

PARECER
PGFN/CRJ/Nº 492/2011

Luana Vargas Macedo

Procuradora da Fazenda Nacional

DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO QUE DISCIPLINA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CONTINUATIVA. MODIFICAÇÃO DOS SUPORTES FÁTICO/JURÍDICO. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. SUPERVENIÊNCIA DE PRECEDENTE OBJETIVO/DEFINITIVO DO STF. CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DA EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO TRIBUTÁRIA TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE VOLTAR A COBRAR O TRIBUTO, OU DE DEIXAR DE PAGÁ-LO, EM RELAÇÃO A FATOS GERADORES FUTUROS.

1. A alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de uma dada *relação jurídica tributária de trato sucessivo* faz surgir uma relação jurídica tributária *nova*, que, por isso, não é alcançada pelos *limites objetivos* que balizam a eficácia vinculante da referida decisão judicial. Daí por que se diz que, alteradas as circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes à época da prolação da decisão, esta naturalmente deixa de produzir efeitos vinculantes, dali para frente, dada a sua natural inaptidão de alcançar a nova relação jurídica tributária.

2. Possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, *independentemente da época em que prolatados*; (ii) *quando posteriores a 3 de maio de 2007*, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) *quando anteriores a 3 de maio de 2007*, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso,

tenham sido oriundos do Plenário do STF e confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.

3. Os precedentes objetivos e definitivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias.

4. A cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado opera-se *automaticamente*, de modo que: (i) quando se der a favor do Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional na anterior decisão, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; (ii) quando se der a favor do contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional na decisão anterior, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido.

5. Face aos princípios da segurança jurídica, da não surpresa e da proteção à confiança, bem como por força do art. 146 do CTN, nas hipóteses em que o advento do precedente objetivo e definitivo do STF e a conseqüente cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado sejam pretéritos ao presente Parecer, a publicação deste configura o marco inicial a partir do qual o Fisco retoma o direito de cobrar o tributo em relação aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor.

I

DEFINIÇÃO DO OBJETO DO PRESENTE PARECER E REGISTROS PRELIMINARES

O presente Parecer tem por escopo enfrentar questão cujo pano de fundo é o intrigante e atual tema dos “*reflexos gerados pela alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à coisa julgada em matéria tributária*”. Mais especificamente, e indo direto ao ponto, o questionamento que se pretende responder ao longo deste Parecer é o seguinte: *em que medida a eficácia da decisão transitada em julgado que se volta para uma relação jurídica tributária sucessiva, considerando-a existente ou inexistente, é impactada, em relação aos seus desdobramentos futuros, pela superveniência de jurisprudência do STF em sentido contrário ao sufragado pela referida decisão?*

2. Na prática, a questão acima referida tem se apresentado à Fazenda Nacional nos seguintes termos: *a sentença transitada em julgado em que, por exemplo, se reconhece à empresa-autora o direito de não pagar determinado tributo face*

à inconstitucionalidade da lei que o instituiu, possui o condão de eximir essa empresa do pagamento de tal tributo eternamente, mesmo em relação a fatos geradores ocorridos após a consolidação da jurisprudência do STF no sentido da total constitucionalidade da referida lei tributária? Ou, a mesma questão, agora apresentada sob outra perspectiva: a sentença transitada em julgado em que se reconhece ser devido o tributo, face à constitucionalidade da respectiva lei de incidência, permite que o Fisco continue cobrando tal tributo da empresa-autora mesmo em relação a fatos geradores ocorridos após a consolidação da jurisprudência do STF no sentido da total inconstitucionalidade da mencionada lei?

3. É essa a questão que se pretende enfrentar no presente Parecer. Antes disso, todavia, vale fazer *dois registros* iniciais ou preliminares.

4. Pelo *primeiro registro*, pretende-se dar os devidos créditos a todos os que contribuíram, de forma mais direta, com a elaboração deste Parecer. Nessa linha, cumpre desde logo referir que as considerações e conclusões adiante expostas tomaram como ponto de partida, bem como inspiração constante, os estudos capitaneados – *brilantemente*, frise-se - pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. PAULO MENDES DE OLIVEIRA, especialmente ao tempo de sua atuação nesta Coordenação-Geral de Representação Judicial (CRJ); desses estudos, aliás, resultou minuta de Parecer da qual foram extraídos muitos dos conceitos e das idéias a seguir apresentadas.

5. E mais: este Parecer é fruto, ainda, dos longos e profícuos debates instaurados no âmbito desta Coordenação de Consultoria Judicial (COJUD), da Coordenação-Geral de Representação Judicial (CRJ), acerca do tema nele tratado, bem como dos debates travados na Audiência Pública promovida, a seu respeito, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em junho de 2010¹. Por fim, ainda neste contexto, também não poderia deixar de ser registrado que alguns dos temas que serão analisados no presente Parecer já foram abordados no âmbito da PGFN, embora de forma um pouco diversa da que será desenvolvida a seguir, em duas valiosas manifestações: no Parecer PGFN/CRJ n. 1.277/94, elaborado pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO, e na análise sobre o cabimento de ação rescisória, elaborada pelo Procurador da Fazenda Nacional Dr. ARTHUR ALVES DA MOTA em 30 de janeiro de 2004, posteriormente corroborada pela Nota PGFN/CRJ 410/2004. Essas duas manifestações também inspiraram o presente trabalho.

6. Já pelo *segundo registro preliminar*, pretende-se, já neste momento inicial, espancar eventuais dúvidas quanto ao objeto que será realmente

¹ Essa Audiência Pública – a primeira na história da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, vale mencionar-, contou com a ilustre participação, como ouvintes, de Procuradores da Fazenda Nacional de todo o país e de representantes dos mais diversos seguimentos da sociedade civil interessados no tema em debate (p. ex., Confederações e escritórios de Advocacia), e, como palestrantes, do Ministro do STJ TEORI ALBINO ZAVASCKI, do advogado HELENO TAVIEIRA TORRES e do Coordenador de Consultoria Judicial da PGFN, o Procurador da Fazenda Nacional Dr. JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO.

enfrentado no presente Parecer. Com esse escopo, vale esclarecer que *não se* pretende tratar, a seguir, da conhecida questão da “relativização da coisa julgada inconstitucional”, embora seja certo que esta - quando trazida para o campo do Direito Tributário-, assim como a que será especificamente enfrentada neste Parecer, possuem o mesmo tema como “pano de fundo”, qual seja, o já referido tema dos “*reflexos gerados pela alteração da jurisprudência do STF em relação à coisa julgada em matéria tributária*”. Apesar de tal semelhança, essas duas questões são, na essência, bastante diferentes, conforme restará melhor detalhado e explicado em momento oportuno; por ora, basta ter-se em mente que, enquanto a questão objeto do presente Parecer volta-se a apreciar o impacto que a nova jurisprudência do STF produz em relação aos *desdobramentos futuros* da coisa julgada que disciplina relação jurídica tributária de *trato continuado*, a “relativização da coisa julgada inconstitucional”, por outro lado, volta-se para o passado, permitindo a revisão dos *efeitos pretéritos* da decisão tributária transitada em julgado contrária à posterior jurisprudência do STF. E essa diferença possui grande repercussão prática, conforme será adiante demonstrado.

7. Feitos esses registros preliminares, passa-se, finalmente, ao enfrentamento do objeto do presente Parecer.

II

O IMPACTO CAUSADO PELA JURISPRUDÊNCIA DO STF EM RELAÇÃO À EFICÁCIA VINCULANTE DE DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO VOLTADA À DISCIPLINA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA SUCESSIVA

a) A alteração nos suportes fático ou jurídico da decisão tributária transitada em julgado faz cessar, prospectivamente, a sua eficácia vinculante

8. Como se sabe, o juízo de certeza contido nas sentenças judiciais proferidas nos autos de processos de conhecimento recai, primordialmente, sobre a incidência, ou não, de determinada norma sobre um dado suporte fático nela previsto; ocorridos os fatos previstos em lei (“suporte fático”) como aptos a fazer incidir a norma geral e abstrata (suporte jurídico), esta incide, nascendo, daí, a relação jurídica de direito material. *É, precisamente, essa relação jurídica de direito material que será declarada como existente ou inexistente na sentença, e é esse juízo de certeza (sobre a existência ou inexistência da relação, com as conseqüências jurídicas daí decorrentes) que se torna imutável e vinculante quando acobertado pela coisa julgada.*

9. Quando a decisão transitada em julgado se volta a disciplinar as chamadas relações jurídicas de direito material **sucessivas**, ou de *trato continuado* - assim entendidas como sendo aquelas que nascem, ou podem nascer, de fatos geradores que se repetem no tempo de maneira uniforme

e continuada² (e que, ao se repetirem, fazem-se repetir o fenômeno da incidência) -, declarando-as existentes ou inexistentes, a imutabilidade e a eficácia vinculante que dela decorre recairá, também, sobre *os desdobramentos futuros* da declaração de existência ou inexistência dessas relações jurídicas. De fato, conforme esclarece o Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, “é sabido que tal situação, por seu caráter duradouro, está apta a perdurar no tempo, podendo persistir quando, no futuro, houver repetição de outros fatos geradores instantâneos, semelhantes ao examinado na sentença. Nesses casos, *admite-se a eficácia vinculante da sentença também em relação aos eventos recorrentes. Isso porque o juízo de certeza desenvolvido pela sentença sobre determinada relação jurídica concreta decorre, na verdade, de juízo de certeza sobre situação jurídica mais ampla, de caráter duradouro, componente, ainda que mediata, do fenômeno da incidência*”³. (Grifou-se).

10. Ocorre que a imutabilidade e a eficácia vinculante da decisão transitada em julgado apenas recairá sobre os desdobramentos futuros da declaração, nela contida, de existência ou inexistência da relação jurídica de direito material sucessiva deduzida em juízo, *se e enquanto* permanecerem inalterados os suportes fático e jurídico existentes ao tempo da sua prolação, ou seja, *se e enquanto continuarem ocorrendo aqueles mesmos fatos e continuar a incidir (ou a não incidir) aquela mesma norma* sob os quais o juízo de certeza se formou. Alteradas as circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes à época da prolação da decisão, *o que se faz possível em face da natureza conhecidamente dinâmica dos fatos e do direito*, essa decisão naturalmente deixa de produzir efeitos vinculantes, dali para frente; trata-se da cláusula *rebus sic stantibus* subjacente às sentenças em geral, com especial destaque àquelas que se voltam à disciplina de relações jurídicas de trato continuado.

11. Veja-se que isto se dá – e eis aqui ponto essencial à compreensão de tudo o que será dito a seguir -, por razões ligadas aos *limites objetivos da coisa julgada*, que determinam que a eficácia vinculante que emana das decisões transitadas em julgado recaia, apenas, sobre a *específica* relação jurídica de direito material deduzida em juízo (apontada como existente ou inexistente) e nela apreciada, e não sobre qualquer outra. Assim, modificados os fatos existentes ao tempo da prolação da decisão, ou alterado o direito então aplicável à espécie, estar-se-á diante de *nova relação jurídica de direito material*, que, *justamente por ser diferente daquela nela declarada, de modo definitivo em razão do*

2 Adota-se, aqui, a definição de “relação jurídica sucessiva” utilizada pelo Ministro do STJ TEORI ALBINO ZAVASCKY, que considera que “há uma terceira espécie de relação jurídica, a sucessiva, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de forma uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre circulação de mercadoria, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre a folha de salário ou sobre o faturamento.” (ZAVASCKY, Teori Albino. *Cosa julgada em matéria constitucional e eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>.)

3 ZAVASCKY, idem.

seu posterior trânsito em julgado, como existente ou inexistente, não poderá ser alcançada pelos efeitos vinculantes da referida decisão. Tanto é assim que essa nova relação jurídica material poderá ser objeto de debate e decisão em nova demanda, sem que isso encontre óbice na coisa julgada anterior.

12. Vistos esses conceitos basilares, impende trazê-los integralmente ao campo do *Direito Tributário, para nele permanecer até o final deste Parecer.* Como se sabe, as relações jurídicas desenvolvidas nesse campo, travadas entre Fisco e sujeitos passivos tributários, assumem, frequentemente, uma feição continuada, eis que se repetem no tempo de forma sucessiva e homogênea, nascendo todas as vezes que ocorre, no mundo dos fatos, a hipótese de incidência prevista na lei tributária; dessa repetição de relações jurídicas tributárias no tempo, resulta, de forma também contínua e homogênea, a obrigação de pagar o correspondente tributo⁴.

