constitucionalidade e ação de descumprimento de preceito fundamental.

Por outro lado, a necessidade de proteção dos princípios e cláusulas gerais prescritas no texto constitucional também demandou a necessidade de alteração do modelo difuso. Aliás, no presente contexto,

---

<sup>135</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit. p.208.

Apesar de muito se falar em dois grandes sistemas de controle de constitucionalidade, o incidental ou de origem americana e concentrado ou de origem austríaca, a verdade, em última análise, é que já não se pode estabelecer esta divisão de forma rígida, como, de resto a própria separação radical das famílias do *Common Law* e do *Civil Law* já não mais responde à realidade dos fatos.<sup>136</sup>

Com isso, percebe-se que o caminho trilhado tanto pelo constituinte, quanto pela legislação e jurisprudência, está na atribuição de efeito obrigatório às decisões do Supremo Tribunal Federal como forma de garantir o exercício pleno da função constitucional de guarda do texto maior.

Ademais, sem isso, a função do STF estaria restrita à mera instância revisora do Poder Judiciário.

### 3.2.1. Efeito Obrigatório: Eficácia erga omnes e vinculante

Os conceitos de eficácia *erga omnes* e efeito (ou eficácia) vinculante, não obstante estarem intimamente ligados, possuem significados distintos. Não é à toa que a Constituição Federal, parágrafo 2º do artigo 102, trata-os de maneira autônoma.<sup>137</sup>

A eficácia *erga omnes* de uma decisão está na sua parte dispositiva, “ela atinge a própria eficácia geral e abstrata da norma objeto de controle e, por conseguinte, atinge a todos”.<sup>138</sup> Neste caso, quando o STF reconhece a validade de determinada norma perante a Constituição (que já é presumida) ou decreta a sua inconstitucionalidade, retirando-lhe a sua eficácia, a decisão gozará de imperatividade e atingirá todos os destinatários da norma.

Já o efeito vinculante constitui

(...) uma eficácia adicional à decisão proferida, transcendendo os limites inerentes à eficácia *erga omnes* da decisão, para o fito de determinar aos órgãos estatais por ele abrangidos que não se limitem a obedecer ao conteúdo do dispositivo sentencial, senão que, desbordando desse limite, observem a norma abstrata que é extraída do *decisum*. Em outro dizer: ‘que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado’.<sup>139</sup>

<sup>136</sup> DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.p.182-183.

<sup>137</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Op. Cit. p.209.

<sup>138</sup> Idem.

<sup>139</sup> SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p.226.



Isto é, sua função é “isolar os fundamentos determinantes da decisão, impedindo que os órgãos que aplicam o direito possam negá-lo. Assim, além de não se limitar ao dispositivo, a eficácia vinculante não se volta a dar segurança às partes”.<sup>140</sup>

Logo, a eficácia vinculante da decisão não está relacionada com o conceito de coisa julgada, tema que veremos no próximo capítulo.

Traçado o conceito de efeito vinculante, cumpre estabelecer os contornos subjetivo e objetivo do mesmo.

O limite objetivo vem suscitando grande debate na doutrina nacional e na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O pano de fundo para o debate residem duas teorias: eficácia restritiva e extensiva.

Para os adeptos da teoria restritiva, a eficácia vinculante da decisão de inconstitucionalidade está restrita ao dispositivo da decisão.<sup>141</sup> Essa teoria, em um primeiro momento, ganhou força na jurisprudência do STF, notadamente nos debates da ação declaratória de constitucionalidade nº 1, onde o Ministro Moreira Alves adotou a concepção sobre a eficácia vinculativa:

(...) a decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo - como sucede na Alemanha - os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito)<sup>142</sup>

Todavia, devido à grande influência do Min. Gilmar Mendes, o qual vislumbra no efeito vinculante brasileiro eficácia similar ao modelo alemão que permite a extensão da eficácia vinculante para a norma geral e concreta produzida no precedente do Tribunal Constitucional (*ratio decidendi*), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem avançando no sentido de atribuir à *ratio decidendi* das decisões do plenário efeito vinculante.

Tal posicionamento pode ser encontrado na Reclamação nº1.987, da relatoria do Ministro Maurício Correia que em seu voto consignou:

<sup>140</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p.317.

<sup>141</sup> Cf. PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.p.229; FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.254.

<sup>142</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1**. Relator Min. Moreira Alves. DJ: 16.06.1995. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

(...)

A questão fundamental é que o ato impugnado não apenas contrastou a decisão definitiva proferida da ADI 1.662, como, essencialmente, está em confronto com os seus motivos determinantes. A propósito, reporto-me a recente decisão do Ministro Gilmar Mendes (RCL 2.126, Dj de 19/08/02), sendo relevante a consideração de importante corrente doutrinária, segunda a qual a ‘a eficácia da decisão do Tribunal transcende o caso singular, de modo que os princípios dimanados na parte dispositiva e dos fundamentos determinantes sobre a interpretação da Constituição devem ser observados por todos os Tribunais e autoridades nos casos futuros’, exegese que fortalece a contribuição do Tribunal para preservação e desenvolvimento da ordem constitucional.<sup>143</sup>

Aliás, o próprio Gilmar Mendes, em textos mais recentes, vem entendendo que a eficácia vinculante extensiva das decisões do Supremo Tribunal Federal já é uma realidade.

Como se vê, com o *efeito vinculante* pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do STF, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação – e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional – é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado.<sup>144</sup>

No tocante ao limite subjetivo do efeito vinculante, a literalidade do texto constitucional impõe que os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública direta e indireta estão vinculados às decisões do STF.

### 3.2.2. *Eficácia da decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal*

As decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal, conforme tratado alhures, possuem eficácia obrigatória, apta a ensejar a subordinação aos demais órgãos, assumindo o papel de precedente obrigatório dentro do sistema brasileiro.

Todavia, surge, dada a existência de sistema misto no nosso ordenamento, a necessidade de examinar se a decisão acerca da constitucionalidade ou não de ato normativo proferida pelo plenário do STF é dotada de eficácias distintas a depender do modelo de controle utilizado.

<sup>143</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação nº 1.987**. Relator Min. Maurício Corrêa. DJ: 21/05/2004. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011

<sup>144</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p.1285.

Ressalte-se que o exame da questão já será fundamentado nos novos contornos da jurisdição constitucional pós-88 e os paradigmas introduzidos no nosso ordenamento por sucessivas reformas.

### 3.2.2.1. *Controle concentrado*

O controle de constitucionalidade, via ação direta, está previsto no art. 102, inciso I, da Constituição Federal. Neste tipo de controle, a aferição da validade da norma em face da Constituição se dá de maneira objetiva, ou seja, para a propositura da ação é desnecessária a contextualização da norma ao caso concreto.

Em razão disso, a efetividade deste modelo depende diretamente de que sua decisão tenha eficácia obrigatória, pois a decisão de inconstitucionalidade reconhece a invalidade da norma e desconstitui ou suspende a sua eficácia, de modo que o ato normativo decretado inconstitucional não produzirá efeitos dentro do ordenamento jurídico.

Tal eficácia está prevista no parágrafo segundo do artigo 102 da CF. Vejamos:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal

(...)

§ 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.

Porém, como já abordado em tópico anterior, a eficácia obrigatória das decisões de inconstitucionalidade não está apenas limitada ao dispositivo da decisão, mas também à norma abstrata construída na *ratio decidendi* da decisão.

Desse modo, conclui-se que a decisão proferida pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade é precedente obrigatório dentro do ordenamento brasileiro, servindo como normas gerais construídas no caso concreto e aptas a definir expectativas normativas para todos os seus destinatários.

### 3.2.2.2. Controle difuso de constitucionalidade

O modelo de controle difuso de controle de constitucionalidade não recebeu na Constituição de 1988, dispositivo explícito no tocante a eficácia vinculante das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de casos concretos. Além disso, o artigo 52, inciso X, preservou ( pelo menos em tese) a competência do Senado Federal de suspender a execução de ato normativo, cuja inconstitucionalidade tenha sido decretada pelo Supremo Tribunal Federal:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Por esta razão, parte da doutrina, defende que a eficácia vinculante das decisões do plenário do STF, em controle difuso, está condicionada à suspensão da execução da norma pelo Senado Federal. Desse modo, admissão da eficácia vinculante dessas decisões estaria condicionada à introdução de dispositivo expresso na Constituição Federal ou revogação do inciso X do art. 52.

Para os adeptos desta visão, a conclusão sobre o perfil eficaz da decisão proferida em controle difuso é no sentido de que:

(...) o Supremo Tribunal Federal é o órgão responsável pela uniformização da interpretação constitucional. Contudo, o exercício da defesa da Constituição deve se pautar pelas regras estabelecidas pelo constituinte, e neste sentido as regras são claras: decisões proferidas pelo STF em sede de controle incidental de inconstitucionalidade, e independentemente de atuação do Senado Federal, só são portadoras de *efeitos inter partes*. Entretanto, o caminho para transformar estes efeitos em efeitos *erga omnes*, a própria Constituição oferece o caminho, qual seja, a edição de **súmulas vinculantes**, nos termos constitucionais (art. 103-A) e na legislação infraconstitucional (Lei 11.417, de 19.12.2006).<sup>145</sup>

Há autores que reconhecem a necessidade de ser atribuir eficácia obrigatória às decisões proferidas em controle difuso, porém só admitem a introdução dessa eficácia mediante alteração do texto constitucional.<sup>146</sup> Glauco Salomão Leite acrescenta que a

<sup>145</sup> DANTAS, Ivo. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.p.205.

<sup>146</sup> VELOSO, Zeno. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. In: Leituras complementares de direito constitucional. NOVELINO, Marcelo (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.p.137.

aproximação entre os modelos difuso e concentrado já está adequadamente realizada pela introdução, sistema brasileiro, de súmula com eficácia obrigatória. Ou seja:

Considerando que a súmula vinculante acabou realizando um trânsito da jurisdição constitucional difuso-concreta para o concentrado-abstrato, o entendimento do STF acaba se generalizando. Assim, apesar de a EC 45/2004 não ter revogado expressamente o art. 52, X, da CF, nos casos em que o STF editar a súmula vinculante baseada em decisões que reconheceram a inconstitucionalidade, em concreto de uma determinada norma, o exercício da competência do Senado consistente na suspensão da eficácia será despiciendo, pois a súmula tem o condão de eliminar tal norma do sistema jurídico.<sup>147</sup>

Em contraponto ao entendimento exposto, surge a corrente doutrinária capitaneada por Gilmar Mendes que faz uma releitura do papel da resolução do Senado, dentro de um novo paradigma constitucional. Para o autor:

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988 (art. 52, X), perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuiriam, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes - hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica. Observe-se que o instituto da suspensão da execução da lei pelo Senado mostra-se inadequado para assegurar eficácia geral ou efeito vinculante às decisões do Supremo Tribunal que não declaram a inconstitucionalidade da lei, limitando-se a fixar a orientação constitucionalmente adequada ou correta. Isso se verifica quando o Supremo Tribunal afirma que dada disposição há de ser interpretada desta ou daquela forma, superando, assim, entendimento adotado pelos Tribunais Ordinários ou pela própria Administração. A decisão do Supremo Tribunal não tem efeito vinculante, valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida valendo nos estritos limites da relação processual subjetiva. Como não se cuida de declaração de inconstitucionalidade da lei, não há cogitar aqui de qualquer intervenção do Senado, restando o tema aberto para inúmeras controvérsias.

---

<sup>147</sup> LEITE, Glauco Salomão. **A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de mutação (in) constitucional.** In: *Direito Público*. Ano VII, nº 29, 2009. p.109-110.

Situação semelhante ocorre quando o Supremo Tribunal Federal adota interpretação conforme a Constituição, restringindo o significado de dada expressão literal ou colmatando lacuna contida no regramento ordinário. O Supremo Tribunal não afirmaria propriamente a ilegitimidade da lei, limitando-se a ressaltar que certa interpretação seja compatível com a Constituição ou, ainda, que, para ser considerada constitucional, determinada norma necessita de complemento (lacuna aberta) ou restrição (lacuna-oculta – redução teleológica). Todos esses casos de decisão com base em interpretação conforme à Constituição, já de si amplos, por natureza, não podem ter a sua eficácia ampliada com o recurso ao instituto da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.<sup>148</sup>

Em síntese, esta posição doutrinária está baseada nas seguintes premissas:

- (i) a competência inscrita no art.52, X, CF, foi introduzida numa época em que a concessão de efeitos gerais às decisões do STF era vista como uma violação do princípio da separação dos poderes;
- (ii) a expansão dos mecanismos de controle abstrato e concentrado possibilitou que os efeitos gerais da decisão do Supremo predominassem sobre os efeitos *inter partes*;
- (iii) a identidade de finalidades (guarda da Constituição) e de procedimento (respeito ao quorum de maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade) no âmbito do controle difuso e concentrado justificaria a equiparação dos efeitos;
- (iv) as decisões proferidas pelo STF em sede de ação popular e ação civil pública têm efeitos que repercutem na comunidade como um todo;
- (v) a referida mutação constitucional abrandaria a crise numérica que assola o Pretório Excelso e
- (vi) a positivação dos instrumentos de vinculação dos tribunais às decisões do STF proferidas em sede de controle de incidental, sem obediência ao disposto no art. 52, X, reforçaria a superação do instituto da suspensão da execução da lei inconstitucional.<sup>149</sup>

O ponto central para rejeição da eficácia vinculativa da decisão plenária do STF, em controle difuso, está na discussão do papel da resolução do Senado no atual modelo de controle de constitucionalidade. Para os adeptos da teoria clássica, o fenômeno da mutação deve ser entendido com cuidado e, no caso, o entendimento no sentido da mutação resultaria na invasão da competência do Poder Legislativo, provocando indiretamente uma crise no regime de separação dos poderes.<sup>150</sup>

<sup>148</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro**. In: Direito Público. Ano V, nº 27, 2009. p.32.

<sup>149</sup> DANTAS, Ivo. Op. Cit.p.202-203.

<sup>150</sup> Cf. AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade**. Salvador: Jus Podivm, 2008. 55-58.

Por outro lado, defende-se que, com os novos contornos do controle objetivo de constitucionalidade, “essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo”.<sup>151</sup>

Todavia, a discussão sobre a ocorrência ou não da mutação constitucional, parece-nos despendiêda quando se analisa o problema por outro prisma.

Em obediência ao artigo 97 da Constituição Federal, o incidente de inconstitucionalidade deve ser analisado pelo plenário do tribunal ou corte especial. No STF, esta análise ganha novos contornos dada a sua função constitucional de ser guardião da sua força normativa e última instância da jurisdição brasileira.

Sendo assim, a análise da questão submetida ao plenário, ainda pela via difusa, não está restrita a mera resolução subjetiva do caso entre partes, mas ao controle objetivo da norma abstrata em face da Constituição. De modo que podemos visualizar uma clara atuação objetiva do plenário no julgamento de recursos extraordinários.<sup>152</sup>

Isto é, por imposição da própria Carta Maior, o STF, ao submeter ao plenário toda questão referente ao exame da constitucionalidade do ato normativo perante a Constituição, cria um incidente de fiscalização objetiva (concentrada) da constitucionalidade da norma jurídica.

Com isso, admite-se a incidência das normas referentes ao controle concentrado, tais como as que admitem a eficácia obrigatória da decisão e a possibilidade de modular os efeitos da sanção de inconstitucionalidade.

Esse entendimento, inclusive, vem sendo invocado para justificar a intervenção do *amicus curiae* nos julgamentos de recursos extraordinários, submetidos à apreciação do plenário do STF. Logo,

Os órgãos ou autoridade legitimados para impetrar ação direta de controle de constitucionalidade, de acordo com o art. 103 da Constituição Federal, havendo interesse, poderão se manifestar, por escrito, sobre questão constitucional objeto de apreciação pelo pleno do tribunal, no prazo fixado no regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou pedir juntada de documentos.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.130-131.

<sup>152</sup> Cf. DIDIER JÚNIOR, Fredie. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. In: Leituras complementares de direito constitucional. NOVELINO, Marcelo (org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

<sup>153</sup> AGRA, Walber de Moura. Op. Cit. p.68-69.

Nesse sentido, destacamos o entendimento externado por Gilmar Mendes no processo administrativo nº 318.715/STF que fundamentou a edição da emenda regimental nº 12 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário “deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*). (...)”

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.”<sup>154</sup>

Aliás, esse entendimento vem sendo construído pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e chancelado pelo Poder Legislativo, através de edição de leis ordinárias.

Fredie Didier Júnior identifica vários pontos que confirmam os argumentos apresentados:

a) O primeiro exemplo é o procedimento do recurso extraordinário interposto no âmbito dos Juizados Especiais Federais, regulado pelo art. 14, §§ 4º a 9º, da Lei Federal n. 10.259/2001 e § 5º do art. 321 do RISTF (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal). O procedimento para julgamento deste recurso permite a intervenção de interessados na discussão da tese (inciso III do § 5º do art. 321 do RISTF); a decisão do STF é vinculante para as turmas recursais, que deverão retratar-se ou declarar prejudicado o recurso extraordinário já interposto, conforme seja (inciso VII do § 5º do art. 321 do RISTF); e ainda, poderá ser concedida medida cautelar para sobrestar o processamento de outros recursos extraordinários que versem sobre a mesma questão constitucional, até que o STF julgue o recurso (inciso I do § 5º do art. 321 RISTF), norma semelhante do art. 21 da Lei Federal n. 9.868/1999, que cuida da ADC.

b) O art. 103-A da CF/88 consagra a súmula vinculante em matéria constitucional, que poderá ser editada após reiteradas decisões do STF sobre a questão constitucional, todas tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

c) Em recente decisão, a Min. Ellen Gracie Northfleet dispensou o preenchimento do requisito do prequestionamento de um recurso extraordinário, sob o fundamento de dar efetividade e posicionamento do STF sobre a questão constitucional, adotado em julgamento de outro recurso extraordinário (AI n.375.011, constante do Informativo 365 do STF). A ministra manifestou-se expressamente sobre a transformação do recurso extraordinário em remédio de controle abstrato de constitucionalidade, e sob esse fundamento dispensou o prequestionamento para prestigiar o posicionamento do STF em matéria de controle de constitucionalidade.

<sup>154</sup> O texto foi retirado do artigo de DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit. p. 274



Importante precedente nesse sentido é o julgamento da Medida Cautelar no RE n. 376.852, rel. Min. Gilmar Mendes (Plenário, por maioria, DJ de 27.03.2003).

d) No julgamento do RE n.298.694, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 23.4.2004. decidiu-se, por maioria, admitir a possibilidade de o STF julgar o recurso extraordinário com base em fundamento diverso daquele enfrentado pelo tribunal recorrido. Trata-se de acórdão histórico, que merece leitura cuidadosa, principalmente os votos do relator, do Min. Carlos Ayres (sucinto e preciso) e do Min. Peluso, em que o STF alterou a antiga praxe, em que o recurso extraordinário somente era conhecido para ser provido (no caso, o recurso foi conhecido, mas não foi provido). A semelhança do que já acontece no julgamento das ações de controle de concentrado de constitucionalidade, a causa de pedir (no caso, a causa de pedir recursal) é aberta, permitindo que o STF decida a questão da constitucionalidade com base em outro fundamento, mesmo que não enfrentado pelo tribunal recorrido.

e) O § 3º do art. 475 do CPC dispensa o reexame necessário, quando a sentença se baseia em posicionamento tomado pelo Pleno do STF, a despeito de ter sido ou não sumulado. Neste caso, revela-se a importância que se pretende conferir aos precedentes do STF, mesmo àquelas oriundos de processos não – objetivos.

f) O STF tem admitido reclamação constitucional como mecanismo processual para garantir a obediência às decisões, definitivas ou liminares, proferidas em ADIN ou ADC. O § 3º do art. 103-A da CF/88, introduzido pela EC n.45/2004, permite, da mesma forma, o ajuizamento da reclamação constitucional para cassar a decisão judicial que contrariar “súmula” vinculante – editada, conforme visto, a partir de decisões tomadas em controle difuso de constitucionalidade.

g) O STF, no julgamento do RE 197.917/SP (publicado no DJU de 27.02.2004) interpretou a cláusula de proporcionalidade prevista no inciso IV do art. 29 da CF/88, que cuida da fixação do número de vereadores em cada município. O TSE, diante deste julgamento, conferindo-lhe eficácia *erga omnes* (note-se que se trata de um julgamento em recurso extraordinário, controle difuso, pois), editou a Resolução n. 21.702/2004, na qual adotou o posicionamento do STF. Essa resolução foi alvo de duas ações diretas de inconstitucionalidade (3.345 e 3.365, rel. Min. Celsp Mello), que foram rejeitadas, sob o argumento de que o TSE, ao expandir a interpretação constitucional definitiva dada pelo STF, “guardião da Constituição”, submeteu-se ao princípio da força normativa da Constituição. Aqui, mais uma vez, aparece o fenômeno ora comentado: uma decisão proferida pelo STF em controle difuso passa a ter eficácia *erga omnes*, tendo sido a causa da edição de uma Resolução do TSE (normal geral) sobre a matéria.

h) O STF decidiu admitir, “considerando a relevância da matéria, e, apontando a objetivação do processo constitucional também em sede de controle incidental, especialmente a realizada pela Lei 10.259/2001”, a sustentação oral de *amici curiae* (Confederação Brasileira dos Aposentados, Pensionistas e Idosos – COBAP e da União dos Ferroviários do Brasil) em julgamento de recurso extraordinário, ratificando, também, neste julgamento, a tendência de “objetivação” do controle difuso, tantas vezes mencionada neste ensaio.

i) O min. Gilmar Mendes, no julgamento do HC n.82.959, não obstante tenha considerado inconstitucional o § 1º do art. 27 da Lei Federal n.