13. Pode-se afirmar, então, à luz dos conceitos acima expostos, que a decisão transitada em julgado que disciplina determinada relação jurídica tributária sucessiva (*daqui para frente chamada, apenas, de “decisão tributária transitada em julgado”*⁵), julgando-a, *por exemplo*, inexistente por considerar que a respectiva norma de incidência é incapaz de efetivamente incidir (o que tem como consequência jurídica imediata a impossibilidade de que o Fisco exija, do autor da ação, o tributo ali discutido), *deixará de produzir efeitos vinculantes a partir do momento em que se verificar que as circunstâncias de direito existentes ao tempo da sua prolação se alteraram (os fatos continuam ocorrendo, mas o direito mudou).*

14. Consequência disso, e já antecipando o que será melhor desenvolvido mais adiante, é que, no exemplo acima, *os fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor após a alteração das circunstâncias jurídicas* – e a consequente cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado – *poderão naturalmente sofrer a incidência da lei tributária (ou nova, ou alterada), surgindo daí, de um lado, a obrigação de recolher o tributo, e, de outro, o direito de cobrá-lo*, sem que represente óbice a tanto a existência de coisa julgada anterior. O mesmo ocorrerá caso a alteração recaia sobre o suporte fático existente ao tempo da prolação da decisão tributária transitada em julgado: a sua eficácia vinculante deixará de operar a partir dessa modificação fática.

4 Sobre o tema, confira-se a lição de HUGO DE BRITO MACHADO: “A relação jurídica continuativa é peculiar aos tributos relativos a ocorrências que se repetem, formando uma atividade mais ou menos duradoura. É o que ocorre no ICMS, no IPI, no ISS, no Imposto de renda e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das empresas. Há, em todos esses tributos, relação tributária continuativa por que os fatos geradores dos mesmos se repetem indefinidamente, embora existam períodos de determinação dos valores desses tributos, dos valores a serem pagos pelo contribuinte.” (Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. Co-edição Dialética e ICET, São Paulo e Fortaleza, 2006, p. 164)

5 O que se faz, apenas, para facilitar a comunicação, apesar de se saber que as decisões judiciais relativas à matéria tributária, por óbvio, nem sempre tratam de relações jurídicas tributárias sucessivas.

15. Deixando de lado as possibilidades de alterações nos *suportes fáticos* capazes de fazer cessar a eficácia vinculante da decisão tributária passada em julgado, que são inúmeras, tantas quantas permite a liberdade humana, passa-se a centrar o foco no aspecto que verdadeiramente interessa ao presente Parecer, donde vem a pergunta: *quais são as alterações nas circunstâncias jurídicas existentes ao tempo da prolação da decisão tributária posteriormente transitada em julgado que são capazes de fazer cessar a sua eficácia vinculante?*

16. Para que se responda a essa pergunta, há que se manter em mente, como verdadeira premissa, o seguinte: *as modificações nas circunstâncias jurídicas existentes ao tempo da prolação da decisão tributária posteriormente transitada em julgado capazes de fazer cessar a sua eficácia vinculante são aquelas que, quando ocorridas, fazem surgir uma relação jurídica tributária nova, diversa da deduzida inicialmente na demanda e, por isso mesmo, não alcançada pelos limites objetivos da coisa julgada ali formada. Portanto, são aquelas que impactam ou alteram o próprio sistema jurídico vigente - assim entendido como o conjunto de normas (regras e princípios) predestinadas a disciplinar o convívio social -, representando, de certa forma e sob algum aspecto relevante, "direito novo".*

17. Fixada essa premissa, faz-se possível identificar, como um primeiro e mais óbvio exemplo desse tipo de circunstância jurídica, as *alterações da legislação tributária*, cujo advento acarreta o surgimento de uma relação jurídica tributária nova e, por isso mesmo, é capaz de fazer cessar a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado formada com base na legislação anterior: é o que se tem, por exemplo, quando uma empresa é considerada, em sentença transitada em julgado, isenta do pagamento de determinado tributo e, posteriormente, a lei que lhe confere tal isenção é revogada; ora, a referida sentença foi proferida quando vigente uma determinada ordem jurídica em que existia norma conferindo a isenção reconhecida; com a revogação dessa norma, a anterior sentença transitada em julgado deixa de produzir efeitos para o futuro, o que permite que o Fisco passe a cobrar, do contribuinte-autor, o tributo em relação aos fatos geradores por ele praticados dali para frente.

18. Registre-se, aliás, que a doutrina e a jurisprudência pátrias já há algum tempo vêm reconhecendo, sem maiores controvérsias, que a decisão transitada em julgado sob a égide de uma dada ordem normativa perde seus efeitos vinculantes, para o futuro, com o advento de uma nova legislação, não sendo apta a disciplinar atos praticados com base na ordem normativa sobrevinda; nesse sentido, vale conferir elucidativo acórdão recentemente proferido pela Corte Especial do STJ:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI FIXANDO NOVOS VENCIMENTOS. ABSORÇÃO DAS VANTAGENS

ANTERIORES, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA, OBSERVADA A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. PRECEDENTES (MS 11.145, CE, MIN. JOÃO OTÁVIO, DJE 03/11/08). 1. Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. *Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula rebus sic stantibus). Assim, não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, em que a nova norma jurídica tem eficácia ex nunc, sem efeitos retroativos.* Precedentes da CE e de Turmas do STJ. 2. No caso, a superveniente Lei 10.475/02, dispondo sobre os vencimentos de servidores públicos, operou a absorção dos valores anteriores, inclusive o das vantagens asseguradas por sentença, mas preservou a irredutibilidade mediante o pagamento de eventuais diferenças como direito individual (art. 6º). Legitimidade da norma, conforme decisão do STF, adotada como fundamento do ato atacado. 3. Mandado de segurança denegado. (Grifou-se). (STJ, MS n. 11045, Corte Especial, Relator Min. Teori Albino Zavascki, DJE 25/02/2010).

19. Mas a alteração legislativa *não* é a única mudança no suporte jurídico existente ao tempo da prolação da decisão tributária passada em julgado que, por fazer surgir uma relação jurídica tributária diversa da nela apreciada, mostra-se capaz de fazer cessar a sua eficácia vinculante, para o futuro: conforme restará demonstrado no tópico a seguir, *a consolidação da jurisprudência do STF em sentido diverso daquele sufragado na decisão tributária transitada em julgado também representa, em determinadas hipóteses, significativa alteração do suporte jurídico sob o qual o juízo de certeza nela contido se formou, e, assim, revela-se capaz de fazer cessar a eficácia vinculante dele emanada.*

b) O advento de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido diverso do sufragado em anterior decisão tributária transitada em julgado representa circunstância jurídica nova e faz cessar a sua eficácia vinculante

b.1 – A jurisprudência do Plenário do STF, em controle concentrado ou, em algumas hipóteses, difuso de constitucionalidade, possui força para impactar ou alterar o sistema jurídico vigente

20. Sabe-se que a ordem constitucional vigente imputou à Suprema Corte a função institucional precípua de exercer a guarda da Constituição Federal, atribuindo-lhe, para tanto, o monopólio para proferir a *última*

palavra no que pertine à análise da compatibilidade das leis em face da Constituição, bem como à interpretação do próprio texto constitucional. De fato, quando o STF, no exercício desse *mister* constitucional, profere decisão reconhecendo, em caráter final, a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um determinado dispositivo legal, o que daí resulta é a resolução definitiva acerca da capacidade, ou não, de incidência dessa norma, o que não pode deixar de surtir reflexos, num primeiro momento, no próprio sistema jurídico vigente e, num segundo momento, e por consequência, nas relações jurídicas que possuem - ou possuíam - como suporte jurídico o dispositivo legal apreciado.

21. Com efeito, dada a força de que se revestem alguns dos precedentes oriundos do STF, explicada, dentre outros fatores, justamente pela mencionada função institucional atualmente atribuída à Suprema Corte, não há como negar que o advento desses precedentes possui o condão de conferir à norma (constitucional ou legal) por eles apreciada um *atributo novo*: a condição de norma definitivamente interpretada ou analisada pelo órgão responsável por dar a palavra final sobre o tema. Assim, se antes de proferido o pronunciamento definitivo da Suprema Corte ainda podia pairar alguma dúvida sobre, por exemplo, a compatibilidade ou não de um dado dispositivo legal com a Constituição Federal, ou, ainda, sobre qual a correta interpretação a ser dada a um determinado dispositivo constitucional, *com o seu advento todas as eventuais dúvidas são substituídas por um juízo de certeza final acerca do tema*. Conforme ensina TEORI ALBINO ZAVASCKY, o “STF é o guardião da Constituição. Ele é o órgão autorizado pela própria Constituição a dar a palavra final em temas constitucionais. A Constituição, destarte, é o que o STF diz que ela é. Eventuais controvérsias interpretativas perante outros tribunais perdem, institucionalmente, toda e qualquer relevância frente ao pronunciamento da Suprema Corte⁶”.

22. Daí que, diante da roupagem e das funções institucionais conferidas, pela ordem constitucional positiva, à Suprema Corte, é certo que as suas decisões definitivas, uma vez proferidas, incorporam-se ao sistema jurídico vigente - *assim entendido, repita-se, como o conjunto de normas (regras e princípios) predestinadas a disciplinar o convívio social* -, agregando-lhe um elemento até então inexistente, e que consiste, justamente, no já mencionado juízo de certeza acerca da constitucionalidade, ou não, de uma determinada lei, ou acerca da correta interpretação de uma dada norma constitucional. Esse juízo de certeza termina por se prender ou se incorporar à própria lei analisada, cuja aplicação, ou, conforme o caso, cuja não aplicação, deverá, dali por diante, estar nele pautada. Assim, sob essa ótica, pode-se afirmar que alguns dos precedentes oriundos do STF *impactam ou alteram o sistema jurídico vigente, que passa a ser integrado por um novo elemento*.

6 *Apud* trecho do voto proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO quando do julgamento da ADIN 3345/DF.

23. Importa ressaltar, entretanto, que para que um precedente do STF seja capaz de efetivamente alterar ou impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo, faz-se necessário que nele se possa identificar duas características essenciais: *primeira* – que se trate de decisão que enfrenta uma dada questão constitucional de forma objetiva, resolvendo-a em tese, sem qualquer apego a dados subjetivos da demanda concreta; *segunda* – que essa decisão, além de objetiva, seja definitiva, ou seja, esteja vocacionada a representar a palavra final da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada. Essas características, quando conjuntamente presentes em um determinado precedente, permite que se considere que o comando nele contido veicula a *resolução definitiva* da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada, dando-lhe solução estável, apta a se aplicar à generalidade das situações que, eventualmente, apresentem questão idêntica.

24. E essas duas características, segundo aqui se entende, fazem-se presentes, *ao menos atualmente* (mais precisamente, após 3 de maio de 2007, conforme restará demonstrado mais adiante), nos precedentes do STF formados: (i) em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis ou; (ii) em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, da Resolução de que trata o art. 52, inc. X da CF/88⁷, desde que, nesse último caso, o precedente tenha resultado de julgamento realizado nos moldes previstos no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC). Ou seja, *nos dias atuais*, são objetivos e definitivos e, portanto, alteram/impactam o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo, *tanto os precedentes oriundos do Plenário do STF formados em controle concentrado de constitucionalidade, quanto alguns dos seus precedentes formados em controle difuso*, independentemente, nesse último caso, de posterior edição, pelo Senado Federal, da Resolução prevista no art. 52, inc. X da CF/88.

25. Para que bem se compreenda as razões que embasam tal assertiva, faz-se mister tecer algumas brevíssimas considerações especificamente acerca do perfil assumido, *na realidade jurídica atual*, pelas modalidades de controle de constitucionalidade - concentrado e difuso - existentes na ordem constitucional positiva, quando exercidas pela Suprema Corte, o que, no entanto, será feito tomando-se como ponto de partida a *concepção tradicional* acerca do tema.

26. E, nesse embalo, inicia-se com o registro de que, *tradicionalmente*, identificavam-se duas diferenças primordiais a apartar as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado daquelas proferidas em controle difuso de constitucionalidade: **1^a** – *a própria natureza das decisões*

7 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; [...].