8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), aplicou o art. 27 da Lei Federal n.9.868/1999 (Lei da ADI/ADC), para dar eficácia não retroativa (*ex nunc*) à sua decisão. Ou seja: aplicou-se ao *controle difuso* de constitucionalidade um instrumento do *controle concentrado*, que é a possibilidade de o STF determinar, no juízo de inconstitucionalidade, a eficácia da sua decisão, *ex nunc* ou *ex tunc*. Esse julgamento, que foi interrompido por pedido de vista da Min. Ellen Gracie, foi concluído em fevereiro de 2006, quando o *habeas corpus*, já sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foi definitivamente deferido, com decretação de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, do referido dispositivo, nos seguintes termos: “ O Tribunal, por unanimidade, explicitou que a declaração incidental de jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, uma vez que a decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão.

j) Tudo isso conduz a que se admita a ampliação do *cabimento da reclamação constitucional*, para abranger os casos de desobediência a decisões tomadas pelo *Pleno* do STF em *controle difuso de constitucionalidade*, independentemente da existência de enunciado sumular de eficácia vinculante. É certo, porém, que não há previsão expressa neste sentido (fala-se de reclamação por desrespeito a “súmula” vinculante e a decisão em ação de controle concentrado de constitucionalidade). Mas a nova feição que vem assumindo o *controle difuso* de constitucionalidade, quando feito pelo STF, permite que se faça essa interpretação extensiva, até mesmo como forma de evitar decisões contraditórias e acelerar o julgamento das demandas.

Recentemente, o STF começou o julgamento de uma reclamação, em que se pedia a cassação de decisão que não admitiu a progressão de regime prisional respeitado o posicionamento do STF consolidado no HC 82.959, julgado em fevereiro de 2006 (decisão proferida em controle difuso-incidental de constitucionalidade).

O Min. Gilmar Mendes, relator desta reclamação, votou pela procedência do pedido, fundamentando-se, exatamente, na mencionada transformação do papel do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Registre-se que o controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro. Registre-se que Gilmar Mendes é o grande arauto desta corrente e, como Ministro do STF, coerente com as suas lições, tratou de aplicá-la. O julgamento ainda não terminou, pois o Min. Eros Grau pediu vista. Mas a simples decisão do relator já é um marco, pois ratifica essa mudança paradigmática do controle de constitucionalidade brasileiro.<sup>155</sup>

Assim, a decisão tomada pelo plenário do STF, mesmo via controle difuso de constitucionalidade, possui natureza objetiva e é dotada de eficácia obrigatória.

---

<sup>155</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. Op. Cit. p. 274-279.

### **3.3 A vinculação da Administração Tributária Federal pela legislação infraconstitucional**

A eficácia vinculante da decisão, conforme visto no tópico pretérito, emerge da natureza da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no exercício da sua competência precípua de assegurar a força normativa da Constituição e irradia efeitos para os demais destinatários da norma abstrata construída na decisão.

Todavia, tal eficácia também pode ser estabelecida ou regulamentada por normas infraconstitucionais (desde que não afrontem o regime constitucional da matéria) sem que isso implique violação dos efeitos originários estabelecidos pelo diploma maior.

Portanto,

O efeito vinculante estatuído em lei tem, todavia, o seu alcance mitigado em relação àquele de base constitucional. O caráter legal impede a sua aplicação ao processo legislativo, pois o ato que daí resulta assume a mesma estatura normativa que o próprio efeito vinculante. Em outras palavras, a sua inobservância na elaboração de outra lei ou ato com força de lei implica, na prática, derrogação implícita do próprio efeito vinculante. (...) Já a impossibilidade desses em relação ao processo judicial e à administração pública não revela qualquer abrandamento, na medida em que é inerente ao exercício de tais funções a subordinação à lei.<sup>156</sup>

Pois bem, no âmbito da Administração Tributária Federal, a atribuição de eficácia vinculante às decisões do Supremo Tribunal Federal vem sendo construída também pela legislação infraconstitucional.

O primeiro dispositivo que tratou do tema foi o artigo 77 da Lei nº 9.430/96 que dispõe:

Art. 77. Fica o Poder Executivo autorizado a disciplinar as hipóteses em que a administração tributária federal, relativamente aos créditos tributários baseados em dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, possa:

- I - abster-se de constituí-los;
- II - retificar o seu valor ou declará-los extintos, de ofício, quando houverem sido constituídos anteriormente, ainda que inscritos em dívida ativa;
- III - formular desistência de ações de execução fiscal já ajuizadas, bem como deixar de interpor recursos de decisões judiciais.

---

<sup>156</sup> LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p.154.

O artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 2.346/97 que proveu a distinção entre as decisões proferidas em sede de controle concentrado e aquelas proferidas em controle difuso. No texto regulamentador, o Poder Executivo condicionou a eficácia obrigatória das decisões elaboradas em controle difuso à prévia edição de resolução do Senado Federal:

Art. 1º As decisões do Supremo Tribunal Federal que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional deverão ser uniformemente observadas pela Administração Pública Federal direta e indireta, obedecidos aos procedimentos estabelecidos neste Decreto.

§ 1º Transitada em julgado decisão do Supremo Tribunal Federal que declare a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, em ação direta, a decisão, dotada de eficácia ex tunc, produzirá efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional, salvo se o ato praticado com base na lei ou ato normativo inconstitucional não mais for suscetível de revisão administrativa ou judicial.

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se, igualmente, à lei ou ao ato normativo que tenha sua inconstitucionalidade proferida, incidentalmente, pelo Supremo Tribunal Federal, após a suspensão de sua execução pelo Senado Federal.

§ 3º O Presidente da República, mediante proposta de Ministro de Estado, dirigente de órgão integrante da Presidência da República ou do Advogado-Geral da União, poderá autorizar a extensão dos efeitos jurídicos de decisão proferida em caso concreto.

Porém, a restrição à eficácia vinculativa da decisão vinculativa da decisão proferida pelo plenário do STF foi afastada pelo art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, introduzido pela Lei nº 11.941/2009:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional **por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;**

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (grifos do autor)

Note-se que o dispositivo mencionado não faz distinção da eficácia vinculativa da decisão, seja em controle concentrado seja em controle difuso, exigindo-se, apenas, que a decisão seja proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Assim, com a vigência desta norma, o dispositivo do decreto que limitava a decisão plenária do STF em controle difuso foi revogado por legislação superveniente.

Aliás, o próprio regimento interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, exercendo função delegada pelo art. 37 do Decreto nº 70.235/72, nos seus artigos 62 e 62-A, confirma o entendimento retromencionado:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no **caput** não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por **decisão plenária definitiva** do Supremo Tribunal Federal; ou

(...)

Art. 62-A. **As decisões definitivas de mérito**, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, **deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARE**.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes. (grifos do autor).

Desse modo, percebe-se que, além das normas constitucionais e da jurisprudência construída pelo próprio STF, o Poder Legislativo, mediante legislação infraconstitucional, reconhece a eficácia obrigatória das decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal, independentemente do modelo de controle ou classe do processo julgado.

### 3.4 Síntese do capítulo

No Brasil, como em todo sistema de *civil Law*, ainda predomina a teoria declarativa, na qual os precedentes não emitem normas gerais e não possuem força obrigatória. Todavia, no tocante à jurisdição constitucional, percebe-se a superação da teoria declaratória principalmente após a Constituição Federal de 1988.

A força obrigatória do precedente pode ser dividida entre eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Por sua vez a eficácia vinculante não está limitada ao dispositivo da decisão, mas à norma abstrata extraída da *ratio decidendi*.

As decisões proferidas pelo plenário do Supremo Tribunal possuem eficácia obrigatória, apta a ensejar a subordinação aos demais órgãos, assumindo o papel de precedente obrigatório dentro do sistema brasileiro.

Ademais, esta eficácia constante das normas constitucionais e da jurisprudência construída pelo próprio STF, também é reconhecida pelo Poder Legislativo, mediante legislação infraconstitucional, que reconhece a eficácia obrigatória das decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal, independentemente do modelo de controle ou classe do processo julgado.

Com isso, conclui-se que, ao menos na seara tributária, as decisões tomadas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, independentemente do modelo de controle de constitucionalidade, possuem eficácia obrigatória e vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

## CAPÍTULO IV – COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O debate sobre o instituto da coisa julgada não é um privilégio da era moderna. Essa discussão remonta desde o direito romano<sup>157</sup> e vem sendo ventilada ao longo dos séculos por notáveis juristas.

Inicialmente, a coisa julgada era considerada como presunção absoluta da verdade. Tal formulação ganhou melhores contornos na doutrina de Robert Joseph Pothier e influenciou a legislação espanhola, italiana do século XVII e o próprio ordenamento francês da época. Essa teoria também influenciou o ordenamento brasileiro, por meio do “Regimento 737, no final do século XIX, que antecedeu o Código de Processo Civil de 1939”.<sup>158</sup>

Em contraposição a essa teoria, Savigny, a partir do século XIX, desenvolveu a concepção de que a coisa julgada seria uma ficção de verdade que protege as sentenças definitivas.<sup>159</sup> A referida teoria reflete, claramente, o conflito entre os princípios de justiça e segurança jurídica, presente até os dias atuais, notadamente sobre o tema da mitigação da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>160</sup>

Em oposição às teorias materialistas, iniciou-se na Alemanha, e mais adiante também ganhou grandes contornos na Itália, movimento com objetivo de contraditar a concepção materialista da coisa julgada, tratando a coisa julgada como instituto de direito processual. A partir dessa nova leitura, surgiram novas teorias sobre a coisa julgada, destacam-se as formulações de Konrad Hellwing, que serão abordadas mais adiante: a de Chiovenda e a de Carnelutti.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Cf. TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 197-228.

<sup>158</sup> SÁ, Renato Montans de. **Eficácia preclusiva da coisa julgada**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. p.142.

<sup>159</sup> MITIDIERO, Daniel. **Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. In: Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p.194.

<sup>160</sup> As teorias até então apresentadas são classificadas pela doutrina clássica como teorias materialistas da coisa julgada. Cf. ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal**. Tomo II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1963. pp. 129-178; ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Libro segundo: El procedimiento de sentencia. Traducción: Ángela Romera Vera. Buenos Aires. Editora Ediciones Jurídicas Europa-America. 1955. pp. 441-486.

<sup>161</sup> Cf. CARNELUTTI, Francesco. **Estudios de Derecho Procesal II**. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1952. pp. 345-388.

#### 4.1 Dimensão constitucional da coisa julgada<sup>162</sup> material

O instituto da coisa julgada é um importante instrumento para a concretização do “sobreprincípio da segurança jurídica”<sup>163</sup>, pois estabelece regime jurídico destinado à estabilização das decisões emanadas pelo Estado-juiz, isto é, o instituto “é um verdadeiro signo da tutela da confiança dos cidadãos nos atos estatais”.<sup>164</sup>

Dessa forma, “a coisa julgada, enquanto instituto jurídico, tutela o princípio da segurança em sua dimensão objetiva, deixando claro que as decisões judiciais são definitivas e imodificáveis”<sup>165</sup>. Noutra giro, a coisa julgada também funciona como mecanismo destinado à proteção da confiança aos jurisdicionados.

Conforme se depreende da leitura do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, a norma maior conferiu especial atenção ao instituto ao dispor que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Contudo, a literalidade do texto pode induzir o intérprete desatento ao entendimento de que a norma está voltada exclusivamente para o legislador, porém, cumpre, desde logo, advertir que não faria nenhum sentido o Constituinte conferir, aos Poderes Judiciário e Executivo, a faculdade de desrespeitar os atos albergados pela coisa julgada.

Ou seja, na disposição constitucional

(...) da garantia da coisa julgada está dito apenas que a *lei* não prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *dixit minus quam voluit*, tendo esta garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o *legislador* carece de poderes para dar uma nova disciplina a uma situação jurídica concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os *juízes* são proibidos de exercer jurisdição outra vez sobre o caso e as *partes* já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.<sup>166-167</sup>

<sup>162</sup> Sobre a acepção do vocábulo coisa julgada: ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992. pp. 189-195.

<sup>163</sup> Sobre o conceito de segurança jurídica como sobreprincípio do sistema jurídico vide: CARVALHO, Paulo de Barros. **O Sobreprincípio da Segurança Jurídica e a revogação de Normas Tributárias**. In: Crédito-Prêmio de IPI: estudos e pareceres III. Barueri, SP: Minha Editora, 2005. p 1-32.

<sup>164</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.67-68.

<sup>165</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Op. Cit. p.67.

<sup>166</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 244-245.

<sup>167</sup> No mesmo sentido manifestou-se o Ministro Marco Aurélio: “(...) Entendo que o teor do inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal revela, de forma abrangente, até que a retirada do mundo jurídico, a eficácia da coisa julgada, e não apenas em relação à lei; revela essa eficácia até que retirada do mundo jurídico – repito – do campo dos efeitos do mundo jurídico e quanto à atuação do Judiciário. (...)”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.718-2**. Relator. Min. Octavio Gallotti. DJ: 03/10/2003. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15/12/2010.



Todavia, dada a destinação específica da norma constitucional no tocante à irretroatividade, surgiu, a partir de casos paradigmáticos julgados pelos Tribunais Superiores, o debate doutrinário sobre o real alcance constitucional da coisa julgada. Sobre tal debate, formularam-se na doutrina teses a favor e contra a denominada “relativização da coisa julgada”, porém, em virtude dos estritos limites deste trabalho, não abordaremos o debate completo da questão.<sup>168</sup>

Não há como deixar de atribuir ao instituto da coisa julgada a sua dimensão constitucional de garantia individual, pois, como dito, constitui-se importante instrumento de atuação objetiva do sobreprincípio da segurança jurídica, promovendo a estabilização das relações jurídicas conflituosas. Logo, a afirmação de que a lei não poderá suprimir a coisa julgada, contida no texto constitucional, deve ser interpretada como corolário geral destinado tanto ao legislador como ao aplicador do direito, pois, o Constituinte, ainda que não explicitamente, confere a coisa julgada o *status* de garantia fundamental.<sup>169</sup>

Não obstante, a competência para a definição do regime jurídico do instituto foi destinada ao legislador ordinário. Com isso, a lei ordinária deverá regular toda matéria referente a condições, limites, meios de revisão e aos demais aspectos do regime jurídico da coisa julgada.

Aliás, não se pode confundir a opção política do Constituinte em entregar ao legislador infraconstitucional a tarefa de delimitar os contornos do instituto com a natureza infraconstitucional da coisa julgada, visto que, mesmo com amplos poderes para traçar os contornos do instituto, o legislador ordinário está condicionado à observância das limitações impostas pelas normas e princípios constitucionais, como por exemplo: impossibilidade da lei

---

<sup>168</sup> Sobre o tema. Cf. DANTAS, Ivo. **Teoria da inconstitucionalidade**. São Paulo: Ltr, 2007. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. 2 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Dogma da Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2003. MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Revista dialética de direito processual nº 22. São Paulo: Dialética. pp. 91-111. SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Coisa julgada relativa?** Revista dialética de direito processual nº 13. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 102-112. RAMOS, Andre Luiz Santa Cruz. **O conflito entre segurança e justiça na teoria do processo civil moderno e sua repercussão na doutrina da relativização da coisa julgada**. Revista dialética de direito processual nº 24. São Paulo: Dialética. 2005. pp. 09-21. LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. **Direito fundamental à coisa julgada civil: um estudo sobre a coisa julgada inconstitucional em confronto com o princípio da segurança jurídica e a sua aplicação nas mais atuais relevantes questões apreciadas pelo Poder Judiciário no âmbito do direito público brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2008.

<sup>169</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 50-51.

retroagir para prejudicar relação jurídica atingida já albergada pela coisa julgada; proibição da abolição da coisa julgada, ainda que por emenda constitucional, dado o *status* de garantia fundamental do instituto.<sup>170</sup>

Com relação à coisa julgada tributária, à conclusão similar chegou José Souto Maior Borges:

A Constituição Federal diz que a lei não retroagirá para alcançar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Que seja a coisa julgada é no entanto algo indeterminado no texto constitucional. A determinação do conteúdo, limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, dá-se na da legalidade integrativa da Constituição Federal, inauguramente pelo CTN, art. 156, X. A eficácia da coisa julgada é algo que cabe à lei integrativa material (CTN) e processual (CPC) fixar e delimitar. Em última análise, embora os direitos e garantias individuais tenham aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, § 1º), a efetividade da coisa julgada não pode ser extraída só da Constituição Federal: ela depende da legislação complementar e ordinária federal, porque é nesse plano infraconstitucional que se dá consistência normativa ao seu conteúdo e limites.

Consequência dessas ponderações: não passa de petição-de-princípio, dar como demonstrado o demonstrável, o ainda indemonstrado, ou seja, fundar exclusivamente na Constituição Federal a interdição de agravo à coisa julgada. O preceito constitucional é ponto de partida, não o ponto terminal da hermenêutica jurídica. Não diz o que é coisa julgada, nem o seu regime, efeitos e limites. É essa uma função que, à falta de determinação constitucional, incumbe à legalidade integrativa. Efeito da coisa julgada é eficácia – suscetibilidade à produção dos efeitos jurídicos – prevista em lei infraconstitucional (CTN, CPC etc.). Não podem esses efeitos ser extraídos diretamente da Constituição Federal.<sup>171</sup>

Tal entendimento vem sendo ratificado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. Cit. p.52-53.

<sup>171</sup> BORGES, José Souto Maior. **Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária**. In: Revista dos Tribunais: Cadernos Tributários nº 27, abril/junho 1999. p.173.

<sup>172</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 220.517**. Relator: Min. Celso Mello. DJ: 10/04/2001. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15/12/2010. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - POSTULADO CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA - ALEGAÇÃO DE OFENSA DIRETA - INOCORRÊNCIA - LIMITES OBJETIVOS - TEMA DE DIREITO PROCESSUAL - MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL - VIOLAÇÃO OBLÍQUA À CONSTITUIÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Se a discussão em torno da integridade da coisa julgada reclamar análise prévia e necessária dos requisitos legais, que, em nosso sistema jurídico, conformam o fenômeno processual da res judicata, revelar-se-á incabível o recurso extraordinário, eis que, em tal hipótese, a indagação em torno do que dispõe o art. 5º, XXXVI, da Constituição - por supor o exame, in concreto, dos limites subjetivos (CPC, art. 472) e/ou objetivos (CPC, arts. 468, 469, 470 e 474) da coisa julgada - traduzirá matéria revestida de caráter infraconstitucional, podendo configurar, quando muito, situação de conflito indireto com o texto da Carta Política, circunstância essa que torna inviável o acesso à via recursal extraordinária. Precedentes.

Assim, será “sempre possível a sua (re)modelação infra-constitucional – desde que limitada sua aplicação a pronunciamentos que não tenham transitado em julgado”<sup>173</sup>, bem como não viole garantias e princípios estabelecidos na Carta Magna.

#### 4.2 Eficácia, efeitos e conteúdo da sentença

A delimitação dos conceitos de ser o ponto de partida para que o cientista do direito possa atribuir juízo valorativo sobre determinado objeto de estudo, no caso da coisa julgada, seguindo essa orientação metodológica, entende-se ser fundamental a delimitação dos conceitos de eficácia, efeitos e conteúdo da sentença, especialmente sobre óptica da doutrina de Pontes de Miranda, Ovídio Baptista da Silva e José Carlos Barbosa Moreira.

A partir das idéias de Libman<sup>174</sup>, a doutrina passou a distinguir a eficácia da sentença da autoridade (= situação jurídica) gerada pela ocorrência da coisa julgada. Todavia, ao se examinar a questão da eficácia, efeitos e conteúdo da sentença, percebe-se um dissenso entre os juristas nacionais.

Para Pontes de Miranda, a eficácia da sentença “é a energia obrigatória da resolução judicial” e compreende, tanto os aspectos internos do processo, quanto a relação jurídica (existência ou inexistência), os fatos, objeto da lide, o “conteúdo da sentença como prestação estatal (declaração, constituição, condenação, mandamento e execução)” e os efeitos anexos ou reflexos da decisão.<sup>175</sup> Nesse sentido, a eficácia, subdivide-se em duas classes que não se confundem: força e efeito.

Força é elemento interno, que vislumbramos ao olhar dentro do pronunciamento judicial, medindo-lhe, por assim dizer, sua aptidão de dimanar efeitos de igual grandeza. Por outro lado, o efeito é elemento externo à sentença, posterior à implantação da força e, de conseguinte, depende dela.<sup>176</sup>

<sup>173</sup> TALAMINI, Eduardo. Op. Cit. p.52.

<sup>174</sup> Sobre tema, teceremos comentários mais adiante.

<sup>175</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil: Tomo V.** São Paulo. Editora Forense. 1974. p.122.

<sup>176</sup> MITIDIERO, Daniel. **Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva.** In: Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004. p.185.