- enquanto as proferidas em controle concentrado resolveriam as questões jurídicas em tese e *a priori*, de forma objetiva e geral, como o pedido principal de uma ação originária (*principaliter tantum*), as proferidas em controle difuso, opostamente, enfrentariam a questão jurídica *a posteriori*, à luz das peculiaridades do específico caso concreto submetido a julgamento e de acordo com os interesses subjetivos das partes, sempre de forma incidental (*incidenter tantum*); 2^a – *a extensão dos efeitos vinculantes* - enquanto as proferidas em controle concentrado possuiriam eficácia vinculante geral (ou seja: força para vincular os demais órgãos jurisdicionais e a Administração Pública Direta e Indireta), as proferidas em controle difuso possuiriam, opostamente, eficácia vinculante *inter partes* (força para vincular somente as partes das específicas demandas judiciais nas quais são proferidas), que somente passaria a se estender a terceiros caso a lei reconhecida como inconstitucional tivesse a sua eficácia suspensa por Resolução editada pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inc. X da CF/88.

27. Acontece que essa concepção tradicional acerca das duas modalidades de controle de constitucionalidade tem sido gradualmente relativizada por uma *tendência, verificável no sistema jurídico pátrio e que já se espraia no âmbito da Suprema Corte*, de aproximar a natureza e – até mesmo, em algumas situações, a extensão da eficácia vinculante – das decisões proferidas pelo STF nas duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis, naquilo que, na feliz expressão de GILMAR FERREIRA MENDES, revela-se como uma tendência de “*dessubjetivação das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia inter partes.*”⁸

28. Tal tendência de “*dessubjetivação*” do controle de constitucionalidade exercido na modalidade difusa, aproximando-o do exercido na modalidade concentrada, pode ser identificada nos seguintes exemplos, escolhidos à citação por parecerem revelar uma verdadeira mudança de paradigma, ou, ao menos, um processo de transição nesse sentido⁹:

(i) entendimento, manifestado pelo STF no julgamento da ADIN n. 4071¹⁰, no sentido de que *a existência de prévia decisão do seu Plenário considerando constitucional determinada norma jurídica, ainda que em sede de Recurso Extraordinário*

8 Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2008, p. 1100. Sobre o tema,

9 Ainda segundo preconiza GILMAR FERREIRA MENDES: “*A adoção de estrutura procedimental aberta para o processo de controle de constitucionalidade (participação de amicus curiae e outros interessados), a concepção de recurso extraordinário de feição especial para os juizados especiais, o reconhecimento de efeito transcendente para a declaração de inconstitucionalidade incidental, a lenta e gradual superação fórmula do Senado (art. 52, X), a incorporação do instituto da repercussão geral no âmbito de recurso extraordinário com o reconhecimento de uma possível ‘causa petendi’ aberta são demonstrações das mudanças verificadas a partir desse diálogo e intercâmbio entre os modelos de controle de constitucionalidade positivados no Direito Brasileiro. Pode-se apontar, dentre as diversas transformações detectadas, inequívoca tendência para ampliar a feição objetiva do processo de controle incidental entre nós.*” (Idem, p. 1100-1101).

10 “*Agravo regimental. Ação direta de inconstitucionalidade manifestamente improcedente. Indeferimento da petição inicial pelo Relator. Art. 4º da Lei nº 9.868/99.*”

(em controle difuso, portanto), torna manifestamente improcedente ADIN posteriormente ajuizada contra essa mesma norma. Tal entendimento evidencia que a natureza e a extensão dos efeitos oriundos das decisões dadas, pelo STF, em controle concentrado e em controle difuso de constitucionalidade não diferem substancialmente; do contrário, caso as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade apenas vinculassem as partes da demanda concreta, a ADIN antes referida **deveria** ter sido conhecida e julgada improcedente, justamente a fim de conferir eficácia vinculante *erga omnes* ao juízo de constitucionalidade da lei analisada;

(ii) aplicação do art. 27 da Lei n. 9.868/99 (que, tradicionalmente, servia como instrumento de manejo restrito ao âmbito do controle concentrado de constitucionalidade) às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, de forma a lhes modular os efeitos temporais por razões atinentes à “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, o que apenas parece fazer algum sentido caso se admita que a força dessas decisões extrapola o âmbito exclusivo das demandas concretas por elas especificamente disciplinadas, estendendo-se, também, a todas as outras demandas em que se discuta a mesma questão jurídica nela debatida¹¹;

(iii) criação do instituto da repercussão geral e a sua previsão como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do art. 102, §3º da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004), de modo a permitir que apenas aqueles recursos que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, cheguem à apreciação da Suprema Corte;

(iv) já há manifestação monocrática, oriunda do STF, da lavra do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES e acompanhada pelo Min. EROS GRAU, considerando *cabível – e procedente - Reclamação Constitucional ajuizada em face da desobediência, por juiz singular, de decisão proferida pela Suprema*

1. É manifestamente improcedente a ação direta de inconstitucionalidade que verse sobre norma (art. 56 da Lei nº 9.430/96) cuja constitucionalidade foi expressamente declarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, mesmo que em recurso extraordinário.

2. Aplicação do art. 4º da Lei nº 9.868/99, segundo o qual “a petição inicial inepta, não fundamentada e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator”.

3. A alteração da jurisprudência pressupõe a ocorrência de significativas modificações de ordem jurídica, social ou econômica, ou, quando muito, a superveniência de argumentos nitidamente mais relevantes do que aqueles antes prevalecentes, o que não se verifica no caso.

4. O *amicus curiae* somente pode demandar a sua intervenção até a data em que o Relator liberar o processo para pauta.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (Grifou-se). (ADI 4071, Rel. Min. MENÉZES DIREITO, DJU 16/10/2009).

11 Registre-se, apenas para exemplificar, que o STF, com fulcro no art. 27 da Lei n. 9.868/99, modulou os efeitos temporais das decisões proferidas nos autos o RE n. 197.917, da Recl. n. 2391 e do HC n. 82.959.

*Corte nos autos do HC n. 82959/SP12 (em controle difuso, portanto), sob o fundamento de que as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade ostentam eficácia vinculante erga omnes, independentemente da posterior edição de Resolução pelo Senado Federal, elaborada na forma do art. 52, X da CF/88, a qual teria apenas, hodiernamente, o condão de imprimir publicidade a tais decisões*¹³. Trata-se de decisão monocrática proferida nos autos da Reclamação Constitucional n. 4.335/AC, cujo julgamento se encontra, atualmente, sobrestado em razão do pedido de vista feito pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 19/04/2007.

(v) em outro relevante julgamento, proferido nos autos das ADIN n. 3345 e 3365, restou definido que os “*motivos determinantes*” subjacentes às decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade ostentam “*efeitos vinculantes transcendentais*”, de modo que a sua eficácia vinculante extrapola a esfera restrita e específica das demandas individuais nas quais tais decisões são proferidas, vinculando o destino das demais que enfrentem questão jurídica semelhante¹⁴.

29. Todos esses exemplos apontam, inequivocamente, para uma mesma direção, ou para uma mesma verdade que já se mostra irrecusável: as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade, quando oriundas do seu órgão Plenário, independentemente de posterior edição de Resolução Senatorial, têm assumido um caráter objetivo, já que desprendido do caso concreto e de suas vicissitudes. O controle difuso de constitucionalidade, nesse passo, quando exercido pelo Pleno da Suprema Corte, abandona a marca que tradicionalmente o vinculava ao chamado “controle concreto” (posto que feito à luz das peculiaridades do caso concreto), passando a ligar-se, tanto quanto o exercido na modalidade concentrada, ao “controle abstrato”, em que a questão jurídica levada à apreciação é analisada em tese, ainda que de forma incidental (*incidenter tantum*). Mais uma vez, nas palavras de GILMAR

12 Nos autos do HC n. 82959/SP, o STF declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n. 8.072/90, que vedava a concessão, aos presos sob a acusação de cometimento de crimes hediondos ou equiparados, de progressão de regimes para cumprimento de pena.

13 Conforme noticiado no Informativo n. 454/STF, nesse julgamento, defendeu o Min. GILMAR FERREIRA MENDES, em seu voto, que é “*legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso. Conclui, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP.*”

14 Nesse julgamento, o Min. Relator CELSO DE MELLO sustentou, em seu voto, que “*torna-se relevante salientar, na linha do que destacou o eminente Ministro Gilmar Mendes, que esta Suprema Corte deu efeito transcendente aos próprios motivos determinantes que deram suporte ao julgamento plenário do RE 197.917/SP. Esse aspecto assume relevo indiscutível, pois permite examinar a presente controvérsia constitucional em face do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes subjacentes à decisão declaratória proferida no julgamento plenário do RE n. 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correa, especialmente em decorrência das intervenções dos eminentes Ministros Nelson Jobim, Gilmar Mendes e Sepúlveda Pertence. Cabe referir, em particular, neste ponto, a intervenção do eminente Ministro Gilmar Mendes, que ressaltou a aplicabilidade, ao E. Tribunal Superior Eleitoral, do efeito vinculante emergente da própria ‘ratio decidendi’ que motivou o julgamento do precedente mencionado*” (DJU 20/08/2010).

FERREIRA MENDES, citadas por FREDIE DIDIER JR., “o recurso extraordinário deixa de ter caráter meramente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. [...] A função do Supremo nos recursos extraordinário – ao menos de modo imediato – não é a de 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”¹⁵.

30. Esse caráter objetivo dos acórdãos proferidos, pelo Plenário do STF, em sede de controle difuso de constitucionalidade talvez tenha atingido o seu ponto máximo com a inserção, no sistema processual civil positivo, da *sistemática de julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos*, que, tal qual delineada pelo art. 543-B do CPC (introduzido pela Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006), permite que a repercussão geral de *questões constitucionais repetitivas* seja reconhecida ou negada, de uma só vez, pelo STF, por meio da análise do recurso extraordinário “paradigma”, escolhido por amostragem; e que, uma vez reconhecida a repercussão geral da questão constitucional repetitiva, o STF passe à sua resolução, por meio do julgamento do mérito do recurso extraordinário escolhido como paradigma¹⁶.

31. *E mais*: parece lícito se afirmar que a sistemática prevista no art. 543-B do CPC, além de ter reforçado a feição objetiva assumida pelos julgamentos proferidos sob as suas vestes, também terminou por conferir a esses julgamentos a *vocação de representarem a palavra final e definitiva da Suprema Corte acerca da questão constitucional neles apreciada*. É que, por resultarem de um procedimento especial e legitimador¹⁷, os precedentes formados nos termos do art. 543-B do CPC revestem-se de *um nível de definitividade e certeza diferenciado* quando comparado àquele ostentado pelos precedentes oriundos de julgamentos, ainda que da Suprema Corte, não submetidos à nova sistemática. Isso significa que *a alteração*, pelo STF, do entendimento contido em precedente judicial formado nos moldes da nova sistemática, embora possível, presume-se pouco provável, e, ao que tudo indica, apenas ocorrerá em casos excepcionais e extremos, quando, por exemplo, novos dados possam ser agregados à questão constitucional tratada no precedente

15 *Apud* DIDIER. Fredie Jr. Curso de Processo Civil, Vol. 3, Ed. Jus Podivm, 2010, p. 343.

16 Deste julgamento resulta precedente que, apesar de não ser, propriamente, vinculante, ostenta uma *força persuasiva especial e diferenciada*, capaz, a um só tempo, de *distingui-lo* dos outros precedentes judiciais, também oriundos do STF, mas que não resultaram de julgamentos submetidos a tal sistemática, e de *tornar a sua aplicação* praticamente impositiva às futuras demandas que tratem da mesma questão constitucional nele tratada, podendo essa aplicação ser superada, apenas, em hipóteses absolutamente remotas e excepcionais.

17 A respeito do procedimento especial e legitimador conferido pelo legislador ordinário ao julgamento, por amostragem, dos recursos extraordinários repetitivos, vale conferir o Parecer PGFN/CRJ n. 492/2010.

de modo a demonstrar que a definição nele contida já não mais se apresenta como a melhor tecnicamente, ou, então, como a mais justa¹⁸.