Ovídio Baptista da Silva adota o conceito de eficácia como categoria que “faz parte do conteúdo da sentença, com virtualidade operativa capaz da produção de efeitos”<sup>177</sup> sendo elemento interno da sentença e surge concomitante a ela.<sup>178</sup> Ao passo que os efeitos, que se produzem tanto no mundo jurídico, quanto no mundo dos fatos, são atualizações das eficácias, posteriores e exteriores ao ato sentencial.<sup>179</sup>

Nesse sentido, “a eficácia faz parte do ser da sentença e, pois, não se confunde com os efeitos que ela seja capaz de produzir.”<sup>180</sup>

No tocante ao conteúdo da sentença, o professor gaúcho admite a possibilidade de que o “conteúdo da sentença seja formado não só pela declaração, ou por esta e pela modificação do mundo jurídico causada pela sentença constitutiva, mas, em certos casos, também por determinados efeitos que não sejam apenas o declaratório e o constitutivo”.<sup>181</sup>

Ou seja:

Estas fazem parte do conteúdo da sentença, assim como se diz que este ou aquele medicamento possui tais ou quais virtudes (ou eficácias) curativas. Evidentemente não se pode confundir a virtude curativa com o efeito produzido pelo medicamento sobre o organismo enfermo. A eficácia ainda não é o efeito do medicamento. Assim também numa ação de mandado de segurança, por exemplo, haverá sempre como componente do seu ‘conteúdo’, a refletir-se na sentença de procedência, o *verbo* correspondente à ordem para que se expeça do mandado; e num momento posterior, a expedição e o cumprimento do mandado. O efeito representado, no caso da sentença em mandado de segurança, pela efetiva expedição e cumprimento do mandado, é resultado que está fora do ‘conteúdo’ da sentença; e que poderá, até mesmo jamais se tornar efetivo, sem que o ato jurisdicional perca qualquer de suas eficácias.<sup>182</sup>

José Barbosa Moreira define o conteúdo como “algo que não pode faltar no ato, sob pena de comprometer-lhe a existência”<sup>183</sup>, ou seja, o conteúdo seria o elemento de existência do comando sentencial e de onde emanariam as potencialidades do ato. Ao passo

<sup>177</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: Ensaios. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979. p. 214

<sup>178</sup> MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 186.

<sup>179</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. p. 214.

<sup>180</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. V. 1. 5 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. p. 491.

<sup>181</sup> Idem. ibidem. p.489.

<sup>182</sup> Idem. **Sentença e coisa julgada**: Ensaios. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979. pp. 214-215.

<sup>183</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema**. In: Temas de Direito Processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 175.

que a eficácia consiste na qualidade, ou melhor dizendo, na potencialidade do ato para gerar efeitos no mundo dos fatos, v.g, a eficácia da sentença estava inclusa no ato jurídico.<sup>184</sup>

“O efeito é algo que necessariamente, por definição, fora daquilo que o produz, quer se trate de fato natural, quer de ato jurídico. Padece de contradição a idéia de um efeito “incluso” no ato jurídico. O que nele está incluso são os elementos de seu conteúdo”<sup>185</sup>

Podemos afirmar que esse foi o ponto de maior discordância entre os autores, sendo inclusive expressamente criticado por Ovídio Baptista da Silva:

Supomos que a doutrina sustentada por Barbosa Moreira, como as demais variantes dessa mesma concepção que contrapõe o ‘conteúdo’ da sentença a seus efeitos, esteja, de certa forma, mais ou menos comprometida com os pressupostos kantianos do normativismo moderno, em sua insistência para separar dois mundos – o das normas jurídicas e o mundo dos fatos – de modo que eles não se toquem, a ponto de ser possível ao ato jurisdicional por simples desejo do legislador, ou do jurista, manter imutável a relação jurídica modificada pela sentença. A sentença como norma seria imutável, seus efeitos sociais (de fato) seriam amplamente modificáveis.<sup>186</sup>

Expostos os conceitos abordados pela doutrina, trabalharemos com os conceitos de eficácia, força e efeitos, propostos por Pontes de Miranda. No sentido de que,

(...) a eficácia é a conjugação das energias constantes do julgado com os efeitos que, de regra, dimanam dessas forças. Internamente, cogita-se de força (conceito correlato ao de conteúdo para Barbosa Moreira e eficácia para Ovídio, como dantes esposado); externamente, efeito, sendo resultado desta soma a eficácia.<sup>187</sup>

### 4.3 Conceito

Estabelecer os contornos jurídicos e conceituais para o instituto da coisa julgada material sempre foi objeto de debate por parte da doutrina em diversos ordenamentos. Naturalmente, essas divergências também surgiram no ordenamento brasileiro, alimentando amplas discussões sobre o conceito de coisa julgada.

Para os fins do presente capítulo, examinaremos as mais relevantes teorias para, ao final, delimitarmos o conceito que será utilizado no presente estudo.

<sup>184</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. cit. p. 175-176.

<sup>185</sup> Idem. p.176

<sup>186</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: Ensaios. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979. p. 205.

<sup>187</sup> MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 187.

#### 4.3.1 Coisa julgada como eficácia da sentença

Originária do direito alemão, teve como um dos maiores adeptos Konrad Hellwig sendo posteriormente defendida por James Goldschmidt e por Leo Rosenberg<sup>188</sup>. No Brasil, essa teoria foi aceita por Pontes de Miranda<sup>189</sup>, com algumas ressalvas que veremos adiante; por Celso Neves e, atualmente, vem sendo defendida por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhard.

Hellwig partiu da distinção de duas classes de sentenças. A primeira, limitava-se a declarar determinada situação jurídica, a segunda classe, além de declarar a situação jurídica é dotada de carga modificativa, gerando novos efeitos. Neste contexto, ambas as classes são dotadas de efeito declaratório que vinculam as partes, porém, a modificação jurídica veiculada na segunda classe produz efeitos perante todos.<sup>190</sup>

Com isso, a indiscutibilidade da coisa julgada material reside no efeito declaratório da sentença, ou melhor dizendo, “é o efeito da sentença definitiva sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.”<sup>191</sup> De seu turno, Luiz Guilherme Marinoni:

Tem-se, então, que a coisa julgada material corresponde à imutabilidade da declaração judicial sobre o direito da parte que requer alguma prestação jurisdicional. Portanto, para que possa ocorrer a coisa julgada material, é necessário que a sentença seja capaz de declarar a existência ou não de um direito.<sup>192</sup>

---

<sup>188</sup> ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Libro segundo: El procedimiento de sentencia. Traducción: Ángela Romera Vera. Buenos Aires. Editora Ediciones Jurídicas Europa-América. 1955. p. 441-442. “La inimpugnabilidad es una *cualidad* de La resolución, que le corresponde sin consideración a su contenido; pero, al mismo tiempo, es presupuesto y punto de partida de uno de sus efectos, de la llamada cosa juzgada material (o interna). Significa ésta la *normatividad* de su contenido; es decir, de La afirmación de la existencia o inexistencia de la consecuencia jurídica pretendida por una de las partes y expresada por ella, para todo o procedimieen que se cuestione la misma consecuencia jurídica; por eso se le denomina también efecto declaratório.”

<sup>189</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *idem*. pp.122 e ss.

<sup>190</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e declaração**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977. p.81.

<sup>191</sup> NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. p.110.

<sup>192</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p.630.

#### 4.3.2. Coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença

Enrico Tullio Liebman, em oposição à teoria alemã da coisa julgada como eficácia da sentença, buscou estabelecer que:

(...) a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, o 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.<sup>193</sup>

Logo, “a eficácia da sentença deve, lógica e praticamente, distinguir-se da sua imutabilidade”<sup>194</sup>; para tanto não se pode confundir o efeito, já dotado de imperatividade, como a situação jurídica nova de indiscutibilidade que o qualifica.

Portanto

(...) a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como 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 mais 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.<sup>195</sup>

Para Pontes de Miranda, Liebman prestou notável contribuição ao distinguir efeitos e coisa julgada material, “mas logo caiu no exagero de teorizar a diferença entre eficácia e coisa julgada material”<sup>196</sup>, restringindo o conceito de eficácia. Porém, não se pode negar que a teoria de Liebman constitui o ponto de partida para o desenvolvimento do conceito de coisa julgada material no Brasil, inclusive sendo objeto de debate na formulação do código de processo civil de 1973.

Mais adiante, a concepção desenvolvida pelo mestre italiano, foi alvo de algumas críticas e reformulações por parte de notáveis processualistas, notadamente José Carlos Barbosa Moreira que, a partir das suas lições, desenvolveu conceito próprio que veremos a seguir.

<sup>193</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia da Sentença e autoridade da coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.p.40.

<sup>194</sup> Idem. p.51.

<sup>195</sup> Idem. p.54.

<sup>196</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.idem.p. 128.

#### 4.3.3 Coisa julgada como situação jurídica da força sentencial

Na década de 70, José Carlos Barbosa Moreira iniciou os seus estudos sobre o instituto da coisa julgada. Inicialmente, o autor teceu inúmeras críticas à festejada teoria desenvolvida por Liebman, sem contudo, ressaltar sua contribuição ao estudo da coisa julgada no direito processual brasileiro.<sup>197</sup>

Em seu conhecido ensaio (Ainda e sempre a coisa julgada), o autor carioca destaca a importância da separação entre coisa julgada e efeitos da decisão exposta por Liebman, mas aponta o equívoco cometido pelo mestre italiano ao identificar a coisa julgada como qualidade dos efeitos da sentença.<sup>198</sup>

Para Barbosa Moreira, imutável deve-se entender o conteúdo da sentença após a ocorrência da coisa julgada formal<sup>199</sup>, porém, essa imutabilidade não significa a cristalização da “situação jurídica concreta sobre qual verse o pronunciamento judicial”<sup>200</sup>, pois, a modificação da situação concreta em nada altera a força (= conteúdo) da norma sentencial. Assim, segundo as lições de Machado Guimarães, o autor assevera:

Não há confundir *res idicata* com *auctoritas rei iudicatae*. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem como o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas como a *situação jurídica* em que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência a subseqüentes tentativas de modificação do seu conteúdo. A expressão *auctoritas rei iudicatae*, e não *res iudicata*, portanto, é a que corresponde ao conceito de imutabilidade.<sup>201</sup>

Por outro lado, em contraponto à doutrina de Hellwig<sup>202</sup> e mais adiante às críticas tecidas por Ovídio Baptista da Silva<sup>203</sup>, o autor defende que a imutabilidade não atinge somente a força declaratória da sentença, mas todas as forças contidas no comando sentencial,

<sup>197</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada**. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971. p.137. “Quanto à teoria liebmaniana, em alguns pontos, sem sombra de dúvida, trouxe à teoria da coisa julgada contribuição que se pode ter por definitivamente adquirida. Assim a demonstração, ao nosso ver irrefutável, de que a *auctoritas rei iudicatae* se distingue quer do impropriamente chamado “efeito declaratório”, quer, *in genere*, da eficácia da decisão.”

<sup>198</sup> Idem. Ibidem. p.138

<sup>199</sup> Sobre o conceito de coisa julgada formal e sua relação com a coisa julgada material vide: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**: Tomo V. São Paulo. Editora Forense. 1974. p.122 e SS.

<sup>200</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit. p. 143.

<sup>201</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. Op. Cit. p. 146.

<sup>202</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e declaração**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

<sup>203</sup> Idem. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. In: Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.



para tanto, utiliza-se da distinção entre força (= conteúdo), correspondente ao plano normativo, e os efeitos, correspondentes ao plano fático.

Dessa forma, com base na teoria de Barbosa Moreira, podemos definir a coisa julgada material como uma situação jurídica de imutabilidade, gerada após o trânsito em julgado da sentença, que atinge a força da sentença. Atualmente, esse posicionamento é acompanhado pela maioria da doutrina nacional, especialmente por Fredie Didier Júnior<sup>204</sup> e Nelson Nery Júnior.

#### 4.3.4 Coisa julgada como qualidade da força declaratória da sentença

A presente teoria muitas vezes é confundida com os conceitos desenvolvidos pelo direito alemão, notadamente Hellwig. Todavia, é inegável que a teoria foi profundamente influenciada pelas ideias do mestre tedesco, mas com a dele não pode ser equiparada.

Pontes de Miranda, influenciado pelas lições de Hellwig, passou a estudar o instituto à luz do direito positivo brasileiro, na mesma época, ecoava na doutrina nacional a teoria de Liebman, a qual buscava a separação entre efeitos e qualidade dos efeitos. Não obstante a discordância do mestre alagoano com o autor italiano, nunca ignorou-se a importância da distinção entre efeitos da sentença e a coisa julgada propriamente dita.<sup>205</sup>

Contudo, somente a partir dos estudos de Ovídio Baptista da Silva, a teoria ganhou os contornos que agora se expõem, porém, para fins de uniformização dos conceitos delimitados acima, pedimos *vênia*, para utilizar a concepção de eficácia escolhida anteriormente, a qual está subdividida entre força e efeitos.

Para o professor gaúcho, assiste razão a Liebman ao fazer a distinção entre coisa julgada e efeito da sentença, isto é, a coisa julgada não pode ser equiparada aos efeitos produzidos pela sentença. Desta feita, a coisa julgada deve ser entendida como uma qualidade, “pela qual o efeito se manifesta, qual seja (...) a indiscutibilidade, como julgamos preferível dizer”.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli*. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. p. 415.

<sup>205</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *idem*. p. 128 e ss.

<sup>206</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. V. 1. 5 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. p. 486.

No entanto, com relação ao que será atingido pela autoridade da coisa julgada, o autor colide frontalmente com a doutrina de Barbosa Moreira; a divergência, inclusive, gerou trabalhos específicos<sup>207</sup>. Ovídio, seguindo suas premissas sobre eficácia, conteúdo e efeitos da sentença (item 5.2), entende que os efeitos das sentenças podem ser modificados por vontade das partes, mas o que interessa à coisa julgada é proteger a declaração judicial da incidência de determinada norma jurídica ao caso concreto e, por conseguinte, deverá ser aplicada, ou seja, essa declaração é a força da sentença que deverá ser albergada pela indiscutibilidade.<sup>208</sup>

Mesmo que o comando judicial seja predominantemente condenatório, constitutivo, mandamental ou executivo, a indiscutibilidade atingirá, mesmo que em parcela mínima, a força declaratória contida na sentença.

Do exposto, para fins desse trabalho, adere-se à corrente capitaneada pelo professor gaúcho, mas, sem prejuízo do conteúdo central e, tão-somente por questões terminológicas adotadas anteriormente, conceitua-se a coisa julgada como “(...) uma qualidade da força declaratória, incrustada na sentença de mérito, destinada a produzir a indiscutibilidade desta certificação judicial.”<sup>209</sup>

#### 4.4 Limites da coisa julgada material

Optamos, no presente trabalho, por trabalhar com a seguinte divisão dos limites da coisa julgada: a) espacial; b) temporal; c) objetivo ou quanto ao objeto e; d) subjetivo.<sup>210</sup>

##### 4.4.1 Limite espacial

A limitação espacial tem a ver com a amplitude da eficácia da decisão do órgão jurisdicional, ou melhor, do Poder Judiciário (na atividade judicante) em determinado Estado nacional. Desse modo, *a priori*, a coisa julgada material possui limitação dentro do espaço territorial do país prolator da decisão.

<sup>207</sup> Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema**. In: Temas de Direito Processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.; SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: Ensaio. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979.pp.200-221.

<sup>208</sup> MITIDIERO, Daniel. Op. Cit. p. 200.

<sup>209</sup> Idem. Ibidem. p.201.

<sup>210</sup> Essa classificação também é adotada por Pontes de Miranda. Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.idem.p. 157-161.

Contudo, em função da crescente interrelação entre os Estados nacionais, podem-se identificar casos de conflitos de jurisdição. No Brasil, esses casos são regulados pela denominada competência internacional<sup>211</sup>. Primeiramente, não se pode confundir a competência internacional, como as demais hipóteses de delimitação interna dos órgãos jurisdicionais.

A competência internacional visa, portanto, a delimitar o espaço em que deve haver jurisdição, na medida em que o Estado possa fazer cumprir soberanamente as suas sentenças. *É o chamado princípio da efetividade*, que orienta a distribuição da competência internacional, segundo o qual o Estado deve abster-se de julgar se a sentença não tem como ser reconhecida onde deve exclusivamente produzir efeitos. Além disso, não seria conveniente ocupar os órgãos jurisdicionais como questões que não se liguem a seu ordenamento jurídico.

(...)

Para que não houvesse conflitos entre os Estados, no caso de uma jurisdição ilimitada, que não reconhecesse outras decisões, ou sendo indiferente às nacionalidades, fez-se necessário estipular uma espécie de limitação espacial da jurisdição. Quando se fala em competência internacional, cogita-se das hipóteses em que a jurisdição estatal pode ou não atuar.<sup>212</sup>

Logo, o limite espacial da coisa julgada está diretamente ligado ao limite da atuação da jurisdição brasileira.

#### 4.4.2. Limite temporal

A norma individual e concreta veiculada na sentença deverá estar conformada com a sua atuação temporal ou espaço temporal entre a incidência da norma geral e a sua criação, ou seja, o comando sentencial deve estabelecer o tempo e em que circunstâncias o comando sentencial produzirá os seus efeitos. Esta é a regra geral.

Contudo, esse tema possui fundamental relevância quando se estuda a autoridade da coisa julgada nas chamadas relações continuativas, pois, especialmente, neste caso, os efeitos temporais da sentença também são projetados para o futuro e a sentença continuará a produzir a sua eficácia nas relações subsequentes.

Mas, dada a particularidade da situação, o próprio sistema de direito positivo busca a ponderação entre a estabilidade das relações e a justiça das decisões, impedindo que

<sup>211</sup> No ordenamento jurídico interno, a competência está prevista no artigo 12 da Lei de introdução ao Código Civil e nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil.

<sup>212</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010. pp. 134/135.

determinadas sentenças se eternizem ao arripio do arcabouço jurídico posterior. Nesse diapasão, o Código de Processo Civil adotou a cláusula de modificabilidade das sentenças proferidas para as relações continuativas, podendo sua eficácia futura ser sustada por situações previstas no ordenamento jurídico<sup>213</sup>. Além do mais, esse tema será objeto de ampla discussão no capítulo seguinte.

Portanto, via de regra, o limite temporal da coisa julgada material deve constar da sentença, entretanto, no caso de relação contínua, admite-se a projeção da eficácia da sentença para o futuro, desde que o sistema estabeleça a regra da modificabilidade, evitando-se que a eficácia da sentença se produza eternamente, a despeito dos novos regramentos da ordem social.

#### 4.4.3 Limite objetivo

Viu-se, anteriormente, que a coisa julgada material corresponde à qualidade de indiscutibilidade que se agrega à força declaratória contida na sentença.

Contudo, neste momento, é indispensável estabelecer o que fica exatamente abrangido pela coisa julgada. Partindo da premissa de que o instituto alberga a declaração contida na decisão, conclui-se que a parte da decisão que certificar a norma abstrata ao caso concreto será atingida pela coisa julgada, qual seja: o dispositivo (ou parte do mesmo) da sentença. Aliás, essa é a dicção do artigo 469 do Código de Processo Civil.<sup>214</sup>

Ovídio Baptista da Silva, com escopo de eliminar as incorreções interpretativas a respeito do dispositivo, prestou notável contribuição à limitação objetiva da coisa julgada, pois, sem deixar de reconhecer no dispositivo da sentença a força que será albergada pela situação de indiscutibilidade, proferiu alerta no sentido de que o dispositivo deverá ser interpretado (dimensionado) a partir da análise dos motivos construídos na decisão.<sup>215</sup>

<sup>213</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *idem*. p. 192.

<sup>214</sup> **Art. 469.** 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; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

<sup>215</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada: Ensaio**. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979. pp. 132-169. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

Isto é,

(...) Se é correto dizer que os motivos ainda que importantes não fazem coisa julgada (art. 469), não é menos certo afirmar-se que o dispositivo se há de entender e *dimensionar* em razão desses motivos, tanto que o legislador os considera importantes *para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença.*<sup>216</sup>

Assim, “a imutabilidade, ínsita a coisa julgada, somente atinge a parte dispositiva, na qual se estabeleceu a lei ao caso concreto. Todo o restante, ou seja, a fundamentação e o relatório [apesar da sua importância para o dimensionamento do dispositivo], não restam imutáveis.”<sup>217</sup>

#### 4.4.4 Limite subjetivo

Estabelecidos os limites sobre espaço, tempo e o objeto da coisa julgada, é chegada a hora de traçar quais os sujeitos estarão submetidos a sua autoridade. Nesse sentido, a coisa julgada opera-se *inter partes*, não podendo prejudicar terceiros. Esse, inclusive, é o comando do artigo 472 do Código de Processo Civil.<sup>218</sup>

O fenômeno jurídico-processual que nunca atinge os terceiros é a imutabilidade do que foi declarado pelo juiz, no sentido de que nem as partes podem, validamente, dispor de modo diverso transacionando sobre o sentido da declaração contida na sentença, e nem os juízes dos futuros processos poderão modificar ou, sequer, reapreciar essa declaração.<sup>219</sup>

Todavia, não se podem confundir os limites subjetivos da coisa julgada (campo de indiscutibilidade dos sujeitos da relação) com a possibilidade de a sentença produzir efeitos naturais para todos. Os efeitos naturais da sentença podem atingir a todos, como consequência pragmática da imperatividade do comando judicial. Desta feita, caso os efeitos da sentenças

<sup>216</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: Ensaios. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979. pp. 132-169. Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977, p.169.

<sup>217</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.p. 641.

<sup>218</sup> **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.

<sup>219</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. Op. Cit. pp.114-115

agridam a esfera jurídica de terceiros, estes poderão buscar a tutela jurisdicional adequada com objetivo de desconstituir tais efeitos.<sup>220</sup>

Em conclusão, observa-se que somente as partes precisam da coisa julgada. Não fosse a coisa julgada, em função da legitimidade que ostentam para discutir a sentença, poderiam debater o conflito de interesses ao infinito. Para esses sujeitos, sim, a coisa julgada resulta em utilidade, pondo fim, em determinado momento, à controvérsia, e tornando definitiva a solução judicial oferecida. Por isso, somente as partes é que ficam vinculadas pela coisa julgada. Embora terceiros possam sofrer *efeitos da sentença* de procedência, é certo que a autoridade da coisa julgada não os atinge.<sup>221</sup>

#### 4.5 Coisa julgada nas relações jurídicas tributárias continuativas

A relação jurídica tributária, do ponto de vista temporal, pode ser classificada como: a) instantânea ou estática: são aquelas em que o fato jurídico é autônomo e todos os elementos da relação são referentes a um mesmo marco temporal ou; b) continuativas: onde o fato jurídico tributário não é autônomo, pois, mesmo que obrigação tributária seja extinta a cada exercício ou período de apuração, tal obrigação será renovada para os períodos subsequentes enquanto a mesma situação perdurar. Aliás, nos casos de tributos não-cumulativos, as relações tributárias posteriores dependerão dos valores ou fatos estabelecidos anteriormente, funcionando como verdadeira cadeia de fatos jurídicos.<sup>222</sup>

A relação jurídica *continuativa* é peculiar aos tributos relacionados com ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura. Por isso mesmo os contribuintes, sujeitos passivos dessa relação, inscrevem-se em cadastro específico, que se faz necessário precisamente em virtude da continuidade dos acontecimentos relevantes do ponto de vista tributário. Na relação jurídica *continuativa*, ou *continuada*, muita vez até a determinação do valor a ser pago pelo contribuinte depende não apenas de um fato tributável, mas do encadeamento dos fatos que a integram, como acontece no Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), e no Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), tributos ditos *não cumulativos*.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> Em razão dos limites deste trabalho, não faremos a distinção entre efeitos diretos e reflexos da sentença. Sobre o tema consultar: SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: Ensaios. 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979. pp. 132-169.

<sup>221</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit. p.640.

<sup>222</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 3.ed. São Paulo: Dialética, 1998.p.168-169.

<sup>223</sup> MACHADO, Hugo de Brito. Idem. p.169.

Nesse contexto, podem-se conceituar as relações continuativas ou continuadas como

(...) aquelas situações nas quais a mesma comunicação normativa disciplina sucessivos fatos de um mesmo teor, que passam a ser regidos de acordo com a expectativa estabilizada na decisão (chamada nesses casos de “determinativa”). Em outros termos, trata-se de diferentes e sucessivos fatos sociais, que se subsumem numa mesma hipótese de incidência, possibilitando inúmeras aplicações da mesma norma geral e abstrata, com produção de tantas outras normas individuais e concretas. Assim, a relação jurídica continuativa pode ser explicada como a incidência sucessiva da mesma norma jurídica e da sua conseqüente aplicação reiterada, envolvendo sempre os mesmos sujeitos ativos e passivos.<sup>224</sup>

Em face da natureza dessas relações de direito material, a legislação processual possibilitou a formulação de pedidos ligados a prestações futuras<sup>225</sup>, fazendo com que o comando sentencial projete eficácia para o futuro. Nesses casos, “a sentença contém, explícita ou implicitamente, em virtude do art. 471, I, a cláusula de modificabilidade”<sup>226</sup>, ou seja, a decisão será albergada pela coisa julgada material, mas a indiscutibilidade da coisa julgada protege a força declaratória da sentença “apenas enquanto as circunstâncias (fáticas e jurídicas) da causa permanecem as mesmas, inseridas que estão na causa de pedir da ação.”<sup>227</sup> É o que dispõe o inciso I do artigo 471 do Código de Processo Civil:

Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, 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.

<sup>224</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004. p.140-141.

<sup>225</sup> Código de Processo Civil: “Art. 290. Quando a obrigação consistir em prestações periódicas, considerar-se-ão elas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor; se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las, a sentença as incluirá na condenação, enquanto durar a obrigação.”

<sup>226</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *idem*. p. 192.

<sup>227</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.139.

Para Humberto Theodoro Júnior:

(...). O que se modifica, na espécie, não é a sentença, mas a relação jurídica material sobre a qual a força da sentença tem de atuar. Cabe, portanto, a ação de revisão, não porque a sentença se apresenta despida da autoridade da coisa julgada, mas, sim, porque sendo nova a questão em torno da alteração, de fato e de direito, a que se submeteu a relação continuativa, não se acha dita questão dentro daquelas decididas no julgado anterior. Pode a parte suscitar-la e pode o juiz apreciá-la, porque disso não decorre ofensa alguma à intangibilidade do que antes se estatuiu acerca da relação jurídica material nos termos em que se achava ao tempo da primeira sentença.<sup>228</sup>

Traçados os conceitos iniciais sobre a relação continuativa tributária e seu regime jurídico processual, é de bom alvitre advertir que nem toda relação jurídica tributária continuativa projetará efeitos futuros dentro de uma relação processual. A eficácia futura da sentença dependerá da natureza da demanda posta em juízo, examinada de acordo com a causa de pedir e o pedido deduzido no processo.

O fundamento da decisão, apesar de importante para determinação do conteúdo da decisão (vide item 4.4.3), não produz coisa julgada, de modo que nem sempre a relação continuativa material terá eficácia processual futura, isto é, a relação tributária pode ser materialmente continuativa, mas o debate trazido no processo judicial está limitado a determinado ou determinados fatos jurídicos. O exemplo mais comum é o caso em que o contribuinte ingressa com ação anulatória com escopo de desconstituir determinado lançamento de ICMS ou IRPJ, fundamentado na inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo. Caso a ação seja julgada procedente, nada obstante a fundamentação conter o juízo sobre a constitucionalidade da norma instituidora do tributo, o dispositivo estará restrito aos fatos jurídicos tributários contidos no pedido.

De outro modo, a relação jurídica tributária continuativa poderá ser deduzida em juízo sob a égide de ações com carga declaratória relevante, como no caso da ação em que se pleiteia a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica tributária e nas ações mandamentais preventivas. No caso específico dessas ações, igualmente, os motivos da decisão não integrarão o conteúdo da sentença, mas o exame da constitucionalidade da norma que instituiu determinado tributo poderá resultar na declaração de existência ou inexistência de relação jurídica tributária entre o contribuinte e o sujeito ativo. Tal comando judicial, além de produzir eficácia para os fatos pretéritos, projetará efeitos para o futuro.

---

<sup>228</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Coisa julgada. Mandado de Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição social. Súmula nº 239 do STF**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et AL* (coord.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005. p.175.



Aliás, a ausência desta necessária distinção ocasionou inúmeras controvérsias no âmbito dos Tribunais Superiores, culminado com a edição do enunciado nº 239 da súmula do Supremo Tribunal Federal, que passaremos a analisar no item seguinte.

#### *4.5.1 Enunciado nº 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal*

A discussão sobre a eficácia da decisão proferida dentro do âmbito de uma relação tributária continuativa surgiu no Supremo Tribunal Federal a partir de um caso envolvendo imposto sobre a renda do período de 1927.

Entrementes, somente com o julgamento do agravo de petição nº 11.227, da relatoria do Ministro Castro Nunes, a discussão ganhou novos contornos que posteriormente foram ratificados pelo enunciado da súmula do tribunal. O precedente foi firmado em uma ação de execução fiscal para cobrança do imposto sobre a renda referente ao exercício de 1936. Em sua defesa, a empresa executada argumentou que já havia sido executada anteriormente em relação ao ano-calendário de 1934 e, naquele processo, logrou êxito para afastar a cobrança do imposto pelo mesmo motivo da discussão atual. Logo, na visão da executada, seria incabível uma nova execução para cobrar tributos de exercícios subsequentes, pois, o fundamento da ação anterior fez coisa julgada e deve ser respeitado pela Fazenda Nacional.<sup>229</sup>

Diante do caso, o plenário do Supremo Tribunal Federal, proferiu decisão no seguinte sentido:

Ementa: Executivo fiscal - Impôsto de renda sobre juros de apólices - Coisa julgada em matéria fiscal. É admissível em executivo fiscal a defesa fundada em “coisa julgado” para ser apreciada pela sentença final. Não alcança os efeitos da coisa julgada em matéria fiscal, o pronunciamento judicial sobre nulidade do lançamento do impôsto ou da sua prescrição referente a um determinado exercício, que não obsta-o procedimento fiscal nos exercícios subsequentes.<sup>230</sup>

Em 13 de dezembro de 1963, o plenário da Suprema Corte brasileira aprovou o enunciado nº 239 com a seguinte redação: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”<sup>231</sup>

---

<sup>229</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo de Petição nº 11.227**. Relator. Min. Castro Nunes. DJ: 10/02/1945. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

<sup>230</sup> Idem.

<sup>231</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Enunciado nº 239 da Súmula**. DJ: 13/12/1963. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

A solução jurídica dada no agravo de petição nº 11.227 é idêntica ao que defendemos no tópico anterior. Repita-se: existem relações jurídicas tributárias de natureza continuativa que, quando deduzidas em juízo, assumem a feição de relações estáticas em função da delimitação estabelecida no pedido da ação. No precedente citado, a relação material, sem dúvida, era de natureza continuativa, visto que a incidência do imposto sobre a renda se repetia para os períodos subsequentes, mas os contornos delimitados no processo continham a feição estática, já que se tratava de execução fiscal para cobrança do imposto sobre a renda de determinado exercício e, na defesa, apenas se buscou o cancelamento da cobrança.

Por isso, não seria cabível que os motivos da decisão anterior atingissem os demais períodos. Frise-se que, com a edição do código de processo civil de 1973, a solução foi positivada no artigo 469<sup>232</sup>.

Entretanto, o entendimento do Supremo manifestado na súmula, por muitos anos, foi objeto de equivocada interpretação por parte dos Tribunais Superiores, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça que ampliou a hipótese de aplicação da súmula para as demais demandas envolvendo relação jurídica tributária, inclusive, aquelas em que a sentença declara a existência ou inexistência da relação jurídica tributária.<sup>233</sup> Tal entendimento é fruto do desuso de postulado importante da teoria do precedente: a *ratio decidendi* de um precedente deve ser aplicada para os litígios com os mesmos ou semelhantes contornos fáticos. A má aplicação do enunciado nº 239 do STF gerou diversos problemas para os jurisdicionados, pois, diversas sentenças, nas quais a relação jurídica de direito material era de natureza continuativa e o pedido da ação projetava a sua eficácia para o futuro, tiveram a sua eficácia sustada indevidamente com fundamento na orientação construída pela súmula.

Aliás, salienta-se que, desde 14 de agosto de 1981, o Supremo Tribunal Federal limitava o alcance daquele verbete para os exatos termos fáticos para que fora construído, isto é, a súmula somente se aplica quando a ação, apesar de tratar de direito material com eficácia continuativa, se refira apenas a determinado período de apuração ou lançamento. No voto proferido no recurso extraordinário nº 93.048, o Ministro Rafael Mayer criou a distinção entre

---

<sup>232</sup> Art. 469 - 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; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

<sup>233</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 599.764**. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 01/07/2004. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 686.058**. Relator Min. Teori Zavascki. DJ: 16/11/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

o plano do direito tributário formal (onde é aplicável o enunciado nº 293) e o plano do direito tributário material. Para o Ministro:

Esse verbete se situa no plano do direito tributário formal, pois realmente o lançamento de um tributo originante de um crédito exigível num determinado exercício financeiro, não se poderia transpor a condições do débito de um próximo exercício. São novos elementos que igualmente inovam o procedimento tendente à verificação da razão factual da existência da dívida e de seu montante.

Mas se a decisão se coloca no plano da relação de direito tributário material para dizer inexistente a pretensão fiscal do sujeito ativo, por inexistência de fonte legal da relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, então não é possível renovar a cada exercício o lançamento e a cobrança do tributo, pois não há precedentes de vinculação substancial.<sup>234</sup>

Somente a partir de 2006, o Superior Tribunal de Justiça modificou a sua jurisprudência para atribuir a necessária delimitação dos casos em que o enunciado pode ser aplicado, conforme se vê no aresto a seguir:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. COISA JULGADA. SÚMULA Nº 239/STJ.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, "se a decisão atacar o tributo em seu aspecto material da hipótese de incidência, não há como exigir o seu pagamento sem ofender a coisa julgada, ainda que para exercícios posteriores e com fundamento em lei diversa que tenha alterado somente aspectos quantitativos da hipótese de incidência." (AgRgREsp nº 839.049/MG, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, in DJe 27/5/2009). 2. Agravo regimental improvido.<sup>235</sup>

Portanto, o enunciado nº 239 do STF se aplica exclusivamente nos casos em que o pedido deduzido no processo se refira a determinado ou determinados períodos de apuração. Em contrapartida, para que o comando sentencial projete a sua eficácia para o futuro, deve-se conjugar uma relação material de natureza continuativa com relação processual que contenha pedidos que alcance fatos futuros, como o pedido de existência ou inexistência de relação jurídica tributária.

<sup>234</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 93.048**. Relator Min. Rafael Mayer. DJ: 14/08/1981. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

<sup>235</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.185.360**. Relator Min. Hamilton Carvalhido. DJ: 02/12/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011. No mesmo sentido: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.194.372**. Relator Min. Hamilton Carvalhido. DJ: 16/12/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 731.250**. Relator Min. Eliana Calmon. DJ: 30/04/2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

#### 4.5.2 Ação de modificação

Como visto anteriormente, a eficácia temporal da sentença que regula a relação jurídica tributária de natureza continuativa pode ser limitada ou sustada em função da superveniente alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas que nortearam a lide. No direito positivo brasileiro, esta situação está prevista no inciso I do artigo 471 do Código de Processo Civil.

Todavia, não há consenso, entre os aplicadores do direito, sobre de que forma a eficácia da sentença será limitada ou sustada. No direito civil, a doutrina atribuiu a ação que busca reformular a eficácia futura de uma sentença de alimentos a denominação de revisional. No direito tributário, o tema, talvez em virtude de outras divergências a respeito à coisa julgada tributária, não despertou maiores debates na doutrina.

Essa ausência de posições doutrinárias consolidadas vem despertando o surgimento de posicionamentos jurisprudenciais controvertidos no Poder Judiciário e no próprio âmbito da Administração Pública Federal. Há posicionamentos que aceitam que a ação (ou pelo menos o pedido) de modificação ocorra nos próprios autos da ação anterior.<sup>236</sup> Outros, mais radicais, defendem que a alteração superveniente, por si só, possui o condão de sustar ou limitar os efeitos futuros da decisão.<sup>237</sup> Contudo, o que vem prevalecendo no âmbito dos tribunais, é a necessidade de ajuizamento de ação autônoma para que o Poder Judiciário possa aferir se há ou não causa superveniente que justifique a sustação da eficácia futura da sentença, isto é, a ação material de modificação surge desde a ocorrência do fato modificador, mas a sustação só terá eficácia plena após a certificação dada pelo Poder Judiciário. Isto é:

A lei processual não fulmina automaticamente a validade da decisão transitada em julgado nem admite que os órgãos do sistema o façam de ofício, como pretendem os defensores da “relativização da coisa julgada”. Em qualquer caso, será sempre no âmbito de um novo procedimento que se verificará a efetiva ocorrência da alteração fático-jurídica, constituindo-se essa outra verdade formal que irá embasar uma nova decisão sobre a matéria.<sup>238</sup>

<sup>236</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 651.260**. Relator Min. Gilson Dipp. DJ: 29/05/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011. “O art. 471, inciso I do Código de Processo Civil permite o rejuizamento da lide nos mesmos autos, se se tratar de relação jurídica continuada - como na hipótese dos autores - e houver sido modificado o estado de direito - no caso, a liminar na ADIN nº 1.434 proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em face do novo regime jurídico instituído pela Constituição Paulista.”

<sup>237</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 108- 09512**. Relator Cândido Rodrigues Neuber. Sessão: 08/11/2007. Disponível em: [www.carf.fazenda.gov.br](http://www.carf.fazenda.gov.br). Acesso em: 08/01/2011.

<sup>238</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004. p.238.

Pontes de Miranda elaborou consistente estudo sobre o tema<sup>239</sup>, no qual identifica, na doutrina estrangeira, várias posições quanto à natureza desta ação, aqui destacamos: a) limitação da eficácia executiva do primeiro julgado; b) espécie impugnativa de ação transitada em julgado (espécie de ação rescisória), todas, segundo o autor, equivocadas e inaplicáveis para nosso sistema jurídico.<sup>240</sup>

O jurista alagoano ensina que a ação de modificação não possui o escopo de atacar a decisão proferida anteriormente, pois não se busca atacar a existência ou validade do comando judicial anterior, mas tão-somente “à interpretação, ou versão, da sua eficácia. Houve modificação essencial e imprevista das circunstâncias que formaram os pressupostos para a condenação quanto ao futuro, a determinação do importe no futuro e a duração da prestação no futuro.”<sup>241</sup>

Com isso, a ação de modificação assume a feição mandamental contra a eficácia futura da sentença, não podendo ser confundida com a ação rescisória de caráter constitutivo. Incorreto, igualmente, é a atribuição de caráter revisional à referida ação.

Quanto à eficácia, diferentemente da ação rescisória que possui eficácia *ex tunc* ou retrospectiva, a ação de modificação possui eficácia *ex nunc* ou prospectiva e somente atinge os fatos ocorridos após a modificação.<sup>242</sup>

No direito tributário, o debate se torna mais complexo, haja vista que, para o sujeito ativo exercer o seu direito de cobrar o cumprimento da obrigação tributária, se faz necessária a constituição do crédito tributário (= pretensão a cobrança) mediante lançamento tributário.

Porém, a decisão judicial transitada em julgado, também possui o efeito de extinguir o crédito tributário, nos termos do inciso X do artigo 150 do Código Tributário Nacional, motivo pelo qual, enquanto não afastada a eficácia da sentença, o Fisco estará impedido de promover a cobrança do crédito.

Entende-se que, desde a ocorrência fática ou jurídica da modificação, a eficácia futura da sentença foi abalada, entretanto, apenas com a certificação judicial da ocorrência da modificação o Fisco estará autorizado a realizar a cobrança do crédito tributário. Saliente-se

---

<sup>239</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**: Tomo V. São Paulo. Editora Forense. 1974. p.194-202.

<sup>240</sup> Idem. p.195-196.

<sup>241</sup> Idem. p.199.

<sup>242</sup> Idem. p.200-201.

que antes da cobrança o sujeito ativo deve efetuar o lançamento dos créditos, ao menos os que estejam atingidos pelo instituto da decadência.

Não procede a alegação de que a espera no desfecho do processo judicial faz com que o crédito tributário pereça pelo decurso do tempo, visto que, logo após a ocorrência do fato modificador, pode o Fisco promover o lançamento com escopo de prevenir a decadência, nos termos do artigo 63 da Lei nº 9.430 de 1996.

Destarte, enquanto a suspensão ou modificação da eficácia futura da sentença não for certificada pelo Poder Judiciário, o Fisco estará autorizado a lançar o crédito tributário para prevenir a decadência, mas não poderá promover a cobrança do mesmo.

Um ponto que merece destaque é o momento da incidência da multa de ofício sobre os créditos tributários cobrados em virtude da ação de modificação. Em regra, o contribuinte possui 30 dias a partir da data de publicação da decisão para promover o recolhimento do tributo que a decisão judicial considerar devido.<sup>243</sup>

Assim, na ausência de regra específica, aplica-se à ação de modificação a mesma sistemática descrita na regra geral, sendo devida a multa de ofício somente após 30 dias da publicação da decisão que certificar a existência de circunstância que alterou os liames da ação transitada em julgado. Doutro modo, caso a alteração resulte na extinção de tributos recolhidos anteriormente por força da decisão judicial, os pagamentos efetuados serão considerados indevidos e restituídos ao contribuinte no limite do prazo prescricional.

#### 4.6 Síntese do Capítulo

O instituto da coisa julgada possui dimensão constitucional de garantia individual, pois, constitui importante instrumento de atuação objetiva do sobreprincípio da segurança jurídica, promovendo a estabilização das relações jurídicas conflituosas. Logo, a afirmação de que a lei não poderá suprimir a coisa julgada, contida no texto constitucional, deve ser interpretada como corolário geral destinado tanto ao legislador como ao aplicador do direito, pois o Constituinte, ainda que não explicitamente, confere à coisa julgada o *status* de garantia fundamental.<sup>244</sup>

---

<sup>243</sup> **Lei nº 9.430/1996. Art. 63:** “§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.”

<sup>244</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. pp. 50-51.

Não obstante, a competência para a definição do regime jurídico do instituto foi destinada ao legislador ordinário. Com isso, a lei ordinária deverá regular toda matéria referente a condições, limites, meios de revisão e aos demais aspectos do regime jurídico da coisa julgada.

Conceitua-se a coisa julgada como “(...) uma qualidade da força declaratória, incrustada na sentença de mérito, destinada a produzir a indiscutibilidade desta certificação judicial.”<sup>245</sup>

Em regra, o limite temporal da coisa julgada material deve constar da sentença; entretanto, no caso de relação contínua, admite-se a projeção da eficácia da sentença para o futuro, desde que o sistema estabeleça a regra da modificabilidade, evitando-se que a eficácia da sentença se produza eternamente, a despeito dos novos regramentos da ordem social.

Contudo, nem toda relação jurídica tributária continuativa projetará efeitos futuros dentro de uma relação processual. A eficácia futura da sentença dependerá da natureza da demanda posta em juízo, examinada de acordo com a causa de pedir e o pedido deduzido no processo.

O fundamento da decisão, apesar de importante para determinação do conteúdo da decisão (vide item 4.4.3), não produz coisa julgada, de modo que nem sempre a relação continuativa material terá eficácia processual futura, isto é, a relação tributária pode ser materialmente continuativa, mas o debate trazido no processo judicial está limitado a determinado ou determinados fatos jurídicos. O exemplo mais comum é o caso em que o contribuinte ingressa com ação anulatória com escopo de desconstituir determinado lançamento de ICMS ou IRPJ, fundamentado na inconstitucionalidade da lei que instituiu o tributo. Caso a ação seja julgada procedente, nada obstante a fundamentação conter o juízo sobre a constitucionalidade da norma instituidora do tributo, o dispositivo estará restrito aos fatos jurídicos tributários contidos no pedido.