32. Assim, os precedentes oriundos do Plenário do STF, formados em controle difuso de constitucionalidade, nos moldes do art. 543-B do CPC, ostentam caráter objetivo e definitivo. Não há dúvidas, portanto, que, diante da realidade jurídica que atualmente se impõe, aquela *primeira diferença* tradicionalmente apontada, conforme mais acima registrado, como apta a apartar as decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade das proferidas em sede de controle difuso, qual seja, a natureza – objetiva ou subjetiva – de cada uma delas, já não existe mais. *Resta saber, todavia, se aquela segunda diferença apontada como existente entre essas duas decisões, qual seja, a extensão – erga omnes ou inter partes – da eficácia vinculante delas emanada, ainda persiste, ou não, nos dias atuais.*

33. Quanto a essa específica questão, *abre-se um breve parênteses* para registrar - sem qualquer pretensão de aprofundar a análise -, que, *segundo aqui se entende*, a feição objetiva e definitiva assumida pelas decisões proferidas pelo STF nos moldes do art. 543-B do CPC, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que em nada difere daquela que marca as decisões proferidas em controle concentrado, *já seria* suficiente para que se pudesse conferir à sua eficácia o caráter vinculante *erga omnes*.

34. De fato, a objetividade que tem caracterizado as decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade, somada à definitividade alcançada quando essas decisões resultam de julgamentos formados nos moldes do art. 543-B do CPC, tornam as definições nelas contidas perfeitamente aplicáveis, *tanto quanto as proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade*, a todas as demandas judiciais que, eventualmente, tratem da mesma questão jurídica nelas enfrentadas, sendo aptas, ainda, a reger a atuação da Administração Pública Direta e Indireta. Tanto uma (a proferida em controle difuso, nos termos do art. 543-B do CPC) quanto a outra (a proferida em controle concentrado) são oriundas do mesmo órgão (Pleno do STF) e resolvem, de forma igualmente final e estável, as questões constitucionais que lhes são submetidas, fazendo-o sempre à luz da ordem objetiva, sem qualquer apego a eventuais dados subjetivos da causa.

35. Se é assim, então a *simples circunstância* de as decisões proferidas pelo STF em controle difuso resolverem questões jurídicas de forma *incidental*, por ocasião do julgamento de recursos, e não de forma *principal*, por ocasião do julgamento de pedido formulado em ação originária, *não* parece configurar razão suficientemente relevante para *lhes negar a força de vincular* os demais órgãos jurisdicionais na resolução de demandas judiciais que tratem de questões jurídicas idênticas às nelas tratadas, bem como a atuação da

18 Trata-se do “*overruling*”, hipótese típica de superação do precedente judicial vinculante encontrada no sistema do *stare decisis*, presente, de regra, nos ordenamentos ligados à *Common Law*.

Administração Pública Direta e Indireta. Note-se que pretender justificar, apenas em tal *circunstância*, a diferenciação entre a extensão da eficácia vinculante emanada das decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle concentrado e aquela emanada das proferidas, nos moldes do art. 543-B do CPC, *pelo mesmo Plenário*, em controle difuso, acaba conduzindo a uma distinção absolutamente *artificial* entre essas duas decisões, já que escorada *em critérios cuja relevância, se um dia já se fez presente, certamente inexistia na realidade jurídica atual*.

36. E os próprios exemplos mais acima trazidos à colação já parecem respaldar tal entendimento: basta conferir, com atenção, o que restou decidido em um deles, mais especificamente no julgamento das ADIN n. 3345 e 3365, antes referido. Neste julgamento, a Suprema Corte definiu, *e com força inequivocamente vinculante erga omnes (posto que em ADIN)*, que os motivos que fundamentam as suas decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade devem ser observados, obrigatoriamente, por todos os demais órgãos jurisdicionais, bem como pelos entes da Administração Pública Direta e Indireta, quando eventualmente se depararem com questões constitucionais idênticas às definidas em tais decisões. Diante de uma manifestação *de clareza solar* como essa, e de tantas outras semelhantes, cabe a seguinte pergunta, a um só tempo retórica e provocativa: será que realmente ainda há espaço, diante da realidade jurídica que atualmente se impõe, para se negar caráter vinculante *erga omnes* à eficácia das decisões proferidas pelo Plenário do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade (mormente quando formadas nos moldes do art. 543-B do CPC)?

37. O entendimento defendido neste Parecer acerca do tema, além de, segundo aqui se entende, encontrar respaldo nos exemplos acima elencados, também encontra apoio na lição de diversos doutrinadores¹⁹, dentre os

19 Sobre o tema, vale conferir, ainda, a lição de EDUARDO APPIO: “O tempo do controle difuso era o passado, e o inverso sucedia com o controle concentrado, voltado quase que exclusivamente para as situações futuras. [...]”

Este cenário mudou radicalmente desde fevereiro de 2008, quando então o Supremo Tribunal Federal passou a considerar que as decisões proferidas em sede de controle difuso (concreto), que até então atingiam apenas as partes (inter partes), também poderiam – a exemplo do controle concentrado – atingir terceiros. Passaram-se, então, quase quarenta anos, desde a adoção do sistema concentrado no Brasil, para que o Supremo Tribunal Federal pudesse dar os primeiros passos de aproximação entre os dois modelos.[...]

Este foi o prenúncio histórico de que os dois modelos iniciariam um movimento de lenta (mas constante) aproximação, o qual culminou com o recente modelo implantado no STF, no qual se advoga a eficácia erga omnes e com efeitos retroativos, mesmo no controle difuso.” (Controle difuso de constitucionalidade. Ed. Juruá. 2008, p. 17, 22-23)

quais se destaca GILMAR FERREIRA MENDES, uma das vozes mais autorizadas no país sobre o tema:

Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988, que, como já observado, reproduz disposição estabelecida, inicialmente, na Constituição de 1934 (art. 91, IV) e repetida nos textos de 1946 (art. 64) e de 1967/1969 (art. 42, VIII).

Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADIn, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema.

[...].

De qualquer sorte, a natureza idêntica do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes para os modelos difuso e concentrado, não parece mais legitimar a distinção quanto aos efeitos das decisões proferidas no controle direto e no controle incidental.

Somente essa nova compreensão parece apta a explicar o fato de o Tribunal ter passado a reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente de intervenção do Senado. O mesmo há de se dizer das várias decisões legislativas que reconhecem ‘efeito transcendente às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso.

Esse conjunto de decisões judiciais e legislativas revela, em verdade, uma nova compreensão do texto constitucional no âmbito da Constituição de 1988.

É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional²⁰.(Grifou-se).

38. E o mesmo autor, em passagem do voto que proferiu nos autos da ADIN n. 3345, registra que:

²⁰ *Apud* voto proferido pelo Min. CELSO DE MELLO quando do julgamento da ADIN n. 3345.

De fato, é difícil admitir que a decisão proferida na ADIn ou ADC ou ADPF possa ser dotada de eficácia geral e a decisão proferida no âmbito do controle incidental – esta muito mais morosa porque em geral tomada após tramitação da questão por todas as instâncias – continue a ter eficácia restrita entre as partes.

39. Dá-se destaque, ainda, à enfática lição de DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR:

De fato, se no passado se justificava a distinção, hodiernamente ela é intolerável, diante da posição de Guardião da Constituição da qual se reveste a Corte. Ora, no contexto atual, é absolutamente sem sentido, chegando a soar como teratológica a explicação de que, no controle difuso, o Supremo decide inter partes, enquanto que no controle concentrado decide erga omnes. Tudo isso só porque o STF, na primeira hipótese, declara a inconstitucionalidade resolvendo uma questão incidental, e, na segunda, declara a mesma inconstitucionalidade solucionando a própria questão principal. Onde está a lógica disso, já que – seja decidindo incidenter tantum ou principaliter tantum – o órgão prolator da decisão é o mesmo?²¹

40. No âmbito da jurisprudência, vale transcrever, no mesmo sentido ora defendido, trecho de elucidativo voto proferido pelo Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI como Relator do Recurso Especial n. 828.106/SP:

[...].

Sob esse enfoque, há idêntica força de autoridade nas decisões do STF em ação direta quanto nas proferidas em via recursal. Merece aplausos essa aproximação, cada vez mais evidente, do sistema de controle difuso de constitucionalidade ao do concentrado, que se generaliza também em outros países (SOTELO, José Luiz Vasquez. “A jurisprudência vinculante na ‘common law’ e na ‘civil law’”, in Temas Atuais de Direito Processual Ibero-Americano, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 374; SEGADO, Francisco Fernandez. La obsolescência de la bipolaridad ‘modelo americano-modelo europeo kelseniano’ como critério nalítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa,

apud Parlamento y Constitución, Universida de Castilla-La Mancha, Anuario (separata), n° 6, p. 1-53).

21 O princípio do “Stare Decisis” e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. Leituras Complementares de Direito constitucional – controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional, Salvador, Ed. JusPodvm, 2008, p. 283-284.

No atual estágio de nossa legislação, de que são exemplos esclarecedores os dispositivos acima transcritos, é inevitável que se passe a atribuir simples efeito de publicidade às resoluções do Senado previstas no art. 52, X, da Constituição. É o que defende, em doutrina, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para quem “não parece haver dúvida de que todas as construções que se vêm fazendo em torno do efeito transcendente das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Congresso Nacional, com o apoio, em muitos casos, da jurisprudência da Corte, estão a indicar a necessidade de revisão da orientação dominante antes do advento da Constituição de 1988” (MENDES, Gilmar Ferreira “O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional”, Revista de Informação Legislativa, n. 162, p. 165).” (DJU 15/05/2006). (Grifou-se).

41. Entretanto - e aqui se fecham os parênteses abertos mais acima-, em que pesem todos os argumentos acima aventados, *é certo que - especialmente à luz de uma interpretação literal da CF/88 e do CPC, bem como diante de dogmas tradicionais incorporados no sistema jurídico brasileiro e até o momento não integralmente superados -, ainda não é possível se afirmar*, com os ares peremptórios que uma afirmação assume, que as decisões proferidas pela Suprema Corte, em sede de controle difuso de constitucionalidade das leis, ainda que formadas nos moldes do art. 543-B do CPC, quando não seguidas por Resolução editada com fulcro no art. 52, inc. X da CF/88, ostentam eficácia vinculante *erga omnes*. O entendimento que ainda parece predominar, mormente em setores mais conservadores da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais, é o de que a extensão da eficácia vinculante ainda é fator de distinção entre as decisões proferidas pelo STF em controle difuso e concentrado de constitucionalidade, sendo certo, ademais, que o art. 543-B do CPC, apesar de conferir aos precedentes formados sob as suas vestes uma força persuasiva especial e diferenciada, não lhes imprimiu, propriamente, força vinculante *erga omnes*²².

42. Mas, apesar disso, o simples fato - este sim irrecusável -, de as decisões proferidas pelo Pleno do STF nos moldes do art. 543-B do CPC ostentarem, atualmente, caráter objetivo, geral e definitivo, sendo aptas a reger, *com elevado grau de estabilidade*, todos os casos idênticos, **já é suficiente** a lhes atribuir força para alterar ou impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo.

43. *É que a ausência de eficácia vinculante erga omnes, explicada mais em função da literalidade do texto constitucional e do Diploma Processual Civil do que por qualquer razão de índole verdadeiramente ontológica, não retira das decisões proferidas pelo STF nos moldes do art. 543-B do CPC a vocação de representarem, tanto quanto as proferidas em controle concentrado, a “palavra final e definitiva” da Suprema Corte*

²² Sobre o tema, remete-se, mais uma vez, ao Parecer PGFN/CRJ n. 492/2010.

acerca da questão jurídica nelas objetivamente decididas²³. E, conforme se explicitou mais ao início deste tópico do presente Parecer, é exatamente isso, ou seja, a especial qualidade de representarem o juízo objetivo, definitivo e final da Suprema Corte acerca de uma dada questão constitucional - e não a sua eventual eficácia vinculante *erga omnes*-, que configura o fator responsável por conferir às decisões proferidas pelo Pleno do STF (seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade, seguidas ou não de Resolução Senatorial, neste último caso, desde que nos moldes do art. 543-B do CPC) força para alterar/ impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um relevante elemento novo, a saber, o juízo de certeza final acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma determinada lei, ou acerca da correta interpretação do texto constitucional.