De outro modo, a relação jurídica tributária continuativa poderá ser deduzida em juízo sob a égide de ações com carga declaratória relevante, como no caso da ação em que se pleiteia a declaração de existência ou inexistência de relação jurídica tributária e nas ações mandamentais preventivas. No caso específico dessas ações, igualmente, os motivos da decisão não integrarão o conteúdo da sentença, mas o exame da constitucionalidade da norma

---

<sup>245</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. p.201.

que instituiu determinado tributo poderá resultar na declaração de existência ou inexistência de relação jurídica tributária entre o contribuinte e o sujeito ativo. Tal comando judicial, além de produzir eficácia para os fatos pretéritos, projetará efeitos para o futuro.

Portanto, a ação material de modificação surge desde a ocorrência do fato modificador, mas a sustação só terá eficácia plena após a certificação dada pelo Poder Judiciário. Logo, assume a feição mandamental contra a eficácia futura da sentença, não podendo ser confundida com a ação rescisória de caráter constitutivo, bem como sua eficácia se opera *ex nunc*, atingindo os fatos ocorridos após a modificação.



## **CAPÍTULO V – A DECISÃO DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO ELEMENTO ALTERADOR DA SITUAÇÃO JURÍDICA QUE NORTEOU A COISA JULGADA TRIBUTÁRIA**

É comum, dada a complexidade do nosso sistema tributário, a ocorrência de litígios entre o ente tributante e o sujeito passivo da relação tributária. O conflito, conforme visto no capítulo anterior, pode ter por objeto uma relação estática, como a anulação de um lançamento tributário ou uma relação jurídica continuativa ou sucessiva, onde se busca a definição do regime jurídico aplicável a determinado tributo.

A relação continuativa, por sua vez, “pode dirigir-se: a) à interpretação judicial de fatos e situações da realidade indispensáveis para definição do regime jurídico aplicável; ou b) à validade constitucional das regras jurídicas necessárias à determinação do adequado regime jurídico tributário”<sup>246</sup> a que está submetido determinado contribuinte.

Isto é,

No primeiro caso, o pronunciamento judicial opera a qualificação jurídica de determinados fatos e situações expostos judicialmente pelo contribuinte (*juízo sobre a realidade*), enquanto na segunda hipótese a decisão judicial final contempla um juízo acerca da validade das normas que, dotadas de presunção de constitucionalidade, devem, a princípio, reger a relação tributária (*juízo sobre o direito*).<sup>247</sup>

Logo, alteradas as circunstâncias fáticas como a mudança da realidade e um fato indispensável para o enquadramento em determinado regime tributário, exemplo: a mudança do regime da pessoa jurídica de atividade sem fins lucrativos para atividade com fins lucrativos, pode alterar um regime tributário privilegiado já certificado por decisão judicial transitada em julgado. Ocorrida a hipótese descrita, estaremos diante da mudança no estado de fato, previsto no inciso I do artigo 471 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, quando a lide envolve o juízo sobre a validade da norma utilizada pela administração tributária para exigir determinado tributo ou enquadrar o contribuinte sobre determinado regime tributário e ocorre a alteração da situação jurídica utilizada como parâmetro para a definição da lide, estaremos diante da mudança do estado de direito previsto

---

<sup>246</sup> PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 125.

<sup>247</sup> Idem. p. 126

na norma processual. Todavia, o problema surge quando se tenta demarcar o alcance da expressão mudança do estado de direito ou mudança de situação jurídica.

A doutrina tradicional vem ofertando posicionamentos no sentido de que apenas uma alteração legislativa com escopo de reformular o regime jurídico anterior se enquadraria como uma mudança do estado de direito. Contudo, em virtude dos novos contornos da jurisdição constitucional dados, sobretudo, pela Emenda Constitucional nº 45 e sucessivas alterações na legislação, bem como pela conjugação das regras, princípios constitucionais atinentes à matéria, vêm permitindo a defesa da ocorrência da mudança do estado de direito após o pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal.

Com isso, analisam-se de forma crítica os fundamentos que permitem o reconhecimento da mudança do estado de direito ou expectativa normativa a que estava situada a decisão que exerceu o juízo de validade sobre norma jurídica na coisa julgada individual, após decisão plenária do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Ao final, faz-se um teste empírico sobre a aplicabilidade do entendimento desenvolvido na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

### **5.1 A decisão do STF como mudança do estado de direito**

A decisão plenária do STF pode ser considerada uma mudança de estado de direito?

Para José Souto Maior Borges a resposta seria afirmativa, pois

O Supremo Tribunal Federal não é órgão consultivo ou opinativo. É órgão de produção do direito: a sua decisão introduz norma individual, se controle difuso se trata, como na hipótese. Houve, portanto, no plano dessas normas individuais, nítida alteração no antecedente estado de direito. É o quanto será necessário para consistentemente invocar o CPC, art. 471 (...) <sup>248</sup>

Em sentido contrário, Gustavo Valverde argumenta:

Os programas jurídicos vigentes à época em que a decisão transitada em julgado foi proferida continuam vigentes sem qualquer alteração. Não há introdução de uma comunicação nova no sistema jurídico. Vale dizer, a lei sempre existiu e pôde ser aplicada, em face do princípio da presunção de

---

<sup>248</sup> BORGES, José Souto Maior. **Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária.** In: Revista dos Tribunais: Cadernos Tributários nº 27, abril/junho 1999. p. 190.

validade dos atos legislativos. A declaração do Supremo Tribunal Federal apenas agrega certeza a essa situação, vinculando as manifestações das demais instâncias judiciais. Porém, não há nesses casos, a alteração do “estado de direito” a que se refere o artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo incabível a propositura de ação revisional.<sup>249</sup>

A questão por muitos debatida traz consigo outra indagação: o Poder Judiciário cria direito?

Advirta-se, de logo, que o corte metodológico dado ao presente trabalho, não permite divagar sobre as diversas correntes e a evolução do debate sobre a atividade criativa do juiz, tanto na óptica da filosofia do direito, da hermenêutica jurídica quanto da ciência do direito. Porém, para que não surjam dúvidas a respeito da opção adotada, faz-se uma breve exposição do ponto de vista adotado.

Ricardo Guastini, no festejado “das fontes às normas”, identificou que a função criativa do Poder Judiciário pode ser entendida em quatro sentidos diferentes: a) No primeiro sentido, a decisão seria criação de direito quando possuísse eficácia normativa para todos os sujeitos, independentemente de figurar no processo; b) No segundo sentido, dado que o sistema é constituído por normas gerais e individuais, a decisão judicial seria um caso típico de norma individual e, portanto, criadora de direito; c) Numa terceira acepção, a criação se daria porque a interpretação não é uma atividade cognoscitiva de normas preexistentes, mas sim uma atividade redutora das formulações possíveis e; c) Por fim, o quarto sentido, se dá quando a atividade judicante não encontra normas preexistentes e é obrigada a preencher a lacuna.<sup>250</sup>

Contudo, para o autor italiano, apenas a última acepção pede ser considerada como ato criativo propriamente dito, ou melhor, em sentido estrito, pois não houve aplicação de nenhuma norma preexistente, ao passo que nos demais sentidos a atividade criativa é integrada a aplicação de norma preexistente.<sup>251</sup>

Partindo da classificação proposta pelo autor, mas desde já, aderindo à ampliação do conceito no sentido de conferir eficácia estrita à decisão proferida pelo Supremo Tribunal

---

<sup>249</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004. p.235.

<sup>250</sup> GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p.215-226

<sup>251</sup> Idem.

Federal proposta por Misabel Abreu Machado Derzi<sup>252</sup> formulam-se as seguintes conclusões acerca da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal:

A decisão, quando proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma, primeiramente, assume papel de eleger, dentro de um campo semântico e normativo de alternativas possíveis, o sentido da norma constitucional em relação à compatibilidade da lei com o sistema, a partir daí esse processo comparativo de aferição da validade da norma deve ser formulado de acordo com a construção eleita. Isso resulta no fechamento do campo das alternativas até então possíveis dentro do sistema.

Num segundo momento, a eficácia do fechamento mencionado irradia-se para todos, fazendo com que a alternativa ou sentido criado na decisão seja vinculativa para os demais que estejam na mesma situação e, por fim, caso seja proferida em controle difuso, produzirá comando normativo dirigido às partes envolvidas no processo.

Assim,

(...) a partir do momento em que o Poder Judiciário se firma em umas das alternativas possíveis criando a norma específica e determinada do caso, e repetível para o mesmo grupo de casos, norma cabível dentro da norma legal [ou princípio constitutucional], ele fecha as demais alternativas - antes possíveis. As demais alternativas já não são mais disponíveis, sustentamos, exatamente porque foram afastadas pelo Poder Judiciário, em entendimento consolidado. Desde o momento de tal fechamento, o espaço, discricionariamente deixado pelo legislador e dotado de uma cadeia de signos e significados inúmeros, concretiza-se e fixa em certo sentido único, criando-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos. (...) <sup>253</sup>

Tomando por base as características da decisão e sua eficácia nas relações tributárias, já trabalhadas em capítulos anteriores, conclui-se que a decisão irradia-se por todo o sistema, gerando uma modificação no arcabouço normativo até então presente.

Logo, da mesma forma que a alteração legislativa inova no mundo jurídico, permitindo que haja a sustação da eficácia futura da sentença qualificada pela coisa julgada individual, a decisão plenária do STF assume a condição de ato criador do direito, dada sua eficácia vinculativa para as relações tributárias, constituindo também, uma alteração no

---

<sup>252</sup> Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. pp. 60-193.

<sup>253</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009. p.188.

quadro anterior de expectativa normativa, capaz de limitar ou expurgar possibilidades admitidas anteriormente.

Com isso, entende-se que, tanto a alteração legislativa quanto a decisão proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, podem ser caracterizadas como mudança de estado de direito, pois “nosso sistema jurídico conhece e lida com a sentença como fonte de criação do Direito, ou seja, de expectativas normativas”<sup>254</sup>.

Neste prisma, a modificação da expectativa normativa preexistente, já estabilizada pela coisa julgada individual, entra em rota de colisão com a nova expectativa gerada pela decisão do Supremo Tribunal Federal. Mas a colisão é apenas aparente, pois, as duas normas conviverão no sistema já que a norma-decisão proferida pelo STF que alterou o quadro normativo anterior apenas susta a eficácia futura da sentença, *v. g.*, somente gera efeitos *ex nunc*.

Isto é,

A posterior pronúncia de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à coisa julgada individual, fundada em inconstitucionalidade da mesma norma, não retira a validade do comando consubstanciado na decisão judicial individual, mas subtrai-lhe a eficácia para reger os fatos posteriores à pronúncia de constitucionalidade. A mudança de qualificação normativa ocorre no plano da eficácia e não no da validade. A norma jurídica individual e concreta continua válida para reger os atos jurídicos praticados sob a sua égide, mas perde autoridade normativa (na dimensão da eficácia) para continuar regulando no futuro os efeitos jurídicos daqueles fatos, caso eles venham a se repetir.<sup>255</sup>

De outra forma, Luiz Guilherme Marinoni assevera que, mesmo que se entenda que a decisão do STF não possua a eficácia de produzir nova norma, ainda assim é possível qualificar essa decisão como uma alteração superveniente que possuiria o mesmo efeito de uma alteração normativa:

(...) a declaração de inconstitucionalidade não tem o efeito de retroagir sobre a coisa julgada. Não obstante, a declaração de inconstitucionalidade embora não atinja a coisa julgada, limita a sua eficácia temporal.

A declaração de inconstitucionalidade pode ser vista como uma circunstância superveniente, tal como uma nova norma. Assim, pode permitir ao vencido na ação anterior – em que a inconstitucionalidade não foi reconhecida – alegar, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade do tributo. (...)

(...). Isto significa que uma circunstância nova é um evento capaz de interferir sobre a relação continuativa e não sobre a essência da coisa

<sup>254</sup> DERZI, Misabel Abreu Machado. Op. Cit. p.312.

<sup>255</sup> PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 168.

julgada. Na verdade, ao interferir sobre a relação material continuativa, a circunstância nova limita, por conseqüência, a eficácia temporal da coisa julgada.<sup>256</sup>

Portanto, tanto do ponto de vista da mudança das expectativas normativas que lastreiam o sistema jurídico e vinculam as decisões quanto da mudança superveniente das circunstâncias que embasaram a decisão anterior, a decisão plenária do STF, dada sua vinculação para as questões tributárias (vide Cap. III), se enquadra verdadeiramente como modificação do estado de direito capaz de possibilitar a propositura da ação de modificação prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil.

## 5.2 Fundamentos constitucionais aplicáveis à questão

### 5.2.1 Princípio da isonomia

A igualdade constitui postulado fundamental para qualquer estado que pretenda se manifestar como social ou democrático de direito. Dentre as diversas manifestações desse princípio, podemos identificar a isonomia normativa como fundamental ferramenta de concretização dessa expectativa social. Advirta-se, desde já, que a acepção de isonomia, empregada no presente trabalho, se amolda ao conceito desenvolvido por Celso Antônio Bandeira de Mello, onde se exige a correlação entre o critério discriminatório ou *discrimen* utilizado pela norma e a realidade da situação tutelada, ou seja, para que haja o correto preenchimento do conteúdo do princípio da isonomia, o tratamento dado pela norma deverá ser justificado pelas circunstâncias da situação jurídica tutelada.<sup>257</sup>

José Souto Maior Borges, escrevendo sobre o tema, identifica o tratamento da isonomia em todo texto da Constituição Federal, concluindo que a isonomia é a base da própria Constituição Federal e, sem ela, não teremos um Estado Democrático de Direito:

A isonomia não corresponde a um princípio constitucional qualquer. Destacamo-lo em conferência de abertura do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo IDEPE, em São Paulo (*A isonomia tributária na Constituição Federal*, RDT 64/8 a 19).

<sup>256</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.154/156.

<sup>257</sup> Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

A isonomia, mais precisamente a *legalidade isonômica*, é o protótipo, o mais originário e condicionante dos princípios constitucionais, porquanto dele dependem todos os demais para a sua eficácia. E sem ele decerto a perderiam.

Deveras: a isonomia está no preâmbulo da Constituição Federal, ao lado da justiça, da qual ela é a manifestação jurídico-positiva e nos objetivos fundamentais da federação brasileira (art. 3º, III). Adentra-se no elenco dos dispositivos e garantias individuais (art. 5º, *caput* e itens I e II). No interrelacionamento entre as pessoas constitucionais (União, Estados, DF e Municípios). No campo das relações tributárias (art. 150, I e II) em geral e particularmente na concessão dos incentivos fiscais para promover o equilíbrio sócio-econômico inter-regional (art. 151, I, *in fine*, art. 165, § 7º) e, no âmbito das relações empresariais pela livre concorrência, como um princípio geral da ordem econômica (art. 170, IV). Está ainda esse superprincípio no programa nacional de redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, VIII), etc. De sorte que poder-se-á concluir sinteticamente: a isonomia não está apenas na Constituição Federal, ela é a própria Constituição Federal, com a qual chega a confundir-se. A Constituição de 1988 é uma condensação da isonomia. Nenhum dos outros dos setenta e sete itens em que se desdobra o art. 5º da CF – inclusive o seu item XXXVI (coisa julgada) – prescinde da isonomia como um condicionante de conteúdo e de eficácia.<sup>258</sup>

Deslocando a análise para o tema em apreço, pergunta-se: Suponhamos que duas pessoas jurídicas dediquem-se à mesma atividade empresarial. A primeira ingressou com ação declaratória questionando a constitucionalidade de determinado tributo e, portanto, requerendo a declaração de inexistência de relação jurídica tributária e foi vencedora no seu pleito. Já a segunda confiou na presunção de constitucionalidade da lei e continuou pagando o tributo. Qual o critério discriminatório para conferir a duas pessoas, na mesma situação, um tratamento desigual? A superveniência de decisão do STF confirmando a constitucionalidade do tributo justificaria, afetaria tal situação do ponto de vista da isonomia?

Há quem defenda que a quebra de isonomia em questão é apenas aparente. A afirmativa está baseada na introdução do critério *discrímen* entre aqueles que ingressaram em juízo, exercendo o seu direito de ação e acesso à justiça, em contraposição aos que permaneceram inertes, justificando assim o tratamento desigual.

Entre os defensores radicais dessa posição, identificamos Gustavo Sampaio Valverde que assevera:

---

<sup>258</sup> BORGES, José Souto Maior. **Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária.** In: Revista dos Tribunais: Cadernos Tributários nº 27, abril/junho 1999. p. 173-174.

Por outro lado, é evidente que toda decisão judicial introduz uma certa desigualdade entre os participantes e os não-participantes do processo, pelo simples fato de que os primeiros têm produzida em relação a si uma norma individual e concreta, objeto da atividade de aplicação do direito promovida pelo processo decisório. Neste aspecto, é inevitável concluir que a coisa julgada proveniente da decisão que se aplica uma norma geral e abstrata representa uma desequiparação permitida pela Constituição Federal.

(...)

O caso da decisão transitada em julgado que afasta a cobrança de determinado tributo para a parte envolvida no processo respeita plenamente o princípio da isonomia, de acordo com a lição acima exposta. De fato, o tratamento privilegiado que a parte receberá decorre da situação jurídica diversa que ocupa, na medida em que propôs oportunamente ação judicial e diligenciou nos autos para promover sua defesa de forma eficaz. Esse é o critério eleito pela norma constitucional da coisa julgada para distinguir os seus destinatários entre si. Em consequência da situação diversa em que se encontra aquele que venceu a demanda judicial daqueles que a perderam ou que nem a propuseram ou que vieram a ter suas decisões rescindidas, a norma lhes conferirá tratamento jurídico diferenciado. Esse tratamento é plenamente justificável do ponto de vista racional, visto que àqueles que venceram as ações (critério de discriminação escolhido) deve-se conferir o especial tratamento decorrente dos próprios termos da decisão judicial transitada em julgado. Por fim, essa correlação lógica que existe entre o traço discriminatório escolhido e o tratamento diferencial conferido pela norma é totalmente compatível com os princípios constitucionais da segurança jurídica, moralidade, boa-fé, sendo também compatível, portanto, com o princípio da isonomia.<sup>259</sup>

Não podemos deixar de considerar que o sistema permite a existência de desigualdades entre as pessoas que saíram vitoriosas em ação judicial transitada em julgado e aquelas que não obtiveram êxito, seja qual for o motivo. A explicação para tal desequiparação está na existência do princípio dispositivo da jurisdição, no qual as partes devem provocá-la mediante exercício do direito de ação, e a permissão constitucional do controle difuso de constitucionalidade.

O equívoco na posição explanada acima reside na generalização para todos os casos. Como já tratado em capítulos anteriores, a eficácia temporal da coisa julgada, em regra, se destina a tutelar situações pretéritas deduzidas no processo judicial. Todavia, devido à existência de relações jurídicas com eficácia sucessiva, o sistema processual permite que, nestes casos, o pedido possa projetar os efeitos para o futuro. Ocorrendo a coisa julgada na relação sucessiva, a desigualdade é justificada enquanto presentes as mesmas situações de fato e de direito, visto que as demais pessoas, potencialmente, seria facultada também ingressar em juízo ou ajuizar ação rescisória.

---

<sup>259</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004. p. 165/166.



O problema surge quando o Supremo Tribunal Federal pacifica a questão, definindo a validade ou não da norma que estabelece regime jurídico tributário, pois, a desigualdade justificada pelo não exercício do direito de ação para determinado período, passa a ganhar outros contornos na medida em que cria um regime jurídico diferenciado *ad eternum* para determinadas pessoas.

Dessa forma, o critério jurídico que justificava a existência de tratamento desigual deixa de ser aplicado quando configurada essa situação, haja vista que fundamentava apenas uma situação jurídica consolidada.

Logo, a partir da uniformização do entendimento pelo STF, em se tratando de sentença que projeta eficácia para o futuro, passa a surgir situação contrária à isonomia entre os beneficiados pelo regime jurídico especial e aqueles que estão na situação regular.

Assim, tal inconsistência justifica a necessidade de cessação da eficácia futura das sentenças a partir da superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, pois nosso ordenamento jurídico deve respeitar o princípio da igualdade.

### 5.2.2 *Livre-concorrência*

A livre-concorrência, conforme ressalta José Souto Maior Borges, é a manifestação na ordem econômica do princípio da isonomia. Sendo assim, ao abordar o tema em questão, utilizam-se das conclusões tomadas no item anterior que podem ser sintetizadas do seguinte modo: a) Em regra, o fato de empresa X ingressar com ação judicial com objetivo de afastar a cobrança de tributo em detrimento das demais não implica violação da isonomia, pois todas têm ou tiveram oportunidade de exercer o direito de ação; b) Mas, especificamente nos casos em que a eficácia do julgado é para o futuro, tal tratamento desigual não se justifica após decisão definitiva da Corte Suprema dispendo de modo contrário, haja vista que o tratamento favorecido ou desfavorecido definido na sentença não pode perdurar para sempre, e o critério discriminatório não mais fundamenta o tratamento desigual de modo a violar vários preceitos constitucionais.

Isto posto, o desequilíbrio apontado assume grandes proporções econômicas quando trazido para o campo da livre-concorrência.

Primeiramente, faz-se a distinção entre liberdade de iniciativa econômica e livre-concorrência. A livre iniciativa econômica se traduz na expressão da liberdade dentro da

ordem econômica e deve ser considerada não apenas na óptica da empresa, mas também nas demais formas de trabalho, como o livre exercício profissional para os trabalhadores, isto é, também “é um modo de expressão do trabalho e, por isso mesmo, corolário da valorização do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Júnior - em uma sociedade livre e pluralista.”<sup>260</sup>

Já a livre-concorrência nada tem a ver com a liberdade de concorrência, mas com o estabelecimento de condições paritárias, por parte do Estado, para que os agentes econômicos possam competir de maneira isonômica. Essas condições, muitas vezes, são concretizadas de forma repressiva pelo Estado na busca de afastar a ocorrência do abuso do poder econômico. Todavia, a atuação do Estado também deve buscar o estabelecimento de um ambiente tributário neutro, no qual todos devem contribuir na medida da sua capacidade econômica.

Quando ingressamos no campo do debate sobre os efeitos danosos da manutenção de eficácia futura de uma sentença, mesmo após decisão do STF, vislumbra-se a seguinte situação hipotética: A empresa X ingressa com ação pleiteando a inexistência de relação jurídica impositiva do pagamento do imposto sobre a renda na alíquota de 10 por cento sobre a receita bruta e sai vencedora. A empresa, legitimamente, é beneficiada, enquanto o Supremo não impõe a palavra sobre a questão, mas 2 anos após o trânsito em julgado o STF define que todos estão sujeitos ao recolhimento do imposto sobre a renda a alíquota de dez por cento sobre a receita bruta. Dada a situação, como ficaria a questão do ponto de vista da livre-concorrência?

No primeiro momento, todas as empresas poderiam ingressar com ações judiciais visando afastar a cobrança supostamente ilegítima, dessa forma, a maior eficiência buscada pela pessoa jurídica que ingressou em juízo não pode ser considerada uma violação ao princípio da livre-concorrência. Contudo, a situação muda de figura quando o STF define a questão dispondo que todos devem recolher o tributo; a partir daí, caso se mantenha o entendimento de que não há alteração no *status quo*, estar-se-ia criando um regime concorrencial privilegiado para a empresa A, onde, de maneira transversa, o Estado estaria garantindo um subsídio de dez por cento no preço do produto por ela comercializado. Tal subsídio pode gerar a quebra de todo o sistema concorrencial.

---

<sup>260</sup> GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 206.

Assim, após a mudança da situação jurídica através de decisão do STF, deve ser possibilitada a suspensão da eficácia futura da sentença, pois, “não devem prevalecer distorções na livre-concorrência na hipótese de violação da neutralidade econômica dos tributos, devendo ser desconstituídos os efeitos da coisa julgada visando atingir este desiderato”<sup>261</sup>.

### 5.2.3 Supremacia da Constituição

A Constituição Federal, no artigo 102, atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para, dentro de um contexto escalonado, dar a palavra final sobre a concreção normativa do texto constitucional, isto é, cabe ao órgão jurisdicional, em última análise, emitir o pronunciamento sobre a adequação entre o subsistema normativo infraconstitucional e a Constituição Federal. Ao mesmo tempo, o sistema também possibilita aos demais órgãos jurisdicionais o dever de assegurar a prevalência da norma constitucional dentro da análise de uma questão incidental.

Tal constatação pode levar à defesa de posicionamento no sentido de que, em nome do “sagrado” princípio da supremacia da constituição, toda decisão emanada de órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores à Corte Suprema gozam de certa provisoriedade, o que se adequaria ao entendimento doutrinário acerca da relativização da coisa julgada “inconstitucional” em nome da efetividade da supremacia da constituição.<sup>262</sup>

Cria-se-ia um cenário totalmente provisório, incerto e inseguro, que poderia durar anos a fio, durante os quais uma série de decisões seriam proferidas, vigeriam durante determinado tempo, fazendo surgir uma infinidade de direitos e obrigações, para depois serem sumariamente retiradas do mundo jurídico. Não é preciso refletir muito para perceber os sérios problemas funcionais que esse tratamento da matéria criaria para o direito, notadamente para o princípio da segurança jurídica.<sup>263</sup>

Aliás, como ensina Marcelo Neves:

(...) à supremacia das normas constitucionais, seja formal ou material, não se deve atribuir que lhe empresta o pensamento jurídico dogmático tradicional. Em primeiro lugar, porque, conforme o que desenvolvemos a respeito do caráter relativo da estrutura hierárquica do ordenamento jurídico

<sup>261</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência**. In: Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006. p.128.

<sup>262</sup> Cf. DANTAS, Ivo. **Teoria da inconstitucionalidade**. São Paulo: Ltr, 2007. MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

<sup>263</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio.op. cit. p. 175.

(item 4 do Cap. II) e da distinção entre pertinência e validade das normas jurídicas (item 1 do Cap. III), as normas inconstitucionais (inválidas) permanecem no sistema (são pertinentes) enquanto não se aplica a “regra de rechaço” específica, ou seja, enquanto não se profere a decisão jurídica de expulsão. Por outro lado, considerando-se as dimensões semióticas do ordenamento jurídico (v. item 2 do Cap. II), evidencia-se que a Constituição não é uma estrutura de linguagem puramente sintática (formal), sobrelevando-se nela, num grau bem maior do que nos outros subsistemas integrantes do ordenamento jurídico, as dimensões semântica e pragmática.<sup>264</sup>

Dessa forma, o caráter relativo da supremacia das normas constitucionais sempre esteve presente no nosso sistema jurídico, haja vista que o mesmo estabelece, em função de outros preceitos e pela dificuldade semântica do texto constitucional, a possibilidade de que uma norma de escalonamento inferior possa ser eficaz e mitigar a incidência da normatividade por determinado período até que seja expulsa do ordenamento através de procedimento próprio, a exemplo da norma que pertence (ainda que invalidamente) ao sistema enquanto não retirado do ordenamento pela sanção de inconstitucionalidade.

Todavia, ao contrário do que ocorre no debate da relativização da coisa julgada, não se faz necessário estabelecer um panorama de colisão entre a supremacia da constituição e a segurança jurídica, muito pelo contrário, a regra que permite a sustação da eficácia dos efeitos futuros da sentença atua de forma harmônica dentro do sistema de modo que, ao mesmo tempo, que preserva as situações consolidadas respeitando a segurança jurídica garante a supremacia da constituição para as relações futuras, prestigiando a isonomia das relações e o princípio da livre-concorrência.

Logo, para o caso específico da coisa julgada das relações continuativas,

A segurança jurídica, protegida pela coisa julgada individual, não é afetada pela aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário quando é iluminada pelo princípio da supremacia da Constituição, o qual, em última instância, impõe idêntica obediência às dicções constitucionais por todos os seus destinatários. Em outras palavras, segurança jurídica é fundamentalmente obediência ao que determina a Constituição. Coisa julgada individual em conflito com a Constituição Federal não pode manter-se eficaz. [para o futuro.]

Portanto, a aplicação da pronúncia de constitucionalidade com efeitos gerais sobre a coisa julgada individual em nome do princípio da supremacia da constituição longe de está de representar ofensa à segurança jurídica, antes significa autêntica exigência de concretização desse princípio. Não há relação de colisão, mas de complementariedade, entre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica.<sup>265</sup>

<sup>264</sup> NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p.66.

<sup>265</sup> PONTES, Helenilson Cunha. Op. Cit. p. 160.

### **5.3 Resultados da pesquisa empírica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça**

#### *5.3.1 Informação metodológica sobre a captura dos dados*

A segunda pergunta de partida do presente trabalho demanda a realização de pesquisa como objetivo de verificar qual o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a eficácia do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em face da coisa julgada individual de relações sucessivas.

Para que esta análise fosse possível, elegemos critérios de pesquisa com objetivo de capturar os dados que em seguida seriam analisados. Portanto, tendo em vista que o tema vem sendo debatido tanto de forma incidental como objeto restrito de análise dos recursos, optamos por coletar os dados mediante pesquisa livre.

Inicialmente, utilizou-se como primeiro parâmetro de pesquisa a expressão “coisa julgada e relação tributária” no item pesquisa livre na área de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico oficial do Superior Tribunal de Justiça ([www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)). Com isso, foram identificados 119 acórdãos, dos quais apenas os acórdãos do Resp nº 686.058 e 651.260 se amoldaram ao objeto de verificação.

Prosseguindo a verificação, utilizamos um segundo parâmetro com a expressão “coisa julgada e declaração inconstitucionalidade e STF”, resultando na ocorrência de 319 julgados. Após exame de compatibilidade com os julgamentos com a matéria em análise, identificamos mais dois julgados que são os Resp nº 1.103.584, Resp. nº 822.683 e Resp. 671.182.

A justificativa para a pequena quantidade de material selecionado para o estudo, reside no fato de que a questão sobre a coisa julgada de relação continuativa em matéria tributária, apesar de existência de inúmeros julgados, sempre foi examinada sobre outras ópticas. Isso se deve a um caso específico que passaremos a narrar.

No início dos anos 90 muitos contribuintes questionaram a constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro líquido, pleiteando em face da inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/88, a declaração de inexistência de relação jurídica tributária. Inúmeras dessas ações transitaram em julgado. No ano de 1991, houve duas alterações legislativas (Lei nº 8.212/91 e Lei Complementar nº 70/1991) referentes a aspectos quantitativos do referido tributo, o que

gerou o interesse da Fazenda Nacional em promover a sustação da eficácia futura das sentenças transitadas em julgado.

Contudo, supervenientemente o plenário do Supremo Tribunal Federal julgou pela constitucionalidade da Lei nº 7.689/88, exceto o artigo 8º, fato que ensejaria a discussão sobre a alteração do estado de direito por decisão do STF.

Ocorre que tal matéria, apesar de aplicável a inúmeros casos coletados, não foi alegada pelas partes, motivo pelo qual a discussão ficou restrita a dois temas: a) o enunciado nº 239 da súmula do STF é aplicável para qualquer questão tributária?; b) As alterações promovidas pelas Leis nº 8.212/91 e Lei Complementar nº 70/1991 configuram a modificação do estado de direito prevista no art. 471, inciso I do Código de Processo Civil?

Tais questões, não obstante a relevância jurídica, não constitui o objeto da presente pesquisa empírica, motivo pelo qual o material foi descartado

Assim, o material coletado ficou resumido a quatro julgados, motivo pelo qual passaremos a analisar detidamente as teses jurídicas agregadas às *ratio decidendi* das decisões.

### 5.3.2 Exame do fundamento e/ou teses jurídicas apresentadas pelo STJ sobre a eficácia da superveniente decisão do STF.

O julgado representado no Recurso Especial nº 651.260-SP<sup>266</sup> da relatoria do Ministro Gilson Dipp enfrentou o tema, ainda que lateralmente. Dentre os pontos tratados, não interessa a eficácia de uma decisão liminar em ação direta de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada de trato sucessivo. O caso tratava de uma decisão, já transitada em julgado, que autorizava o pagamento de parcelas vencidas e vincendas aos procuradores autárquicos do Estado de São Paulo. Todavia, posteriormente, o STF em ação direta de inconstitucionalidade suspendeu o pagamento da verba honorária.

Pois bem, além das outras teses jurídicas levantadas, houve o debate sobre a eficácia da decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à decisão já transitada em julgado. No trecho do voto condutor, foi consignada a seguinte tese:

---

<sup>266</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 651.260** . Relator Min. Gilson Dipp. DJ: 29/05/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

(...) no que se refere ao art. 471 do Código de Processo Civil, não se vislumbra a ocorrência de malferimento, haja vista que o inciso I deste dispositivo permite o rejuízo da lide nos mesmos autos, se se tratar de relação jurídica continuada – como na hipótese dos autores - e houver sido modificado o estado de direito - no caso, a liminar na ADIN nº 1.434, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em face do novo regime jurídico instituído pela Constituição Paulista.<sup>267</sup>

Logo, apesar das imprecisões terminológicas, podemos identificar no precedente o reconhecimento da decisão do STF como alteração no estado de direito capaz de ensejar a modificação da eficácia futura da sentença, prevista no artigo 471 do CPC.

Contudo, apenas com o precedente formulado no Recurso Especial nº 686.058<sup>268</sup>, seguindo preliminarmente apresentadas no voto-vista apresentado no Recurso Especial nº 671.182<sup>269</sup>, ambos da relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki que a discussão passou a ganhar maiores contornos no âmbito do Tribunal Superior. Tal fato pode ser atribuído, sobretudo, à publicação da obra *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*<sup>270</sup> de autoria do respeitado ministro que influenciou o pensamento dos julgadores da Primeira Seção do STJ.

Nos votos proferidos nos precedentes citados, o Tribunal Superior traça um claro paralelo entre os efeitos vinculativos do precedente do STF e a eficácia da mudança do estado de direito para coisa julgada em matéria continuativa. Para o tribunal, o precedente do Supremo Tribunal Federal em controle difuso somente se torna vinculativo após a edição de resolução do Senado Federal, motivo pelo qual somente pode ser considerada modificação do estado de direito após a vigência da resolução. A conclusão pode ser sintetizada na seguinte passagem do voto-vista no Resp. nº 671.182:

(...) com a superveniente suspensão da eficácia dos aludidos Decretos-leis pela Resolução 49/95 do Senado Federal, de 09.10.1995, operou-se, na forma do acima exposto, mudança do estado de direito capaz de sustar, automaticamente, a partir dessa data, a força vinculante do provimento jurisdicional, tanto para o efeito de impedir a Fazenda de realizar lançamentos futuros com base naquelas leis, quanto para o de obstaculizar a execução de prestações anteriores pendentes – razão pela qual, desde então, carecem as autoras de interesse no provimento jurisdicional que declare a insubsistência da sentença.<sup>271</sup>

<sup>267</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 651.260**. Relator Min. Gilson Dipp. DJ: 29/05/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

<sup>268</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 686.058**. Relator Min. Teori Zavascki. DJ: 16/11/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

<sup>269</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 671.182**. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 05/04/2005. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

<sup>270</sup> Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>271</sup> Idem.

Em contrapartida, o precedente formulado em controle direto de constitucionalidade assume a verdadeira característica de modificação no estado de direito da sentença de trato sucessivo transitada em julgado.

No mesmo sentido é o entendimento exarado no acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 822.683<sup>272</sup>, conforme pode ser extraído na ementa a seguir transcrita:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. SENTENÇA RECONHECENDO INCIDENTALMENTE A CONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO DO STF, EM CONTROLE DIFUSO, EM SENTIDO CONTRÁRIO. RESOLUÇÃO DO SENADO SUSPENDENDO A EXECUÇÃO DA NORMA. EFEITOS.

1. A sentença que, afirmando a constitucionalidade da norma, reconhece a legitimidade da cobrança de contribuição previdenciária, faz juízo sobre relações jurídicas sucessivas e, como tal, tem eficácia para o futuro, observada a cláusula rebus sic stantibus: sua força vinculante se mantém enquanto se mantiverem inalterados o estado do direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu o juízo de certeza.

2. Superveniente decisão do STF, em controle difuso, reconhecendo a inconstitucionalidade da norma, não representa, por si só, modificação no estado de direito, apta a retirar a eficácia da sentença em sentido contrário transitada em julgado.

3. Entretanto, há modificação do estado de direito a partir do advento da Resolução do Senado Federal que, suspendendo a execução do preceito normativo, universaliza, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a decisão do STF declarando a inconstitucionalidade. Embora não produza, automaticamente, a anulação ou a modificação dos efeitos passados já produzidos por sentenças em sentido contrário, a Resolução do Senado faz prevalecer, a partir de seu advento, a sentença de inconstitucionalidade. A partir de então, ficam submetidas à decisão do STF as relações jurídicas futuras e os desdobramentos futuros de anteriores relações jurídicas de trato continuado.

4. Na hipótese dos autos, ficou reconhecida, relativamente ao período anterior ao advento da Resolução do Senado, a eficácia da sentença transitada em julgado proferida no caso concreto, entendimento que se confirma.

Por fim, passa-se a historiar o precedente formulado no Recurso Especial nº 1.103.584<sup>273</sup> da relatoria do Ministro Luiz Fux. O julgado segue, basicamente, a mesma linha desenvolvida nos precedentes anteriores, no sentido de que a decisão do STF somente constitui mudança no estado de direito quando adquire eficácia *erga omnes*, seja em virtude de edição de Resolução do Senado, seja em face de decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade.

---

<sup>272</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 822.683**. Relator Min. Teori Albino Zavaski. DJ: 10/10/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

<sup>273</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.103.584**. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 10/09/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.



O curioso é que a ementa foi redigida de modo genérico, o que pode levar um estudioso menos criterioso à falsa impressão de alteração no entendimento jurisprudencial, quando na verdade inexistente tal modificação:

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 2445/88 e 2449/88; 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. [grifos do autor]

É importante observar que, mesmo com as substanciais alterações no perfil da jurisdição constitucional promovidas pela emenda constitucional nº 45 e legislação constitucional superveniente no sentido de promover uma aproximação entre o sistema difuso e concentrado de constitucionalidade, tema já tratado em capítulo anterior, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça permanece adotando postura conservadora sobre a vinculação da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, portanto, após a análise dos dados coletados, que a jurisprudência do STJ atribui à eficácia vinculativa das decisões do STF, o caráter de inovar o sistema jurídico e promover verdadeira mudança do estado de direito, capaz de impor a sustação da eficácia futura das sentenças de trato sucessivo. Mas tal eficácia somente é cabível às seguintes decisões: a) decisão proferida pelo plenário em controle concentrado de constitucionalidade;

b) decisão em controle difuso acompanhada de Resolução do Senado Federal que dê eficácia *erga omnes* à decisão.

## **5.4 Resultados da pesquisa empírica na jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

### *5.4.1 Informação metodológica sobre a captura dos dados*

Seguindo na busca pela resposta à segunda pergunta de partida do presente trabalho, realizou-se pesquisa com escopo de aferir o entendimento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais sobre a eficácia do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em face da coisa julgada individual de relações sucessivas.

Para que esta análise fosse possível, elegemos critérios de pesquisa com objetivo de capturar os dados que em seguida seriam analisados. Portanto, tendo em vista que o tema vem sendo debatido em virtude de autuações fiscais, optamos por coletar os dados mediante pesquisa livre.

Inicialmente, utilizou-se como primeiro parâmetro de pesquisa a expressão “coisa julgada” no item pesquisa livre na área de pesquisa de jurisprudência do sítio eletrônico oficial do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais ([www.carf.fazenda.gov.br](http://www.carf.fazenda.gov.br)). Contudo, dada a recente modificação do sítio do CARF, a página virtual ainda apresenta bastante instabilidade no que se refere à consulta de jurisprudência, o que impossibilita a consulta direta.

Diante disso, com objetivo de assegurar a consulta dos julgados enquanto o problema não é resolvido, o Ministério da Fazenda transferiu o seu banco de dados para o Portal LEXML do Governo Federal, sendo o mesmo, reconhecido como repositório oficial da jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Com isso, utilizou-se do mesmo parâmetro no item de pesquisa livre para jurisprudência do CARF no sítio eletrônico ([www.lexml.gov.br](http://www.lexml.gov.br)). Foram encontrados 1077 acórdãos.

Prosseguindo a verificação utilizamos um segundo parâmetro com a expressão “coisa julgada e relação continuativa”, resultando na ocorrência de 66 julgados. Após exame

de compatibilidade com os julgamentos com a matéria em análise, identificamos 36 acórdãos compatíveis com o tema.

A mesma advertência feita na pesquisa do STJ com relação ao caso da CSLL, igualmente é válida para a presente verificação, pois vários acórdãos trataram apenas da questão da superveniência de legislação e aplicabilidade do enunciado nº 239 do Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual foram descartados da análise.

Contudo, dada a quantidade de decisões selecionadas, traçaremos um paralelo geral da sobre a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

#### *5.4.2 Exame do fundamento e/ou teses jurídicas apresentadas pelo CARF sobre a eficácia da superveniente decisão do STF*

O exame do material coletado no repositório de jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais revelou um dado bastante interessante: a jurisprudência administrativa segue um padrão comum no sentido de que a superveniente prolação de decisão do Supremo Tribunal Federal possui o condão de alterar a situação jurídica e é capaz de sustar a eficácia futura da sentença albergada pela coisa julgada.

Diante disso, elaboramos o anexo I ao presente trabalho, no qual consta a relação de todo material coletado com as suas respectivas ementas.

Podemos selecionar como elemento representativo do núcleo da *ratio decidendi* dos julgados coletados, o voto condutor do Acórdão nº 101-94.529<sup>274</sup> da relatoria da Conselheira Sandra Maria Faroni:

A afirmativa de que "*a mudança de orientação jurisprudencial, ainda que do Supremo Tribunal Federal, não afeta, por si só a eficácia de sentença e a respectiva autoridade de coisa julgada*" tem que ser entendida no limite do alcance da coisa julgada. E, partindo da premissa de que a sentença resolve questão prática de aplicação de regra jurídica a fatos concretos já verificados, declara a inexistência de relação jurídica que se pretende já existente, não alcança, aquela, exercícios futuros. Portanto, continua válida a afirmativa de que a mudança jurisprudencial em função de decisão do STF não afeta a eficácia da sentença **quanto a fatos anteriormente ocorridos**. Não se questiona, pois, a autoridade da coisa julgada, que não é atingida por decisão posterior do Supremo Tribunal Federal. Apenas se delimitam seus efeitos, que não se projetam para fatos futuros, ainda não acontecidos. Ademais disso, o pronunciamento do STF acerca da constitucionalidade da

---

<sup>274</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 101-94.529**. Relator Sandra Maria Faroni. Sessão: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

Contribuição Social sobre o Lucro constitui autêntica "modificação do estado de direito". Não se pode olvidar o papel reservado ao Supremo Tribunal Federal, de "guarda da Constituição", Corte Constitucional cujas decisões, dado esse papel que lhe é atribuído pela própria Constituição, infirmam ou validam o pronunciamento de tribunais inferiores.

(...)