44. Por fim, ainda sobre o tema, há que se fazer uma última e importante consideração.

45. Como se sabe, a Lei n. 11.418, de 19 de dezembro de 2006, que introduziu os arts. 543-A e 543-B no CPC, entrou em vigor em 19 de fevereiro de 2007, após uma *vacatio legis* de 60 dias. Entretanto, conforme restou definido pelo STF em Questão de Ordem havida no julgamento do Agravo de Instrumento n. 664567/RS²⁴, apenas após o advento da Emenda Regimental n. 21, publicada no Diário Oficial em 3 de maio de 2007, que alterou o Regimento Interno do STF de modo a adaptá-lo à Lei

23 A destacar a “definitividade” de que se revestem as decisões proferidas pelo Pleno do STF, confira-se excerto do voto-vista proferido pelo Min. GILMAR FERREIRA MENDES nos autos do RE n. 196752, extraído do Informativo do STF n. 583, em razão do pedido de vista formulado pelo Min. CEZAR PELUSO:

O Min. Gilmar Mendes observou, também, que, depois da análise da constitucionalidade da norma pelo Pleno, não mais se esperaria qualquer modificação desse entendimento. Ressaltou que, tratando-se de juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, dar-se-ia início à aplicação do disposto no art. 557 do CPC, que seria uma forma brasileira de atribuição de efeito vinculante às decisões do Supremo. Salientou que, se compete ao Supremo, precipuamente, a guarda da Constituição Federal, a interpretação do texto constitucional por ele fixada deveria ser seguida pelos demais tribunais, em decorrência do efeito definitivo outorgado à sua decisão. Argumentou que, tendo sido firmada tese no Supremo sobre a constitucionalidade de certa norma, dificilmente seria possível alegar que os fundamentos da declaração incidental de inconstitucionalidade utilizados pelo órgão especial do tribunal a quo seriam desconhecidos, haja vista que o Supremo teria considerado, certamente, os diversos fundamentos do julgamento do incidente de inconstitucionalidade pela Corte de origem. A manifestação do Pleno deste Tribunal, portanto, seria a definitiva a respeito da questão.”

24 Eis a ementa do acórdão que decidiu a Questão de Ordem no Agravo de Instrumento n. 664.567/RS: *Nos termos do art. 327, e § 1º, do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental 21/2007, os recursos que não apresentem preliminar formal e fundamentada de repercussão geral serão recusados. A obrigação incide, inclusive, quando eventualmente aplicável o art. 543-A, § 3º, do Código de Processo Civil. Precedentes. II - No julgamento do AI 664.567-QO/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, esta Corte assentou que não há falar “em uma imanescente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção”, pois “para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII)”. III - No referido julgamento, esta Corte resolveu Questão de Ordem no sentido de estabelecer como marco temporal para a exigibilidade da repercussão geral o dia 3 de maio de 2007, data da publicação da Emenda 21 do Regimento Interno do STF. IV - Necessidade de reexame dos fatos e das provas que envolvem a matéria para se chegar a entendimento diverso do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 279 do STF. V - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. VI - Agravo regimental improvido.” (Rel. Min. GILMAR FERREIRA MENDES, DJU 06/09/2007).*

n. 11.418/2006, é que a Suprema Corte passou a, de fato, poder fazer uso dos institutos forjados pela nova legislação, passando, então, a submeter alguns dos seus julgados à sistemática prevista no art. 543-B do CPC.

46. Diante disso, parece correto se afirmar que, *do dia 3 de maio de 2007 em diante*, apenas os julgamentos do Plenário do STF submetidos ao art. 543-B do CPC é que podem ser considerados como, além de objetivos, vocacionados a representar a palavra final e definitiva da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada, e, conseqüentemente, podem ser tidos como capazes de efetivamente alterar/impactar o sistema jurídico vigente, nos termos acima assinalados. Entende-se que, a partir do momento em que a Suprema Corte passou a ter à sua disposição o instrumental previsto no art. 543-B do CPC, o seu eventual não uso para a resolução de um determinado caso é um indicativo de que essa resolução não ostenta ou, pelo menos, pode não ostentar, os atributos da objetividade e definitividade.

47. Mas a pergunta que, neste ponto, merece ser feita e respondida é a seguinte: e o que dizer daqueles julgamentos, *anteriores a 3 de maio de 2007*, realizados pela Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade (sem posterior Resolução Senatorial)? Esses julgamentos podem ser tidos como objetivos e definitivos, nos termos assinalados e para os fins pretendidos por este Parecer ou, ao revés, como não foram submetidos à sistemática do art. 543-B do CPC (mesmo que por razões óbvias), nunca poderão ser considerados como dotados desses atributos?

48. Ora, a resposta não poderia ser outra: em algumas hipóteses as decisões proferidas pelo STF, em momento anterior ao marco acima fixado, poderão, sim, ser consideradas como objetivas e vocacionadas à definitividade. Indo direto ao ponto, isso ocorrerá sempre que *(i) se tratar de decisão proferida, sobre uma dada questão constitucional, pelo Plenário da Suprema Corte, e que (ii) o entendimento nela contido tenha sido reafirmado pela Suprema Corte em diversos julgados posteriores.*

49. Com efeito, mesmo antes do advento do art. 543-B do CPC, as decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso, embaladas pela mencionada tendência de “*dessubjetivação*” das formas de controle de constitucionalidade, já ostentavam um caráter objetivo e geral, depreendido das vicissitudes do caso concreto; daí que o atributo da objetividade certamente já marcava essas decisões proferidas pelo STF.

50. De outra ponta, no que pertine ao atributo da definitividade, pode-se afirmar que, enquanto as decisões proferidas pelo STF nos termos do art. 543-B do CPC ostentam tal atributo naturalmente, quase que de forma presumida, aquelas formadas sem a observância à nova sistemática, por terem sido proferidas em momento anterior à sua entrada em vigor, obviamente não contam com qualquer presunção no que atine à definitividade. Antes,

para que sejam consideradas como definitivas, o entendimento nelas contido deve ser reiterado pelo STF em julgados posteriores; essa reiteração indica que o entendimento plasmado na decisão do Pleno do STF espelha, de fato, a sua palavra final sobre a questão constitucional apreciada.

51. Assim, as razões expostas ao longo deste tópico indicam que, por serem objetivas e definitivas, possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados; (ii) quando posteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e sejam confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.

b.2 – O advento de precedente objetivo e definitivo do STF, por alterar o sistema jurídico vigente, faz cessar a eficácia vinculante das decisões tributárias transitadas em julgado que lhe forem contrárias

52. Uma vez fixado que os precedentes da Suprema Corte elencados no tópico anterior deste Parecer (mais especificamente no parágrafo 51), por serem objetivos e definitivos, possuem força para alterar o sistema jurídico vigente, já se pode concluir que o advento de qualquer um deles *representa circunstância jurídica nova, capaz de fazer cessar a eficácia vinculante de anterior decisão tributária transitada em julgado que lhe seja contrária*.

53. Com efeito, quando uma determinada decisão transitada em julgado declara, por exemplo, inexistente uma dada relação jurídica tributária de trato continuado, sob o fundamento de que a respectiva lei tributária é inconstitucional, o que essa decisão está, de fato, declarando é que a lei apreciada é incapaz de *incidir* sobre os fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor, e, conseqüentemente, *de fazer* nascer a relação da qual surgiria a obrigação tributária. Considere-se, ainda, que, quando esse órgão julgador proferiu sua decisão, pairava dúvida quanto à constitucionalidade, ou não, da lei tributária em foco, precisamente porque o órgão jurisdicional responsável por proferir a palavra final e definitiva no que tange à compatibilidade das normas com o texto constitucional, no caso, o STF, ainda não havia se pronunciado especificamente acerca da mencionada lei. Assim, pode-se dizer que, nesse exemplo, *o suporte jurídico sob o qual o juízo de certeza se formou era integrado por uma lei que, no entender do órgão julgador, não possuía capacidade para a incidência*.

54. Entretanto, caso o STF venha, posteriormente, reconhecer, *em caráter definitivo*, a plena constitucionalidade da lei tida por inconstitucional pela sentença transitada em julgado, o suporte jurídico sob o qual o juízo de certeza nela contido se formou imediatamente *se altera: deixa de ser integrado por uma lei até então tida como incapaz de incidir, e passa a ser integrado por uma lei já considerada, definitivamente, como apta à incidência.*

55. Note-se que, ainda no exemplo acima dado, o reconhecimento da constitucionalidade da lei pelo STF faz nascer uma *relação jurídica tributária nova* entre Fisco e o contribuinte-autor, composta por um suporte fático idêntico (mesmos fatos geradores) àquele considerado pela coisa julgada anterior, mas por um suporte jurídico alterado ou diferente (que passará a ser *a norma definitivamente interpretada pelo STF em face da Constituição* e que, por ter sido considerada constitucional, possui aptidão para incidir); e, por configurar uma relação nova, a eficácia vinculante da anterior decisão tributária transitada em julgado, dada a sua natural limitação objetiva, não é capaz de alcançá-la.

56. Por óbvio, esse mesmo raciocínio se aplica caso se esteja diante de hipótese em que, diferentemente da acima analisada, a consolidação da jurisprudência do STF venha a favorecer o contribuinte, e não o Fisco. Também em hipóteses desse jaez, a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado desfavorável ao contribuinte - em que, por exemplo, se reconheceu existente uma dada relação jurídica tributária face à constitucionalidade da correspondente lei de incidência -, cessa a partir do momento em que a jurisprudência do STF, formada nos termos acima assinalados, se consolidar no sentido da inconstitucionalidade da lei tributária.

57. Nesse sentido, considerando que a jurisprudência do STF configura “direito novo”, capaz de, conforme o caso, fazer cessar a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado que discipline relação jurídica tributária sucessiva, confira-se a lição de HUGO DE BRITO MACHADO:

Em outras palavras, o efeito da coisa julgada na relação jurídica continuativa faz imodificável a relação jurídica enquanto permanecerem inalterados os seus elementos formadores, a saber, a lei e o fato. Não impede, todavia, mudança do elemento normativo formador da relação jurídica continuativa. *Mudança que pode decorrer de alterações legislativas ou da declaração definitiva da constitucionalidade da lei antes tida por inconstitucional. Ou da declaração definitiva da inconstitucionalidade da lei antes tida como constitucional.*

[...].

manifestação do Supremo Tribunal Federal que decide definitivamente uma questão constitucional, em sentido oposto ao entendimento albergado na decisão que se fizera coisa julgada, configura direito novo. (Grifou-se)²⁵.

25 Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. Co-edição Dialética e ICET, São Paulo e Fortaleza, 2006, pgs. 165 e 166).

58. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já há precedentes importantes considerando que a jurisprudência do STF é apta a fazer cessar a eficácia das decisões tributárias transitadas em julgado que lhes são contrárias²⁶, dentre os quais se destaca e transcreve, pela clareza e didática, o seguinte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PIS. DECRETOS-LEIS N.ºs 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.

²⁶ Sobre o tema, vale conferir, ainda, os precedentes do STJ abaixo:

PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO SABIDAMENTE INCONSTITUCIONAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES, AVULSOS E AUTÔNOMOS - RELAÇÃO TRIBUTÁRIA DE TRATO SUCESSIVO - INOPONIBILIDADE.

1. O Mandado de Segurança destina-se a defender direito líquido e certo. Ele se traduz em Ordem auto-executável do Estado-Juiz para que cesse a violência praticada pelo próprio Estado. Se essa Ordem passa em julgado, veta-se o novo exame da lide sob as mesmas circunstâncias.

2. Em questões de trato sucessivo, a coisa julgada traz consigo a cláusula "rebus sic stantibus". Mudanças em circunstâncias fáticas ou jurídicas autorizam novo pedido de Segurança, sem oponibilidade da coisa julgada.

3. A coisa julgada, em Mandado de Segurança, não justifica a cobrança de obrigação tributária inconstitucional.

4. Recurso provido." (STJ, RESP n. 381.911, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARRO, DJU 19/12/2003).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COISA JULGADA. EFEITOS E LIMITES. LEI 7689/88. APLICAÇÃO.

1. Pode haver cobrança de tributo após cada fato gerador nos períodos supervenientes à coisa julgada pela presença de relações jurídicas de trato sucessivo.

2. Os Tribunais, de qualquer grau, podem declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, mas com efeito meramente declaratório, sem qualquer carga de executabilidade, mesmo que alcance a coisa julgada.

3. Há limites a serem impostos à segurança jurídica, em face de regras postas na Carta Maior como o de que ela, quando construída pelo direito formal, não pode se impor sobre os princípios constitucionais.