No presente caso, assim como naquele que foi objeto do julgado supra transcrito, não comungo com o entendimento da decisão recorrida de que a Lei nº 8.212/91 constitui fundamento legal para exigir a contribuição de contribuintes desobrigados, por decisão judicial definitiva, de cumprir a Lei 7.689/88. Não tendo a Lei 8.212/91 regulado inteiramente a matéria relativa à instituição da CSSL, ou revogado, ainda que por incompatibilidade, a Lei 7.689/88, não produziu, aquela Lei, modificação do estado de direito que regia a decisão transitada em julgado. Meus fundamentos para considerar legítimo o lançamento assentam-se nas seguintes

premissas: (a) o pronunciamento do STF acerca da constitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro constitui autêntica "modificação do estado de direito", a justificar a aplicação do art. 471, 1, do CPC; (b) não há coisa julgada em ação declaratória em matéria fiscal, que alcance relações que possam vir a surgir no futuro, conforme entendimento manifestado pelo eminente Ministro Moreira Alves.<sup>275</sup>

Importante observar que, apesar da variação argumentativa quanto aos efeitos do controle de constitucionalidade, assim como é relação dos contornos sobre a natureza jurídica da coisa julgada das relações tributárias continuativas, não impediu a adoção de um padrão comum sobre a aplicabilidade do art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil no caso de superveniente decisão do STF sobre a matéria.

Um ponto que também chamou atenção no material coletado foi a questão da vinculação da decisão plenária do Supremo do Tribunal Federal. Conforme constatado na pesquisa realizada perante o STJ, a forma de controle de constitucionalidade constitui elemento fundamental para aferir se a decisão do STF possui o condão de modificar o estado de direito da coisa julgada pretérita.

Como não poderia deixar de ser, esse entendimento ganhou contornos na jurisprudência administrativa entre os anos de 2000 e 2001, mas a partir de então perdeu a relevância em virtude de uma crescente tendência em atribuir caráter vinculativo às decisões do STF. Seleccionamos, a título exemplificativo, ementas de períodos diversos que confirmam a avaliação:

---

<sup>275</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 101-94.529**. Relator Sandra Maria Faroni. Sessão: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

Ementa: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - EX.: 1997 - Dispondo o sujeito passivo de decisão em seu favor, com trânsito em julgado, havendo ulterior decisão do plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, mesmo não figurando nos processos, os efeitos da coisa julgada termina com a edição da resolução do Senado da República ofertando efeitos "erga omnes" à decisão, visto que tendo a resolução força para suspender a executoriedade da lei, é razoável que sendo a coisa julgada lei em sentido material, seus efeitos tenham a mesma sorte, quanto à suspensão da executoriedade, da lei expedida pelo Poder Legislativo. Assim com a edição da Resolução nº 11, de 04.04.95 do Senado Federal ofertando efeitos "erga omnes" às decisões do plenário do STF, cessa os efeitos da coisa julgada e devem prevalecer os princípios da legalidade, isonomia, livre iniciativa e da razoabilidade.<sup>276</sup>

Ementa: CSL — COISA JULGADA — FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - LIMITE TEMPORAL — A coisa julgada material decorrente de sentença judicial transitada em julgado abriga o sujeito passivo contra a exigência da CSL, até o momento em que seus efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do STF em sentido contrário, ou haja alteração da legislação.<sup>277</sup>

Ementa: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE — LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL— ALTERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO — ART. 471, I, DO CPC — O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de fatos geradores de natureza continuada, não se projeta para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine em cada caso o Poder Judiciário. A coisa julgada é abalada quando é alterado o estado de fato ou de direito, nos termos do art.471, I, do CPC. A decisão do STF declarando a constitucionalidade da contribuição constitui verdadeira alteração do estado de direito.<sup>278</sup>

Ementa: CONTRIBUIÇÃO SOCIAL — ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA — I NOCORRÊNCIA — MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO — Em matéria tributária a coisa julgada não tem o condão de perenidade, sobretudo tendo a Suprema Corte, na qualidade de guardiã da Constituição, declarado a constitucionalidade da exigência da contribuição social sobre o lucro a partir do exercício financeiro de 1988. Aplicabilidade, no caso, da Súmula 239 do STF.<sup>279</sup>

---

<sup>276</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 105-13.133**. Relator Ivo de Lima Barbosa. Sessão: 16 de março de 2000. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

<sup>277</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 108-06.817**. Relator Marcia Maria Loria Meira . Sessão: 22 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

<sup>278</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 101-94.529**. Relator Sandra Maria Faroni. Sessão: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

<sup>279</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 101-95.276**. Relator Paulo Roberto Cortez. Sessão: 10 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/>. Acesso em 15/02/2011.

Tal constatação pode ser comprovada, sobretudo, após as reformas legislativas inseridas dentro do contencioso tributário federal que vincula o julgador tributário ao entendimento proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, independentemente, do modelo de controle de constitucionalidade. (sobre o tema vide capítulo III)

Dessa forma, pode-se afirmar que a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais caminha no sentido de atribuir a eficácia de modificação de estado de direito às decisões plenárias proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, capaz de sustar os efeitos futuros da sentença albergada pela coisa julgada.

### 5.5 Síntese do Capítulo

Da mesma forma que a alteração legislativa inova no mundo jurídico, permitindo que haja a sustação da eficácia futura da sentença qualificada pela coisa julgada individual, a decisão plenária do STF assume a condição de ato criador do direito, dada sua eficácia vinculativa para as relações tributárias, constituindo também, uma alteração no quadro anterior de expectativa normativa, capaz de limitar ou expurgar possibilidades admitidas anteriormente.

Assim, tanto do ponto de vista da mudança das expectativas normativas que lastreiam o sistema jurídico e vincula as decisões quanto da mudança superveniente das circunstâncias que embasaram a decisão anterior, a decisão plenária do STF, dada sua vinculação para as questões tributárias (vide Cap. III), se enquadra verdadeiramente como modificação do estado de direito capaz de possibilitar a propositura da ação de modificação prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil.

O sistema permite a existência de desigualdades entre as pessoas que saíram vitoriosas em ação judicial transitada em julgado e daquelas que não obtiveram êxito, por qualquer motivo. A explicação para tal desigualdade está na existência do princípio dispositivo da jurisdição, no qual as partes devem provocá-la mediante exercício do direito de ação, e a permissão constitucional do controle difuso de constitucionalidade. Mas, quando o Supremo Tribunal Federal pacifica a questão, definindo a validade ou não da norma que estabelece regime jurídico tributário, a desigualdade justificada pelo não exercício do direito de ação para determinado período, passa a ganhar outros contornos na medida em que cria um regime jurídico diferenciado *ad eternum* para determinadas pessoas.

O critério jurídico que justificava a existência de tratamento desigual deixa de ser aplicado quando configurada essa situação, haja vista que fundamentava apenas uma situação jurídica consolidada.

Portanto, dada a ocorrência de situação contrária ao princípio da isonomia, justifica-se a necessidade de cessação da eficácia futura das sentenças a partir da superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, pois nosso ordenamento jurídico deve respeitar o princípio da igualdade.

Da mesma forma, a situação configura-se como afronta ao princípio constitucional da livre-concorrência, visto que “não devem prevalecer distorções na livre-concorrência na hipótese de violação da neutralidade econômica dos tributos, devendo ser desconstituídos os efeitos da coisa julgada visando atingir este desiderato”<sup>280</sup>.

Tal entendimento, igualmente, prestigia o princípio da supremacia da Constituição atribuindo maior eficácia às normas constitucionais.

---

<sup>280</sup> SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência**. In: Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006. p.128.

## CONCLUSÃO

A utilização de síntese conclusiva em todos os capítulos do presente trabalho permitiu que o fechamento ou considerações finais fosse realizado de forma sucinta a responder às perguntas de partida, formuladas na introdução.

Após revisão de toda a bibliografia referente ao tema, assim com incursões na teoria do direito e dogmática jurídica, podem-se formular as seguintes proposições:

Considerado as premissas construídas nos capítulos anteriores, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no que se refere à relação tributária, atribui um caráter vinculativo às decisões plenárias do Supremo Tribunal Federal. Tal caráter constitui verdadeira alteração do arcabouço normativo prévio, pois insere uma nova expectativa normativa que deve ser obedecida pela administração pública e os contribuintes.

O modelo processual civil brasileiro permite a formulação de pedidos com eficácia futura dentro das relações continuativas ou sucessivas, mas igualmente assevera que a eficácia futura da sentença, ainda que atingida pela coisa julgada, possa ser sustada em virtude de alteração de fato e de direito ocorrida supervenientemente. Para tanto, basta o interessado lançar mão da ação de modificação que possui o caráter mandamental e atinge os efeitos futuros da sentença a partir da ocorrência do ato modificativo.

A necessidade de ajuizamento da ação de modificação está prevista no nosso ordenamento jurídico e se justifica em função de um órgão judicial já ter emitido um pronunciamento sobre uma questão, isto é, ter certificado a existência de determinada situação jurídica. Dessa forma, qualquer modificação do estado de fato ou de direito que norteou a decisão anterior deve ser atestada pelo órgão jurisdicional que prolatou a primeira decisão, emitindo-se uma contra-ordem para que aquela sentença não produza eficácia futura.

Com isso, dada a característica vinculativa e criativa da decisão plenária do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária, entende-se que a superveniente decisão do STF possui o condão de alterar o estado de direito da sentença atingida pela coisa julgada, o que permite a sustação da eficácia futura da sentença, por meio da ação de modificação. Tal previsão está inserida dentro do ordenamento, não sendo necessárias alterações legislativas.



Todavia, tendo em vista a tradição formalista dos aplicadores do direito, recomenda-se a adição de um parágrafo no artigo 471 do Código de Processo Civil com a seguinte redação:

§ 1º - Para efeito do disposto no inciso I do caput deste artigo, considera-se modificação do estado de direito quando a decisão esteja fundada em ato normativo, posteriormente decretado constitucional ou inconstitucional pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, independentemente da alteração legislativa, o ordenamento brasileiro impõe a sustação da eficácia futura da sentença após superveniente decisão do Supremo Tribunal Federal.

No tocante ao resultado da pesquisa empírica realizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, constatamos a ausência de uniformidade sobre a interpretação do tema.

Enquanto o STJ admite a existência da alteração do estado de direito, capaz de ensejar a suspensão da eficácia futura da sentença das relações continuativas, apenas nos casos de existência de ação direta de inconstitucionalidade ou suspensão de execução de lei por resolução do Senado Federal, desde que a parte interessada mova a ação de modificação para certificar judicialmente a ocorrência da situação.

O CARF pacificou o entendimento no sentido de que a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal, independentemente do modelo de controle utilizado, seja suficiente para ocasionar a mudança do estado de direito disposto no art. 471 do Código de Processo Civil. Porém, o referido órgão administrativo, dispensa a necessidade de manejo da ação de modificação.

Assim, acredita-se que a questão somente será pacificada com o posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal, visto que o exame da matéria envolve a interpretação sistemática de diversos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, bem como exige um sólido conhecimento acerca do papel da jurisdição constitucional brasileira.

## REFERÊNCIA

### Livros e artigos.

ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante:** alcance e limites dos efeitos vinculante e *erga omnes* na jurisdição constitucional. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.

AGRA, Walber de Moura. **Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade.** Salvador: Jus Podivm, 2008.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de Derecho Procesal.** Tomo II. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1963.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e Coisa Julgada.** Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1992.

ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. **Jurisdição constitucional e federação:** o princípio da simetria na jurisprudência do STF. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ÁVILA, Ana Paula Oliveira. **A modulação dos efeitos temporais pelo STF no controle de constitucionalidade:** ponderação e regras de argumentação para interpretação conforme a constituição do artigo 27 da Lei nº 9.868/99. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

BARBOSA, Rui. **Atos Inconstitucionais.** 3 ed. Campinas: Russell, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:** exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIM, Eduardo Fortunato. **Aspectos da Relativização da coisa julgada em matéria tributária: ação rescisória, isonomia e relações continuativas.** In: Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006.

BITTENCOURT, Lúcio. **Contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 1948.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito.** 3 ed. Tradução: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOMBASSARO, Luiz Carlos. **Ciência e Mudança conceitual: notas sobre epistemologia e história da ciência.** Porto Alegre: EDIPUCRS, 1995.

BORGES, José Souto Maior. **Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária.** In: Revista dos Tribunais: Cadernos Tributários nº 27, abril/junho 1999. pp.170-194.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3 ed. Tradução: A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **A coisa julgada como mecanismo de controle da jurisdição**. Revista dialética de direito processual nº 24. São Paulo: Dialética. 2005, .pp.90-98.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do contrôlo da Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CARNELUTTI, Francesco. **Estúdios de Derecho Procesal II**. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-America. 1952.

CARVALHO, Paulo de Barros. **O Sobreprincípio da Segurança Jurídica e a revogação de Normas Tributárias**. In: Crédito-Prêmio de IPI: estudos e pareceres III. Barueri, SP: Minha Editora, 2005. p 1-32.

\_\_\_\_\_. **Direito Tributário: Fundamentos jurídicos da incidência**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito: o construtivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **O controle da constitucionalidade das leis e do poder de tributar na Constituição de 1988**. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **Revisando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica à prática judicial brasileira**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **O princípio do “stare decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade**. In: Leituras complementares de Direito Constitucional. Marcelo Novelino (Org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. pp. 283-310.

DALLAZEM, Dalton Luiz. **Inconstitucionalidade e tributo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e posterior apreciação da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et AL* (coord.). Coisa Julgada Tributária. São Paulo: MP Editora, 2005. pp.63-96.

DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **Novo processo constitucional brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

\_\_\_\_\_. **Teoria da inconstitucionalidade**. São Paulo: Ltr, 2007.

DERZI, Misabel Abreu Machado. **Modificação da jurisprudência no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie *et alli*. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 5 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 12 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. **O recurso extraordinário e a transformação do controle difuso de constitucionalidade no direito brasileiro**. In: Leituras complementares de Direito Constitucional. Marcelo Novelino (Org.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. pp. 267-282.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAIDIGA, Daniel Bijos. **Efeito vinculante & declaração incidental de inconstitucionalidade**. Curitiba: Juruá, 2008.

FARIAS, Rui Barros Leal. **A súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, sua validade e aplicabilidade**. In: Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio da pragmática da comunicação normativa**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da Contribuição Social sobre o Lucro**. Revista dialética de direito tributário nº 125. São Paulo: Dialética. 2006. pp. 72-91.

GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 11. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GOLDSHIMIDT, Fabio Brum. **Coisa julgada, modificação legislativa e regra-matriz de incidência: critérios para verificação de prevalência**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al* (coord.). Coisa Julgada Tributária. São Paulo: MP Editora, 2005. pp.107-134.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O valor positivo do acto inconstitucional**. 1 ed. reimpressão. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de O. **Em defesa da coisa julgada**. Revista dialética de direito processual. São Paulo: Dialética, 2005. pp.11-37.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução: Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

LEAL, Roger Stiefelmann. **O efeito vinculante na jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEITE, Glauco Salomão. **A extensão da eficácia *erga omnes* e do efeito vinculante às decisões de inconstitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal: Hipótese de mutação (in) constitucional**. In: Direito Público. Ano VII, nº 29, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia da Sentença e autoridade da coisa julgada**. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

LIMA, Flávio Roberto Ferreira de. **Direito fundamental à coisa julgada civil: um estudo sobre a coisa julgada inconstitucional em confronto com o princípio da segurança jurídica e a sua aplicação nas mais atuais relevantes questões apreciadas pelo Poder Judiciário no âmbito do direito público brasileiro**. Dissertação de Mestrado. Recife: Universidade Católica de Pernambuco, 2008.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de Constitucionalidade à luz da jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.1. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 3.ed. São Paulo: Dialética, 1998.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e controle de constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. In: **Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006.

\_\_\_\_\_. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Parecer - Coisa julgada. Decisão superveniente do STF. Relação continuativa tributária. Questões de procedimento administrativo. Multa desproporcional e irrazoável**. Revista dialética de direito tributário nº 123. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 95 – 121.

MARCÍLIO, Carlos Flávio Venâncio. **Limitação dos efeitos da decisão de Inconstitucionalidade: repercussão para os contribuintes**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada.** 2 Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento.** 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade.** Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato no Brasil e na Alemanha.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Novos aspectos do controle de constitucionalidade brasileiro.** In: Direito Público. Ano V, nº 27, 2009.

\_\_\_\_\_. **O papel do Senado Federal no controle federal de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional.** In: Revista de Informação Legislativa. Ano 45, nº 179, 2008.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **A teoria das constituições rígidas.** 2 ed., São Paulo: Bushatsky, 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da validade.** 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia.** 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **A Lei Complementar sob a perspectiva da validade.** In: Direito Tributário Moderno. BORGES, José Souto Maior. (Coord.). São Paulo: Bushatsky, 1977.

MELLO, Carlos André Ribas de. **Parecer - Direito Tributário e Direito Processual Civil – Contribuição social sobre o lucro – Efeitos da coisa julgada em mandado de segurança preventivo – Inaplicabilidade da Súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal – Exegese do art.471, I, do Código Processual Civil.** Revista dialética de direito tributário nº 81. São Paulo: Dialética, 2002. pp. 97-111.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade.** 1 ed., reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Os tipos de decisões na fiscalização da constitucionalidade.** In: Revista Interesse Público. Belo Horizonte, n.18, ano 5, Março 2003.

MITIDIERO, Daniel. **Coisa Julgada, limites objetivos e eficácia preclusiva**. In: Introdução ao Estudo do Processo Civil – primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

MONTEIRO NETO, Nelson. **Inexigibilidade do tributo, coisa julgada e mudança da situação do Direito**. Revista dialética de direito tributário nº 169. São Paulo: Dialética, 2009. pp. 107-111.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e declaração**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema**. In: Temas de Direito Processual. Quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

\_\_\_\_\_. **Eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **Os limites objetivos da coisa julgada no sistema do novo código de processo civil**. In: Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

\_\_\_\_\_. **Ainda e sempre a coisa julgada**. In: Direito Processual Civil (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1971.

\_\_\_\_\_. **Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada**. In: Temas de Direito Processual. Terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

\_\_\_\_\_. **Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material**. Revista dialética de direito processual nº 22. São Paulo: Dialética. pp. 91-111.

\_\_\_\_\_. **Correntes e Contracorrentes no Processo Civil Contemporâneo**. Temas de Direito Processual, Nona Série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55-67.

MOURÃO, Luiz Eduardo R. **Coisa julgada, condições da ação e a impossibilidade de repositura da demanda**. Revista dialética de direito processual nº 17. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 49-58.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

NEVES, Celso. **Coisa julgada civil**. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

NUNES, José de Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1946**. 2 ed. Tomo V. São Paulo: Max Limonad, 1953.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**: Tomo V. São Paulo: Editora Forense. 1974.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Tomo V. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito privado**. Tomo IV. 3 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1970.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967**. Tomo III. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1967.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada tributária**. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al* (coord.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005. pp.189-211.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada tributária**. In: *Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006.

PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL. **Parecer: Coisa julgada – controle difuso – decisão favorável à Fazenda Nacional – declaração de inconstitucionalidade em ação distinta – dispensa de constituição de crédito – MP 2.176-alcance**. Revista dialética de direito tributário nº 90. São Paulo: Dialética, 2003. pp. 137-144.

RAMOS, Elival da Silva. **Controle de constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **A inconstitucionalidade das leis: vícios e sanção**. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Andre Luiz Santa Cruz. **O conflito entre segurança e justiça na teoria do processo civil moderno e sua repercussão na doutrina da relativização da coisa julgada**. Revista dialética de direito processual nº 24. São Paulo: Dialética. 2005. pp. 09-21.

\_\_\_\_\_. **O problema da limitação temporal dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária**. Revista dialética de direito tributário nº 113. São Paulo: Dialética, 2005. pp. 17-30.

RODRIGUES NETTO, Nelson. **Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo**. Revista dialética de direito processual. SP: Dialética. 2006, n. 34, janeiro, p. 91-113.

ROSENBERG, Leo. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Libro segundo: El procedimiento de sentencia. Traducción: Ângela Romera Vera. Buenos Aires. Editora Ediciones Jurídicas Europa-America. 1955.



SÁ, Renato Montans de. **Eficácia preclusiva da coisa julgada.** Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SARMENTO, Daniel. **A eficácia temporal das decisões no controle de constitucionalidade.** In: SARMENTO, Daniel (org.). O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002. pp. 101-138.

SCAFF, Fernando Facury. **Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre-concorrência.** In: Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). São Paulo: Dialética, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada: Ensaio.** 1. ed. Porto alegre: Sérgio Fabris, 1979.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada relativa?** Revista dialética de direito processual nº 13. São Paulo: Dialética, 2004. pp. 102-112.

\_\_\_\_\_. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento.** V. 1. 5 ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

SILVA, Celso de Albuquerque. **Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SILVA, Lucas Cavalcanti da. **Controle difuso de constitucionalidade e a respeito aos precedentes do Supremo Tribunal Federal.** In: A força dos precedentes. Marinoni, Luiz Guilherme (Coord.). Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante.** Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Fernanda Donnabella Camano de e SOUZA, Igor Nascimento de. **Coisa julgada em matéria tributária: análise de caso concreto: autuação fiscal para exigência da contribuição social sobre o lucro líquido.** In: MARTINS, Ives Gandra da Silva *et AL* (coord.). Coisa Julgada Tributária. São Paulo: MP Editora, 2005. pp.147-164.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TARANTO, Caio Márcio Gutterres. **Precedente judicial: autoridade e aplicação na jurisdição constitucional.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Coisa julgada. Mandado de Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição social. Súmula nº 239 do STF.** In: MARTINS, Ives

Gandra da Silva *et AL* (coord.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005. pp. 165-188.

TÔRRES, Heleno Taveira. **O processo judiciário e o processo tributário: divergência jurisprudencial e coisa julgada nas relações continuativas**. In: DERZI, Misabel Abreu Machado (coord.). *Separação dos Poderes e efetividade do Sistema Tributário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. pp. 67-95.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente Judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. MEDINA, José Miguel Garcia. **Dogma da Coisa Julgada**. São Paulo: RT, 2003.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2004.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Escritos jurídicos e filosóficos. Vol.1**. São Paulo: IBET, 2003.

\_\_\_\_\_. **Escritos jurídicos e filosóficos. Vol.2**. São Paulo: IBET, 2003.

\_\_\_\_\_. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia da sentença na jurisdição constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

### **Jurisprudência**

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Representação nº 881-MG**. Relator: Min. Djaci Falcão. DJ: 13/12/1972. Revista Trimestral de Jurisprudência nº 66. pp. 630-658.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 79.343**. Relator: Min. Leitão Abreu. DJ: 02/09/1977. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 17/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 93.356-5**. Relator: Min. Leitão Abreu. DJ: 04/05/1981. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 17/08/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.718-2**. Relator. Min. Octavio Gallotti. DJ: 03/10/2003. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15/12/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo Regimental no Recurso extraordinário nº 220.517**. Relator: Min. Celso Mello. DJ: 10/04/2001. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 15/12/2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo de Petição nº 11.227**. Relator. Min. Castro Nunes. DJ: 10/02/1945. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Enunciado nº 239 da Súmula**. DJ: 13/12/1963. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 93.048**. Relator Min. Rafael Mayer. DJ: 14/08/1981. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1**. Relator Min. Moreira Alves. DJ: 16.06.1995. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação nº 1.987**. Relator Min. Maurício Corrêa. DJ: 21/05/2004. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 28/01/2011

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 599.764**. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 01/07/2004. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 686.058**. Relator Min. Teori Zavascki. DJ: 16/11/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.185.360**. Relator Min. Hamilton Carvalhido. DJ: 02/12/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.194.372**. Relator Min. Hamilton Carvalhido. DJ: 16/12/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 731.250** . Relator Min. Eliana Calmon. DJ: 30/04/2007. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 651.260** . Relator Min. Gilson Dipp. DJ: 29/05/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 671.182**. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 05/04/2005. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 822.683**. Relator Min. Teori Albino Zavascki. DJ: 10/10/2006. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial nº 1.103.584**. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 10/09/2010. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 28/01/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 108- 09512**. Relator Cândido Rodrigues Neuber. Sessão: 08/11/2007. Disponível em: [www.carf.fazenda.gov.br](http://www.carf.fazenda.gov.br). Acesso em: 08/01/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 101-94.529**. Relator Sandra Maria Faroni. Sessão: 19 de março de 2004. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 105-13.133.**

Relator Ivo de Lima Barbosa. Sessão: 16 de março de 2000. Disponível em:

<http://www.lexml.gov.br>. Acesso em 14/02/2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão nº 101-95.276.**

Relator Paulo Roberto Cortez. Sessão: 10 de novembro de 2005. Disponível em:

<http://www.lexml.gov.br/>. Acesso em 15/02/2011.

## **ANEXOS**

ACÓRDÃO	EMENTA	DATA SESSÃO
108-06.817	CSL — COISA JULGADA — FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - LIMITE TEMPORAL — A coisa julgada material decorrente de sentença judicial transitada em julgado abriga o sujeito passivo contra a exigência da CSL, até o momento em que seus efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do STF em sentido contrário, ou haja alteração da legislação. Recurso negado.	22 de janeiro de 2002
101-93357	COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL - A decisão transitada em julgado em ação judicial relativa a matéria fiscal não faz coisa julgada para exercícios posteriores, quando inovada a ordem jurídica por decisão do STF, dizendo constitucional o que os demais Tribunais, antes, afirmavam inconstitucional. Recurso negado.	20 de fevereiro de 2001
108-09512	CSLL - INOCORRÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA – RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA - INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI NÃO ACOLHIDA PELO STF - O controle da constitucionalidade das leis, de forma Cogente e imperativa em nosso ordenamento jurídico, é feito de modo absoluto pelo Supremo Tribunal Federal. A relação jurídica de tributação da Contribuição Social sobre o Lucro é continuativa. A declaração de . Intributabilidade, no que conceme a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros. A coisa julgada em matéria tributária não produz efeitos além dos princípios pétreos postos na Carta Magna, a destacar o da isonomia. CSLL - COISA JULGADA - ALTERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO – A alteração do estado de direito, pelo surgimento de nova legislação, afeta a imutabilidade da coisa julgada, interrompendo seus efeitos nos casos de relação jurídica continuativa. Recurso negado.	06 de dezembro de 2007
107-06138	CSLL — "COISA JULGADA" EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA — ALCANCE — Em matéria tributária a chamada "coisa julgada" tem limites: 1) Tratando-se de Mandado de Segurança, a eficácia da coisa julgada deve ficar restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional, não se aplicando portanto às relações Muras, relações continuativas; 2) Tratando-se de Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídica pesam contra a perenidade da decisão: a) a alteração superveniente da legislação (art. 471, I, do Código de Processo Civil); e b) a superveniência da Declaração de Constitucionalidade, exarada pela Suprema Corte.	05 de dezembro de 2000

107-067.204	CSLL — "COISA JULGADA" EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA — ALCANCE — Em matéria tributária a chamada "coisa julgada" tem limites: 1) Tratando-se de Mandado de Segurança, a eficácia da coisa julgada deve ficar restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional, não se aplicando, portanto, às relações futuras, relações continuativas; 2) Tratando-se de Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídica pesam contra a perenidade da decisão: a) a alteração superveniente da legislação (art. 471, I, do Código de Processo Civil); e b) a superveniência da Declaração de Constitucionalidade, exarada pela Suprema Corte.	12 de junho de 2003
101-94529	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE — LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL— ALTERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO — ART. 471, I, DO CPC — O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de fatos geradores de natureza continuada, não se projeta para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine em cada caso o Poder Judiciário. A coisa julgada é abalada quando é alterado o estado de fato ou de direito, nos termos do art. 471, I, do CPC. A decisão do STF declarando a constitucionalidade da contribuição constitui verdadeira alteração do estado de direito.Recurso não provido.	19 de março de 2004
101-94.089	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE — LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL— ALTERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO — ART. 471, I, DO CPC — O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de fatos geradores de natureza continuada, não se projeta para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine em cada caso o Poder Judiciário. Havendo decisão judicial declarando a inconstitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro instituída pela Lei 7689/88, a coisa julgada é abalada quando é alterado o estado de fato ou de direito, nos termos do art. 471, I, do CPC. A decisão do STF declarando a constitucionalidade da contribuição constitui verdadeira alteração do estado de direito.Recurso não provido.	30 de janeiro de 2003
107-07048	CSLL — "COISA JULGADA" EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA — ALCANCE — Em matéria tributária a chamada "coisa julgada" tem limites: 1) Tratando-se de Mandado de Segurança, a eficácia da coisa julgada deve ficar restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional, não se aplicando, portanto, às relações futuras, relações continuativas; 2) Tratando-se de Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídica pesam contra a perenidade da decisão: a) a alteração superveniente da legislação (art. 471, I, do Código de Processo Civil); e b) a superveniência da Declaração de Constitucionalidade, exarada pela Suprema Corte.	19 de março de 2003

105-13133	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - EX.: 1997 - Dispondo o sujeito passivo de decisão em seu favor, com trânsito em julgado, havendo ulterior decisão do plenário do egrégio Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, mesmo não figurando nos processos, os efeitos da coisa julgada termina com a edição da resolução do Senado da República ofertando efeitos "erga omnes" à decisão, visto que tendo a resolução força para suspender a executoriedade da lei, é razoável que sendo a coisa julgada lei em sentido material, seus efeitos tenham a mesma sorte, quanto à suspensão da executoriedade, da lei expedida pelo Poder Legislativo. Assim com a edição da Resolução nº 11, de 04.04.95 do Senado Federal ofertando efeitos "erga omnes" às decisões do plenário do STF, cessa os efeitos da coisa julgada e devem prevalecer os princípios da legalidade, isonomia, livre iniciativa e da razoabilidade. Recurso improvido.	16 de março de 2000
107-07049	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - DECADÊNCIA - CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL - ART. 150, §4º - NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.212/91. O prazo decadencial das contribuições é o previsto no art. 150, §4º do CTN, pois, em virtude de prescrição constitucional (art. 146, III), trata-se de matéria exclusiva de lei complementar, não podendo ser tocada por lei ordinária. No caso, até o exercício de 1996, pode-se falar em decadência. IRPJ - "COISA JULGADA" EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA - ALCANCE - Em matéria tributária a chamada "coisa julgada" tem limites: 1) Tratando-se de Mandado de Segurança, a eficácia da coisa julgada deve ficar restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional, não se aplicando, portanto, às relações futuras, relações continuativas; 2) Tratando-se de Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídica pesam contra a perenidade da decisão: a) a alteração superveniente da legislação (art. 471, I, do Código de Processo Civil); e b) a superveniência da Declaração de Constitucionalidade, exarada pela Suprema Corte.	19 de março de 2003
103-21850	IRRP — GLOSA — DESPESAS FINANCEIRAS. O repasse de fundos para empresas ligadas, sem a incidência de juros de mercado, possibilita a glosa de parte das despesas financeiras incorridas ou pagas nos empréstimos obtidos. CSSL - RECONHECIMENTO E INCONSTITUCIONALIDADE — LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL— ALTERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO — ART. 471, I, DO CPC. O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de fatos geradores de natureza continuada, não se projeta para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine em cada caso o Poder Judiciário. Havendo decisão judicial declarando a inconstitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro instituída pela Lei 7689/88, a coisa julgada é abalada quando é alterado o estado de fato ou de direito, nos termos do art. 471, I, do CPC. A decisão do STF declarando a constitucionalidade da contribuição constitui verdadeira alteração do estado de direito.	23 de fevereiro de 2005



101-96445	<p>DECADÊNCIA CSLL- A decadência da CSLL se submete às regras do CTN. Em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação, e não havendo acusação de dolo, fraude ou simulação, o direito da Fazenda Pública de constituir crédito tributário extingue-se em cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador.</p> <p>CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE — LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL— ALTERAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO — ART. 471, I, DO CPC — O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de fatos geradores de natureza continuada, não se projeta para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine em cada caso o Poder Judiciário. Havendo decisão judicial declarando a inconstitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro instituída pela Lei 7689/88, a coisa julgada é abalada quando é alterado o estado de fato ou de direito, nos termos do art. 471, I, do CPC. A decisão do STF declarando a constitucionalidade da contribuição constitui verdadeira alteração do estado de direito.</p> <p>JUROS DE MORA- SELIC- A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais (Súmula 1º CC nº 4).Recurso provido em parte</p>	09 de novembro de 2007
107-06690	<p>PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DECADÊNCIA - CSLL — CTN, ART. 150, PAR. 4º. — APLICAÇÃO — Tendo a Suprema Corte, de forma reiterada, proclamado a natureza tributária das contribuições de seguridade social, determinando, pois, em matéria de decadência, a lei e o direito aplicável, por força do que dispõe o art. 146, III, b da Constituição Federal, aplica-se as regras do CTN em detrimento das dispostas na Lei Ordinária 8212/91. Interpretação mitigada do disposto na Portaria MF 103/02, isto em face do disposto na Lei 9.784/99 que manda o julgador, na solução da lide, atuar conforme a lei e o Direito. Portanto, deve-se reconhecer, a favor da recorrente, a decadência do direito da Fazenda Publica, relativamente aos exercícios financeiros de 1993 a 1995, efetuar o lançamento.</p> <p>CSLL — "COISA JULGADA" EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA — ALCANCE — Em matéria tributária a chamada "coisa julgada" tem limites: 1) Tratando-se de Mandado de Segurança, a eficácia da coisa julgada deve ficar restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional, não se aplicando portanto às relações futuras, relações continuativas; 2) Tratando-se de Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídica pesam contra a perenidade da decisão: a) a alteração superveniente da legislação (art. 471, I, do Código de Processo Civil); e b) a superveniência da Declaração de Constitucionalidade, exarada pela Suprema Corte.</p>	09 de julho de 2002
107-07.519	<p>PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - DECADÊNCIA - CSLL — CTN, ART. 150, PAR. 40• — APLICAÇÃO — Tendo a Suprema Corte, de forma reiterada, proclamado a natureza tributária das contribuições de seguridade social, determinando, pois, em matéria de decadência, a lei e o direito aplicável, por força do que dispõe o</p>	18 de fevereiro de 2004

	<p>art. 146, III, b da Constituição Federal, aplicam-se as regras do CTN em detrimento das dispostas na Lei Ordinária 8.212/91. Interpretação mitigada do disposto na Portaria MF 103/02, isto em face do disposto na Lei 9.784/99 que manda o julgador, na solução da lide, atuar conforme a lei e o Direito. Portanto, deve-se reconhecer, <b>a favor da recorrente, a decadência do direito da Fazenda Publica, relativamente aos anos-calendário de 1992 a 1994, efetuar o</b> lançamento. CSLL — "COISA JULGADA" EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA — ALCANCE — Em matéria tributária a chamada "coisa julgada" tem limites: 1) Tratando-se de Mandado de Segurança, a eficácia da coisa julgada deve ficar restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional, não se aplicando portanto às relações futuras, relações continuativas; 2) Tratando-se de Ação Declaratória de Inexistência da Relação Jurídica pesam contra a perenidade da decisão: <b>a) a</b> alteração superveniente da legislação (art. 471, I, do Código de Processo Civil); e b) a superveniência da Declaração de Constitucionalidade, exarada pela Suprema Corte.</p>	
108-07921	<p>CSL - COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA - PERENIDADE - LIMITE TEMPORAL - Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.</p>	13 de agosto de 2004
108-09720	<p>CSL — COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA — PERENIDADE — LIMITE TEMPORAL - Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, que afasta a incidência da • Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.</p>	13 de agosto de 2004
108-07.922	<p>CSL — COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA — PERENIDADE — LIMITE TEMPORAL - Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.</p>	13 de agosto de 2004

108-07.858	CSL — COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA —PERENIDADE — LIMITE TEMPORAL - Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.	18 de junho de 2004
108-07859	IRPJ — INDÍCIOS DE OMISSÃO DE RECEITAS - Não autorizam a constatação de omissão de receitas os indícios de falta de registro de compra de veículos, mormente quando não descaracterizadas, por meio de elementos de prova convergentes, as informações prestadas pela empresa. IRF — CSL - COFINS - LANÇAMENTOS DECORRENTES – O decidido no julgamento da exigência principal do Imposto de Renda Pessoa Jurídica faz coisa julgada nos lançamentos dela decorrentes, no mesmo grau de jurisdição, ante a íntima relação de causa e efeito entre eles existente. Recurso provido.	18 de junho de 2004
108.05967	CSL — COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA —PERENIDADE — LIMITE TEMPORAL: Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, proferida por Tribunal Regional Federal, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do STF em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.	25 de janeiro de 2000
105-17095	CSL – COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA –PERENIDADE – LIMITE TEMPORAL- Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado que afasta a incidência da Lei nº7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações • jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.	15 de outubro de 2003
108-07858	CSL — COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA — PERENIDADE — LIMITE TEMPORAL - Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.	18 de junho de 2004

108-07857	CSL — COISA JULGADA - RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA —PERENIDADE — LIMITE TEMPORAL - Não são eternos os efeitos da decisão judicial transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88 sob fundamento de sua inconstitucionalidade. Ainda que se admitisse a tese da extensão dos efeitos dos julgados nas relações jurídicas continuadas, esses efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, como também sobrevindo alteração legislativa na norma impugnada. Recurso negado.	8 de junho de 2004
101-93130	CSSL — COISA JULGADA-FUNDAMENTOS DA DECISÃO JUDICIAL — ESTADO DE DIREITO ALTERADO — A coisa julgada material decorrente de sentença judicial transitada em julgado, abriga o contribuinte contra a exigência da CSSL, até o momento em que seja alterado o estado de direito, que foi fundamento para a declaração de sua inconstitucionalidade. Recurso a que se nega provimento.	15 de agosto de 2000
101-95.256	PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL — OMISSÃO — RERATIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO — Constatado, através do exame de embargos declaratórios, a ocorrência de erro no acórdão embargado, devem ser acolhidos os embargos para a devida retificação do julgado anterior.	09 de novembro de 2005
103-20.459	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — LIMITES DA COISA JULGADA — Nas relações tributárias de natureza continuativa, não é cabível a alegação da coisa julgada em relação aos fatos geradores ocorridos após alterações legislativas, posto que, a imutabilidade diz respeito, apenas, aos fatos concretos declinados no pedido, ficando sua eficácia restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional. Assim, não se perpetuam os efeitos da decisão transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei Nº 7.689/88, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, principalmente, considerando o pronunciamento posterior e definitivo do STF, em sentido contrário, cuja eficácia tomou-se " <i>erga omnes</i> " pela edição de Resolução do Senado Federal. Recurso provido parcialmente.	05 de dezembro de 2000
103-23171	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA - MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO 1 - Em matéria tributária a coisa julgada não tem o condão de perenidade, sobretudo tendo a Suprema Corte, na qualidade de guardião da Constituição, declarado a constitucionalidade da exigência da contribuição social sobre o lucro a partir do exercício financeiro de 1988. Aplicabilidade, no caso, da Súmula 239 do STF. 2 - A Lei nº 8.212, de 1991, constitui fundamento legal apto para exigir a contribuição social sobre o lucro de contribuintes desobrigados, por decisão judicial definitiva, a cumprir a Lei nº7.689. de 1988.	10 de agosto de 2007

107-06017	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL - ALEGAÇÃO DE OFENSA A COISA JULGADA - INOCORRÊNCIA - MANUTENÇÃO DO LANÇAMENTO – Em matéria tributária a coisa julgada não tem o condão de perenidade, sobretudo tendo a Suprema Corte, na qualidade de guardiã da Constituição, declarado a constitucionalidade da exigência da contribuição social sobre o lucro a partir do exercício financeiro de 1988. Aplicabilidade, no caso, da Súmula 239 do STF.	12 de julho de 2000
108-06817	CSL — COISA JULGADA — FUNDAMENTO DA DECISÃO JUDICIAL - LIMITE TEMPORAL — A coisa julgada material decorrente de sentença judicial transitada em julgado abriga o sujeito passivo contra a exigência da CSL, até o momento em que seus efeitos sucumbem ante pronunciamento definitivo e posterior do STF em sentido contrário, ou haja alteração da legislação. Recurso negado.	22 de janeiro de 2002
107-05919	Contribuição Social - Alegação de Ofensa a Coisa Julgada - Inocorrência - Manutenção do Lançamento - Em matéria tributária a coisa julgada não tem o condão de perenidade, sobretudo tendo a Suprema Corte, na qualidade de guardiã da Constituição, declarado a constitucionalidade da exigência da contribuição social sobre o lucro a partir do exercício financeiro de 1988. Aplicabilidade, no caso, da Súmula 239 do STF. Recurso Negado	15 de março de 2000
101-92593	COISA JULGADA MATERIAL EM MATÉRIA FISCAL- O alcance dos efeitos da coisa julgada material, quando se trata de ações tributárias, de natureza continuativa, não pode se projetar para fatos futuros, a menos que assim expressamente determine, em cada caso, o Poder Judiciário. Recurso não provido.	16 de março de 1999
103-20459	CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO — LIMITES DA COISA JULGADA — Nas relações tributárias de natureza continuativa, não é cabível a alegação da coisa julgada em relação aos fatos geradores ocorridos após alterações legislativas, posto que, a imutabilidade diz respeito, apenas, aos fatos concretos declinados no pedido, ficando sua eficácia restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional. Assim, não se perpetuam os efeitos da decisão transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei N° 7.689/88, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, principalmente, considerando o pronunciamento posterior e definitivo do STF, em sentido contrário, cuja eficácia tomou-se "erga omnes" pela edição de Resolução do Senado Federal. Recurso provido parcialmente.	05 de dezembro de 2000

105-14668	<p>CSLL - LIMITES DA COISA JULGADA - Nas relações tributárias de natureza continuativa, não é cabível a alegação da coisa julgada em relação a fatos geradores ocorridos após alterações legislativas, posto que, a imutabilidade diz respeito, apenas, aos fatos concretos declinados no pedido, ficando sua eficácia restrita ao período de incidência que fundamentou a busca da tutela jurisdicional. Assim não se perpetuam os efeitos da decisão transitada em julgado, que afasta a incidência da Lei nº 7.689/88, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade, principalmente, considerando o pronunciamento posterior ao definitivo do STF, em sentido contrário, cuja eficácia tornou-se "erga omnes" pela edição de Resolução do Senado Federal. • DECADÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO – A contribuição social sobre o lucro líquido, "ex vi" do disposto no art. 149, c.c. art. 195, ambos da C.F., e, ainda, em face de reiterados pronunciamentos da Suprema Corte, tem caráter tributário. Assim, em face do disposto nos arts. nº 146, III, "b" , da Carta Magna de 1988, a decadência do direito de lançar as contribuições sociais deve ser disciplinada em lei complementar. À falta de lei complementar específica dispendo sobre a matéria, ou de lei anterior recebida pela Constituição, a Fazenda Pública deve seguir as regras de caducidade previstas no Código Tributário Nacional. CSLL -COMPENSAÇÃO DE BASE NEGATIVA - LIMITES - LEI Nº 8.981/95, ARTS. 42 E 58 LEI Nº 9.065/95 ART 15 e 16 Para determinação do lucro real e, da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, a partir do exercício financeiro de 1995, o lucro líquido ajustado e a base positiva da CSL, poderão ser reduzidos em, no máximo, trinta por cento do lucro real e da base de cálculo positiva.</p>	13 de agosto de 2004
-----------	---	----------------------