4. Recurso especial provido." (STJ, RESP n. 233662, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU 14/12/1999).

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 naquele 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.

[...] (Grifou-se.) (RESP n. 1103584, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU 10/09/2010).

59. E as conseqüências que decorrem, diretamente, da cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado - em face do advento de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário ao nela sufragado - são, *no que mais de perto interessa à Fazenda Nacional*, as seguintes: (i) se o precedente do STF for favorável ao Fisco, no sentido, por exemplo, da constitucionalidade de uma dada norma de incidência tributária, tida, por sua vez, como inconstitucional em decisão tributária pretérita, *a partir do seu advento a Fazenda Nacional retoma o direito de exigir o correspondente tributo*, em relação aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor dali para frente; (ii) diversamente, se o precedente do STF for desfavorável ao Fisco, no sentido, por exemplo, da inconstitucionalidade de uma dada norma de incidência tributária, tida, por sua vez, como constitucional em decisão tributária pretérita, *a partir do seu advento o contribuinte-autor deixa de estar compelido ao pagamento do correspondente tributo*, em relação aos fatos geradores ocorridos dali para frente. Não é demais repetir, aqui, que os precedentes do STF capazes de fazer cessar a eficácia vinculante de anteriores decisões tributárias transitadas em julgados são, apenas, aqueles referidos no parágrafo 51 do presente Parecer, eis que apenas esses podem ser considerados objetivos e definitivos.

60. A questão que se pretende enfrentar no tópico seguinte, por sua vez, é se a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado, com as conseqüências dela decorrentes, opera-se de forma

automática ou se, ao revés, somente pode ser considerada ocorrida se assim reconhecida em prévio pronunciamento judicial; caso esta última opção seja adotada, parece claro que as conseqüências elencadas no parágrafo anterior somente poderão se operar mediante prévio pronunciamento judicial reconhecendo a cessação da eficácia vinculante da anterior decisão tributária transitada em julgado.

c) A cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado é automática, independe de prévio reconhecimento judicial

61. A resposta à questão ora analisada – ou seja: saber se a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado, pelas razões acima expostas, opera-se automaticamente ou, ao revés, se depende de prévio pronunciamento judicial - não exige muito esforço para ser encontrada, até porque resulta diretamente dos conceitos e das conclusões já expostas mais acima. É que, conforme exaustivamente demonstrado ao longo deste Parecer, o precedente objetivo e definitivo do STF em sentido diverso do sufragado na anterior decisão tributária transitada em julgado faz surgir uma relação jurídica de direito material - sob algum aspecto - nova, que, não tendo sido deduzida pelo autor da demanda e, assim, apreciada na correspondente coisa julgada, não se encontra compreendida em seus limites objetivos. Conseqüência *natural* disso é que a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado *simplesmente* não alcança a nova relação jurídica (assim como, pelo mesmo raciocínio, não alcança todas as outras relações jurídicas, de que eventualmente faça parte o autor da correspondente demanda judicial, que não tenham sido deduzidas nessa demanda); daí porque se diz que essa eficácia vinculante deixa de operar dali para frente.

62. Parece certo, portanto, que a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado anterior, ou, dito de outra forma, a sua incapacidade de alcançar a nova relação jurídica de direito material surgida a partir do advento do precedente do STF (ou nascida em razão de qualquer outra circunstância jurídica ou fática nova), *não precisa ser objeto de pronunciamento judicial para que se considere verificada, eis que é mera decorrência lógica dos limites objetivos que balizam o alcance da eficácia das decisões judiciais, operando-se, assim, de forma natural e automática.*

63. Exatamente na linha ora exposta, confira-se lição de JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA:

[...] diante do silêncio da lei, a relevante alteração fático-jurídica pode já diretamente trazer mudança no trato da relação continuativa, passando a ser considerada de logo pelas partes. A modificação dar-se-ia independente de ação de revisão. Tratando-se de fato novo, e sem

que este necessariamente imponha a revisão do quanto se decidiu, é possível supor que a eficácia da sentença (e a autoridade da coisa julgada) simplesmente não atinge o fato superveniente (ou a relação jurídica que a partir dele se constitua) por que se limita a regular a situação posta na demanda, o objeto do processo e, assim, objeto do julgamento.

Cuida-se muito mais de operação mental de verificação precisa dos limites da autoridade da coisa julgada, ante a superveniência do elemento fático-jurídico relevante.²⁷

64. É certo, todavia, que a desnecessidade de prévio ajuizamento de ação judicial a fim de que se tenha como cessada, nos termos acima assinalados, a eficácia de decisão tributária transitada em julgado, poderia, numa análise apressada, parecer ofender o disposto no art. 471, inc. I do CPC²⁸, que exige o ajuizamento da chamada “ação revisional” para que se possa “rever” o estatuído nas decisões transitadas em julgado reguladoras de relações jurídicas de direito material continuadas, quando alterados os fatos ou o direito existentes à época da sua prolação. Essa ofensa, todavia, e segundo aqui se entende, não vai além das aparências.

65. É que, na linha do ensinamento do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI sobre o tema - ao qual se adere plenamente, razão por que será de certo modo reproduzido a seguir -, o art. 471, inc. I do CPC somente é aplicável em situações específicas e excepcionais, quando, *por expressa previsão legal*, haja a exigência de que a eventual alteração no suporte jurídico ou fático existente ao tempo da prolação de decisão (reguladora de relação jurídica de direito material de trato sucessivo) seja reconhecida mediante específico pronunciamento judicial, para que, só então, possa produzir uma das conseqüências que lhe são próprias, a saber, a cessação da eficácia vinculante da anterior decisão transitada em julgado²⁹. Nesses casos específicos e excepcionais, *por uma opção legislativa cuja racionalidade não cabe aqui perquirir*, o beneficiado ou prejudicado pela alteração nas circunstâncias fáticas ou jurídicas possui o direito - potestativo, no caso - de requerer e

27 Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. Co-edição Dialética e ICET, São Paulo e Fortaleza, 2006, p. 280-281.

28 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.*

29 Nas palavras do mencionado autor: “São casos excepcionais, que, por isso mesmo, recebem interpretação estrita. É justamente nessas situações que será cabível – e indispensável para obter a mudança na relação jurídica objeto da sentença – a chamada ação revisional ou ação de modificação, anunciada no artigo 471, inc. II, do Código de Processo Civil.” (Coisa julgada em matéria constitucional e eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>.)

obter, junto ao Poder Judiciário, a revisão do que estatuído na sentença, que, enquanto não revista, continuará produzindo efeitos.

66. É o que se tem, por exemplo, em relação às sentenças transitadas em julgado que fixem o valor a ser pago mensalmente a título de alimentos, ou de aluguel decorrente de contrato de locação; tanto em um quanto no outro caso, alteradas as circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes à época da prolação da decisão transitada em julgado, cumpre ao interessado promover a correspondente ação revisional, nos termos, respectivamente, dos artigos 1.699 do Código Civil³⁰ e 19 da Lei n. 8.245/91³¹, caso pretenda obter o ajuste dos valores nela fixados na à nova realidade de fato ou de direito advinda. Salta aos olhos que, nesses dois casos, a cessação da eficácia da decisão transitada em julgado em razão da nova situação de direito ou de fato não poderá ser tida como automática, de modo que *não* é dado ao devedor de alimentos ou de aluguel, por conta própria, à luz da nova realidade, simplesmente deixar de pagar o valor que lhe foi imposto na sentença, ou decidir pagá-lo a menor; para tanto, deverá recorrer ao Poder Judiciário.

67. O que de fato importa que se tenha em mente, todavia, é que *a necessidade de prévio pronunciamento judicial* para que se tenha reconhecida a cessação da eficácia da decisão transitada em julgado em face da alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas sob as quais o juízo de certeza nela contido se formou *é excepcional, apenas se impondo quando expressamente exigida por lei específica*. Ainda na lição de TEORI ALBINO ZAVASCKI, “*a ação de revisão é indispensável apenas quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, o direito potestativo antes referido.[...]. Afora casos dessa natureza, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica mesmo quando esta tiver sido certificada por sentença, conforme anteriormente assinalado.*”³²

68. Assim, inexistindo específica previsão legal a exigir o prévio ajuizamento de ação revisional, a cessação da eficácia vinculante da decisão transitada em julgado em razão do advento de nova circunstância fática ou jurídica se opera automaticamente, *como mera e natural decorrência lógica do que se entende por limites objetivos da coisa julgada*. Aplicando-se esses conceitos ao universo do Direito Tributário, tem-se que, ante a inexistência de lei específica prevendo o oposto, a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado face ao advento de nova circunstância jurídica - mais precisamente, face ao advento de precedente definitivo e objetivo do STF em sentido diverso do nela sufragado -, opera-se de modo

30 Art. 1.699. Se, fixados os alimentos, sobrevier mudança na situação financeira de quem os supre, ou na de quem os recebe, poderá o interessado reclamar ao juiz, conforme as circunstâncias, exoneração, redução ou majoração do encargo.

31 Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.

32 Idem.

automático, *independentemente do prévio ajuizamento de qualquer ação, muito menos da revisional de que trata o art. 471, inc. I do CPC.*

69. Daí que as consequências mais acima elencadas (no parágrafo 59 deste Parecer) como sendo decorrentes da cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado em face do advento de precedente objetivo e definitivo contrário do STF, operam-se, também, independentemente de prévio pronunciamento judicial nesse sentido. Assim: (i) se o precedente do STF for favorável ao Fisco, *a partir do seu advento a Fazenda Nacional simplesmente pode voltar a cobrar o correspondente tributo*, em relação aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor dali para frente, sem que, para tanto, seja necessário obter prévio pronunciamento judicial; (ii) diversamente, se o precedente do STF for desfavorável ao Fisco, *a partir do seu advento o contribuinte-autor simplesmente pode deixar de recolher o correspondente tributo*, em relação aos fatos geradores ocorridos dali para frente, sem que, para tanto, seja necessário obter prévio pronunciamento judicial.

70. Note-se que, na situação posta na alínea “ii” acima, o não pagamento, pelo contribuinte-autor, da exigência tributária considerada inconstitucional pelo Plenário do STF, *não* deverá ser, de qualquer forma, obstaculizado pelo Fisco, tampouco deverá gerar procedimentos voltados à atuação e à cobrança do que deixar de ser pago; e isso, por óbvio, desde que o não pagamento seja relativo a fatos geradores ocorridos *após* o advento do precedente definitivo e objetivo da Suprema Corte no sentido da inconstitucionalidade da exigência tributária em questão, eis que, *antes disso*, a obrigação de recolher o tributo se impunha em face da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado, até então operativa.

71. Já no que pertine à situação posta na alínea “i” acima, impende esclarecer que a exigência do tributo pelo Fisco, mediante lançamento e a sua posterior cobrança em execução fiscal, em relação aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor *após* o advento do precedente definitivo e objetivo do STF, sem que, para tanto, seja necessário o ajuizamento de ação judicial, não representa ofensa ao princípio do acesso à justiça, ou, tampouco, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, todos de estatura constitucional.

72. De fato, a preservação do primeiro princípio - o do acesso à justiça -, dá-se mediante a ampla possibilidade, sempre aberta ao contribuinte-autor, de ajuizar a correspondente e adequada ação judicial a fim de impedir a exigência do referido tributo pelo Fisco (tutela preventiva), ou de afastar a exigência eventualmente já efetuada (tutela repressiva), o que poderá ser alcançado, inclusive, antecipadamente, mediante medida processual de urgência; já a preservação dos segundos princípios, - os da ampla defesa e do contraditório -, é garantida ao se assegurar o seu pleno exercício, ainda que de forma diferida, nos autos do processo administrativo fiscal tendente a constituir o correspondente crédito tributário, regulado pelo Decreto n.

70.235/72 (com possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito em decorrência da apresentação de impugnação pelo sujeito passivo – art. 151 inc. III do CTN), assim como em eventuais autos judiciais, na - provável - hipótese de o contribuinte-autor ajuizar ação visando impugnar a cobrança.

d) O advento de precedente definitivo e objetivo do STF considera-se ocorrido na data do trânsito em julgado da respectiva decisão. As situações pretéritas devem ser excepcionadas

73. Como a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado contrária ao posterior entendimento sufragado pela Suprema Corte, conforme demonstrado no item anterior, dá-se de forma automática, vale dizer, independentemente de prévio pronunciamento judicial nesse sentido, pode-se afirmar que o direito de que dispõe o Fisco de voltar a exigir o tributo (tido por inconstitucional pela coisa julgada), ou de que dispõe o contribuinte-autor de deixar de pagar o tributo (tido por constitucional pela coisa julgada), surge com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, *o que, por sua vez, somente pode-se considerar ocorrido com o seu trânsito em julgado; é que, antes disso, por óbvio, o entendimento firmado no acórdão do STF ainda pode ser alterado, de modo que esse entendimento ainda não pode ser tido como realmente definitivo.*

74. É legítimo se afirmar, portanto, que a data do trânsito em julgado do acórdão do STF configura, *ao menos como regra, o termo a quo* para o exercício dos direitos acima referidos. Entretanto, essa regra comporta exceção no que tange, especificamente, ao direito de que dispõe o Fisco de voltar a exigir, do contribuinte-autor, o tributo antes tido por inexigível pela coisa julgada que lhe favorecia. Assim, em algumas *situações específicas* adiante expostas, *por razões ligadas ao relevante princípio da segurança jurídica, com os seus corolários em matéria tributária, a saber, os princípios da não surpresa e da proteção da confiança*, não há como considerar que a data do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STF configura o marco a partir do qual o Fisco possui o direito de efetuar a cobrança do correspondente tributo, relativo a todos os fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor desde então.

75. Para que bem se compreenda quais são essas situações específicas, e o porquê da necessidade de se excepcioná-las, basta pensar na hipótese, *que bem as exemplifica*, em que um dado contribuinte tenha deixado de efetuar o pagamento de determinado tributo por reputar que assim estava autorizado em razão de coisa julgada formada, a seu favor, considerando inexistente a correspondente relação jurídica tributária, apesar de esse não pagamento ter se dado quando já existia precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário ao sufragado na coisa julgada, proferido e transitado em julgado *em momento anterior à aprovação e publicação do presente Parecer*. E mais: mesmo com o advento desse precedente da Suprema Corte, favorável à Fazenda Nacional - que, segundo aqui se entende, fez cessar a

eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado e, portanto, legitimaria a cobrança do tributo relativo aos fatos geradores ocorridos a partir de então -, o Fisco ficou inerte durante anos, não efetuando as correspondentes exigências tributárias.

76. Note-se que, na hipótese acima aventada, o contribuinte-autor deixou de pagar o tributo por considerar que assim estava respaldado por coisa julgada, e o Fisco, mesmo diante do precedente do STF, não efetuou as correspondentes exigências tributárias, numa postura omissiva que, de certo modo, demonstrou a sua adesão ao comportamento do contribuinte. Em hipóteses desse jaez - em que (i) a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado, face ao advento de precedente objetivo e definitivo do STF, ocorreu em momento *anterior* à publicação deste Parecer e (ii) não houve lançamento em relação aos fatos geradores ocorridos após o advento do precedente do STF -, não há como legitimamente pretender que, agora, *com o entendimento esposado neste Parecer*, possa o Fisco exigir, do contribuinte-autor, o tributo relativo *a todos esses fatos geradores passados* (por óbvio, desde que ocorridos há menos de 5 anos).

77. Essa nova exigência, relativa aos fatos geradores anteriores ao presente Parecer, tendo como marco inicial a data, no passado, do advento da decisão do STF, além de causar ao contribuinte-autor *surpresa* que não parece compatível com a segurança jurídica e a confiança que devem iluminar as relações travadas entre o Fisco e os contribuintes, também representaria *ofensa direta ao disposto no art. 146 do CTN*, segundo o qual *“a modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução”*. Esse dispositivo legal, cuja essência claramente se inspira nos já invocados princípios da não surpresa e da proteção da confiança, veda que *novos critérios jurídicos* introduzidos pela Administração Pública Tributária em sua atividade de lançar atinja fatos geradores ocorridos em momento *anterior* à sua introdução, o que parece impedir que o entendimento contido no presente Parecer - que, inequivocamente, configura um novo critério jurídico relativo a lançamento tributário - aplique-se às situações que lhe são pretéritas.

78. Assim, tendo em conta o princípio da segurança jurídica e os seus conseqüentes princípios da não surpresa e da proteção à confiança, bem como por força do que prevê o art. 146 do CTN, entende-se, aqui, que naquelas específicas hipóteses em que a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado, em face do advento de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário ao nela sufragado, tenha ocorrido em *momento anterior* à publicação deste Parecer, e *tendo havido inércia dos agentes*

fazendários, o termo a quo para o exercício, pelo Fisco, do direito de voltar a exigir, do contribuinte-autor, o tributo em questão é a data da publicação deste Parecer, o que significa dizer que apenas os fatos geradores praticados a partir desse instante poderão ser objeto de lançamento.

79. Em outras palavras: este parecer não retroage para alcançar aqueles fatos geradores pretéritos, que, mesmo sendo capazes, à luz do entendimento ora defendido, de fazer nascer obrigações tributárias, não foram, até o presente momento, objeto de lançamento. Por óbvio, se nas situações pretéritas o Fisco já tiver adotado o entendimento ora defendido, efetuando a cobrança relativa aos fatos geradores ocorridos desde a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado, em relação a essas situações pretéritas o critério jurídico contido no presente Parecer não poderá ser considerado “novo”, o que afasta a aplicação do princípio da não surpresa e do art. 146 do CTN; *esses lançamentos, portanto, deverão ser mantidos.*

80. Afóra essas situações específicas, que se caracterizam, primordialmente, por serem pretéritas a este Parecer, em todas as demais deve incidir a regra referida mais acima, segundo o qual o **termo a quo** para o exercício do direito conferido ao Fisco de voltar a exigir, do contribuinte-autor, o tributo antes tido como inexigível pela coisa julgada que lhe favorecia é a *data do trânsito em julgado* do acórdão proferido pelo STF.

81. Assim, os precedentes objetivos e definitivos da Suprema Corte, advindos *após a publicação deste Parecer*, no sentido, por exemplo, da constitucionalidade de determinado tributo, fazem cessar, automaticamente, a eficácia das decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias, de modo que, assim que os respectivos acórdãos transitarem em julgado, o Fisco poderá voltar a cobrar os tributos relativos aos fatos geradores praticados pelos contribuintes-autores a partir de então.

III

OUTRAS QUESTÕES PERTINENTES AO TEMA

a) A cessação da eficácia vinculante de decisão transitada em julgado em face de posterior precedente objetivo e definitivo do STF não se confunde com a “relativização” dessa coisa julgada

82. Neste ponto, importa esclarecer que, conforme já sucintamente salientado logo no início deste Parecer, a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado contrária a posterior precedente objetivo e definitivo do STF, nos termos ora defendidos, não se confunde com a *“relativização da coisa julgada inconstitucional”*. É que “relativizar a coisa julgada” contrária à posterior jurisprudência do STF (daí a denominação “coisa julgada inconstitucional”) significa *rever, desconstituir, desconsiderar* ou

desfazer os efeitos pretéritos, já produzidos pela respectiva decisão transitada em julgado, em momento anterior ao advento do precedente da Suprema Corte: seria, por exemplo, permitir que, face ao advento de julgado do STF no sentido da constitucionalidade de determinada lei tributária, o Fisco pudesse cobrar tudo aquilo que deixou de ser pago, no passado, a título de tributo, por contribuinte beneficiário de coisa julgada que havia reconhecido a inexistência da relação jurídica tributária face à inconstitucionalidade dessa lei.

83. Registre-se - sem, no entanto, qualquer pretensão de aprofundar e, menos ainda, de esgotar o tema, que não se insere no objeto deste Parecer -, que essa relativização da coisa julgada inconstitucional, *ao menos em princípio, e à luz do sistema jurídico positivo*, somente pode ser alcançada mediante o manejo de um dos seguintes mecanismos processuais (nos quais a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma dada lei, declarada pelo STF, será utilizada *como fundamento* para desconstituir anterior coisa julgada³³): (i) da **ação rescisória** (art. 485 do CPC), que, desde que ajuizada no prazo decadencial apropriado, tem sido admitida como capaz de desconstituir coisas julgadas contrárias à posterior jurisprudência do STF, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, suplantando-se o óbice previsto na Súmula n. 343 da Suprema Corte³⁴; (ii) da *impugnação à sentença* (art. 475-L, inc. II, §1º do CPC) ou *dos embargos à execução de sentença contra a Fazenda Pública* (art. 741, parágrafo único do CPC), respaldados

33 Essa observação é importante por que evidencia a *completa rejeição* da tese, adotada por alguns doutrinadores de renome, segundo a qual a decisão declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei, proferida pelo STF, é capaz de fulminar automaticamente aquelas coisas julgadas anteriores que lhe forem contrárias. Segundo o entendimento encampado por esta CRJ, a eficácia retroativa da decisão proferida pelo STF em controle de constitucionalidade, ainda que na modalidade concentrada, não possui esse efeito “devastador” em relação às coisas julgadas anteriores, permitindo, apenas, que a decisão superveniente do STF seja utilizada como “fundamento” para a revisão dessas coisas julgadas, a ser realizada por meio dos mecanismos processuais atualmente previstos no direito positivo, e observadas, sempre, as chamadas “formulas de preclusão” (p. ex., o prazo decadencial de 2 anos para o ajuizamento de ação rescisória).

34 Nesse sentido, confira-se o resumo da decisão proferida pela Suprema Corte no julgamento do RE n. 328812, de Relatoria do Min. GILMAR FERREIRA MENDES: “No que tange à apontada inaplicabilidade do citado verbete (Súmula 343 do STF), asseverou-se ser preciso que o mesmo fosse revisto pela Corte, e referiu-se, especificamente, aos processos que identificam matéria contraditória à época da discussão originária, questão constitucional, e, ainda, jurisprudência supervenientemente fixada em favor da tese do interessado. Aduziu-se não ser possível deixar de afastar o referido enunciado, nessas hipóteses, como medida de instrumentalização da força normativa da Constituição. Enfatizando a necessidade de se ponderar acerca do papel da ação rescisória em nosso sistema jurídico, afirmou-se que esse instituto seria uma última via de correção para o sistema judicial, sendo que, no âmbito específico do inciso V do art. 485 do CPC, o objetivo imediato seria o de garantir a máxima eficácia da ordem legislativa em sentido amplo. Considerou-se que, nas hipóteses em que o Supremo fixa a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, com o escopo de ajustá-la à ordem constitucional, a violação a essa interpretação, isto é, a contrariedade à lei definitivamente interpretada pela Corte em face da Constituição enseja o uso da ação rescisória. Esclareceu-se, no ponto, que, quando uma decisão do Tribunal estabelece uma interpretação constitucional, entre outros aspectos está o Judiciário explicitando os conteúdos possíveis da ordem normativa infraconstitucional em face daquele parâmetro maior que é a Constituição, o que não se confunde com a solução de divergência relativa à interpretação de normas no plano infraconstitucional” (Informativo n. 497, de 3 a 7 de março de 2008).

na alegação de “*inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal*”, independentemente de se tratar de decisão do STF proferida em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade³⁵, desde que, por óbvio, trate-se de sentença que comporta execução. Diz-se que esses dois mecanismos processuais são aptos a relativizar a coisa julgada³⁶, ou melhor, as decisões judiciais transitadas em julgado, precisamente porque o seu manejo é capaz de, de certo modo, desconstituí-las, atingindo-lhes ou desfazendo-lhes os *efeitos pretéritos*, ou seja, aqueles efeitos já produzidos em momento anterior ao advento do precedente do STF.

84. Diversamente, defende-se neste Parecer, apenas, que, pelas razões acima aventadas, a consolidação da jurisprudência do STF em sentido diverso daquele sufragado em anterior decisão tributária transitada em julgado faz cessar, *prospectivamente*, a eficácia vinculante desta, o que legitima, por exemplo, a cobrança do tributo (antes tido por inconstitucional) em relação aos fatos geradores **futuros**, ocorridos após a consolidação jurisprudencial, e não em relação aos fatos geradores passados. A tese ora defendida, portanto, não se volta para os efeitos pretéritos da decisão tributária transitada em julgado inconstitucional, dirigindo-se, tão-somente, para os seus efeitos futuros.

85. Com isso, a coisa julgada não é relativizada ou desconsiderada, *e sim, preservada e prestigiada em grau máximo, mediante o respeito aos seus limites objetivos*, nos quais não há como se considerar compreendida a nova relação jurídica formada em razão da superveniente decisão do STF.

b) A cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado prestigia, indiretamente, o princípio constitucional da livre concorrência

86. Não se poderia deixar de registrar, ainda, que o entendimento defendido neste Parecer, além de *diretamente* prestigiar a coisa julgada

35 Conforme recentemente decidiu o STJ, no julgamento proferido nos autos do RESP n. 1.189.619/PE (Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJU 02/09/2010).

36 Vale assinalar, entretanto, que, quando a coisa julgada for contrária à posterior decisão, proferida pelo STF em controle difuso ou concentrado, no sentido da inconstitucionalidade de determinada lei, a sua desconstituição mediante ação rescisória ou no curso da execução, em sede de impugnação ou embargos, somente poderá ocorrer se a declaração de inconstitucionalidade produzir os efeitos que lhe são naturais, ou seja, efeitos retroativos. Por outro lado, se o STF conferir eficácia *ex nunc* a essa decisão, certamente a inconstitucionalidade nela reconhecida **não** poderá ser invocada, quer em sede de rescisória, quer no curso do processo de execução, como fundamento para a desconstituição da coisa julgada formada anteriormente. Realmente, se a inconstitucionalidade da lei é apenas “dali para frente” (eficácia *ex tunc*), então **os efeitos pretéritos** das coisas julgadas baseadas em tal lei devem ser mantidos, eis que produzidos ao tempo em que a lei, para o STF, ainda deve ser considerada como constitucional.

mediante a preservação dos seus limites objetivos, produz, também, como *relevante efeito jurídico indireto, a preservação do princípio da livre concorrência*, que, à luz do art. 170, inc. IV da CF/88, constitui, a um só tempo, fundamento e objetivo da ordem econômica constitucional vigente.

87. De fato, o princípio constitucional da livre concorrência funda-se, se não exclusivamente, ao menos primordialmente, na idéia de **isonomia**, na medida em que a sua consecução pressupõe que os diversos agentes econômicos possam atuar no mercado em igualdade de condições (por óbvio, desde que inexista razão suficientemente relevante a justificar um eventual tratamento diferenciado). Nas bem lançadas palavras de FERNANDO FACURY SCAFF, pelo princípio da livre concorrência, *“busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que se possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores nas arenas no mercado”*³⁷. (Grifou-se).

88. Trazendo o tema para o campo do Direito Tributário, pode-se afirmar que o princípio da isonomia, num primeiro momento, e o princípio constitucional da livre concorrência, num momento imediatamente subsequente, manifestam-se pela necessidade de se assegurar, ainda nas palavras de FERNANDO FACURY SCAFF, que *“os tributos sejam economicamente neutros, para que não venham a distorcer os preços praticados pelas empresas dentro de um mesmo mercado relevante. Trata-se do princípio da neutralidade econômica dos tributos, que impede que este tipo de “intervenção econômica” do Estado cause desequilíbrios concorrenciais”*³⁸ (Grifou-se). Assim, o denominado princípio da *neutralidade econômica dos tributos* integra, no universo do Direito Tributário, o instrumental necessário a assegurar a consecução dos princípios da isonomia e da livre concorrência.

89. Nesse contexto, percebe-se que uma decisão judicial transitada em julgado que, eventualmente, desonere determinada empresa do pagamento de um dado tributo, quando inexistir decisão similar a beneficiar as demais empresas que atuam no mesmo segmento, possui o condão de *impactar de forma direta o desempenho da empresa-autora no mercado, tornando-a, ao menos em tese, mais competitiva do que as demais*; daí que decisões judiciais desse jaez configuram fatores capazes de abalar a desejada “neutralidade econômica dos tributos”, e, portanto, potencialmente interferem no equilíbrio concorrencial que se espera existente no mercado, especialmente tendo-se em conta a relevância que a carga tributária assume para a existência e sobrevivência dos agentes econômicos.

90. Uma vez compreendida a capacidade que esse tipo de decisão judicial possui de impactar as relações econômicas entre as empresas

37 (Coisa Julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária. Co-edição Dialética e ICET, São Paulo e Fortaleza, 2006, pg. 111).

38 *Idem*, p. 114

que atuam num mesmo mercado relevante, já se faz possível apreender, ainda que não em sua totalidade, a *magnitude* da ofensa aos princípios da isonomia e da livre concorrência que seria infligida caso prevalecesse o entendimento de que a decisão tributária transitada em julgado (voltada à disciplina de relação jurídica tributária de trato sucessivo), proferida em descompasso com posterior posição assumida definitivamente pelo STF, possui o condão de continuar *irradiando a sua eficácia vinculante eternamente*, inclusive em relação a fatos geradores praticados pela empresa autora *após* a definição do tema pela Suprema Corte. Aqui, faz-se essencial ter-se em mente, para que bem se entenda a gravidade da situação que exsurgiria desse entendimento, que todas as demais empresas não beneficiárias da mencionada coisa julgada tributária não teriam chances de também obter, junto ao Poder Judiciário, tutela jurisdicional idêntica à obtida pela empresa autora, precisamente porque – e eis aqui aspecto bastante relevante – o direito que foi reconhecido a esta última empresa pela coisa julgada já foi considerado inexistente pela Suprema Corte, responsável, repita-se, por interpretar as leis em face da Constituição em caráter definitivo e final.

91. Assim, conferir essa *sobrevida* aos efeitos vinculantes emanados da decisão tributária transitada em julgado, admitindo a sua continuidade mesmo após o advento do precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário ao nela sufragado, permitiria, na prática, por exemplo, que empresas beneficiárias de coisas julgadas tributárias estivessem eximidas, para todo o sempre, do pagamento de um determinado tributo, enquanto todas as demais, que atuassem no mesmo segmento econômico, continuariam compelidas ao seu pagamento, - e de forma definitiva, dada a impossibilidade de, com êxito, recorrerem ao Poder Judiciário no intuito de obterem idêntica tutela.

92. Nessa hipótese, a desoneração tributária *eterna* conferida à empresa autora certamente aniquilaria, ou, pelo menos, prejudicaria sensivelmente, a existência de uma verdadeira relação concorrencial no segmento de mercado de que faz parte tal empresa. Note-se que, no caso, a carga tributária deixaria de ser economicamente neutra, passando a interferir nas relações econômicas de modo a desequilibrar – ou mesmo eliminar - a concorrência, ferindo fatalmente a isonomia.

93. Atento a essa circunstância, assim se manifestou o Ministro TEORI ALBINO ZAVASKI a respeito do tema:

Ofenderia o mais elementar senso de justiça invocar a força da coisa julgada do caso concreto para, por exemplo, impor a determinada pessoa uma carga tributária que o Supremo Tribunal Federal declarou inexistente ou nula ou inexigível para todas as demais; ou, por exemplo, para assegurar a um cidadão o privilégio de receber determinado benefício remuneratório ou gozar de favor fiscal que

é negado, com força vinculante, a todos os demais cidadãos as mesmas condições.³⁹

94. É por isso que se disse, ao início deste tópico, que a tese defendida no presente Parecer produz o efeito jurídico indireto de preservar o princípio constitucional da livre concorrência, impedindo que eventuais coisas julgadas contrárias ao entendimento posteriormente firmado, com ares de definitividade, pela Suprema Corte se tornem fatores de desequilíbrio ou, mesmo, de eliminação, da concorrência que deve existir entre os agentes econômicos que atuam num mesmo mercado relevante.

IV

CONSIDERAÇÕES FINAIS: APLICAÇÃO PRÁTICA DO ENTENDIMENTO FIRMADO NESTE PARECER

95. Após todo o exposto, cabe, aqui, fazer algumas considerações de ordem prática, voltadas, *num primeiro momento*, para aquele *Procurador da Fazenda Nacional* que, eventualmente, deparar-se com uma coisa julgada tributária desfavorável à Fazenda Nacional, na qual se reconheceu, *por exemplo*, a inexistência de uma dada relação jurídica tributária de trato continuado face à inconstitucionalidade da respectiva lei tributária de incidência. Nessas hipóteses, caso constate que tal lei tributária já foi reconhecida como constitucional por precedente objetivo e definitivo da Suprema Corte (que são aqueles assim definidos no parágrafo 51 deste Parecer⁴⁰), o Procurador da Fazenda Nacional deverá adotar as seguintes providências:

1^a – analisar o cabimento, no caso, de ação rescisória. Sendo cabível, *ação rescisória deverá ser ajuizada*, requerendo-se: i - a desconstituição da coisa julgada tributária contrária ao posterior precedente do STF, com fulcro no art. 485, inc. V do CPC, o que, segundo o entendimento da Suprema Corte, não encontra óbice na sua Súmula n. 343; ii – o posterior rejuízo da causa originária, o que deverá ser feito à luz do entendimento do STF sobre a questão jurídica nela discutida.

39 *Coisa julgada em matéria constitucional e eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavaski%20-%20formatado.pdf>>.

40 São definitivos e objetivos, pelas razões aventadas ao longo deste Parecer, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, *independentemente da época em que prolatados*; (ii) quando posteriores a 19 de fevereiro de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, trate-se de precedente formado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 19 de fevereiro de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e sejam confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.

2ª - concomitantemente ao ajuizamento da ação rescisória, o Procurador da Fazenda Nacional deverá encaminhar cópia dos respectivos autos judiciais à Delegacia da Receita Federal do Brasil do domicílio fiscal do contribuinte-autor, para que possam ser, desde logo, iniciados os procedimentos necessários à cobrança administrativa do tributo relativo aos fatos geradores ocorridos após o advento do precedente do STF, ou após a publicação deste Parecer, conforme o caso.

3ª – não sendo cabível, no caso, o ajuizamento de ação rescisória, especialmente em razão do escoamento do respectivo prazo decadencial, o Procurador da Fazenda Nacional deverá, apenas, encaminhar cópia dos respectivos autos judiciais à Delegacia da Receita Federal do Brasil do domicílio fiscal do contribuinte-autor, para que possam ser ali iniciados os procedimentos necessários à cobrança administrativa do tributo relativo aos fatos geradores ocorridos após o advento do precedente do STF, ou após a publicação deste Parecer, conforme o caso.

96. Registre-se, no que tange à primeira providência acima elencada, que sempre que ainda for cabível o ajuizamento de ação rescisória a fim de deconstituir decisão tributária transitada em julgado desfavorável à Fazenda Nacional, tal ação deverá ser ajuizada, ainda que se trate de decisão cuja eficácia vinculante, nos termos deste Parecer, já se encontra cessada. E isso por que, apenas por meio da ação rescisória é que será possível à Fazenda Nacional, com a deconstituição da coisa julgada e o rejuizamento da causa originária, realizar a cobrança do tributo que deixou de ser pago no passado, durante o período em que a decisão tributária transitada em julgado ainda produzia efeitos, observados, sempre, os parâmetros fixados no Parecer PGFN/CRJ n. 2740/2008⁴¹.

97. No que tange à segunda providência acima referida, vale salientar, apenas, que como a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado já ocorreu, e de forma automática, a cobrança administrativa (lançamento) do tributo relativo aos fatos geradores ocorridos após a cessação da eficácia, ou após a publicação deste Parecer, não precisa aguardar o desfecho da ação rescisória para que, só então, seja efetivada. Não precisa e não deve: é que, como a cobrança administrativa em relação aos novos fatos geradores não encontra óbice na coisa julgada anterior, a sua realização se impõe, até porque o prazo de decadência para tanto já estará em curso.

98. Num segundo momento, as considerações de ordem práticas são voltadas àquele Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil que, eventualmente, em suas atividades fiscalizatórias, verificar que determinada pessoa física ou jurídica não está recolhendo determinado tributo sob a justificativa de que tal conduta se encontra respaldada em coisa julgada tributária, na qual se

41 Eis trecho da ementa do referido Parecer: “Natureza declaratória e eficácia retroativa da decisão judicial que, em juízo rescisório, julga precedente ação rescisória. Consequências em relação à cobrança de créditos tributários. Necessidade de observância, em cada caso, do prazo decadencial incidente.”

reconheceu, por exemplo, a inexistência da correspondente relação jurídica tributária de trato sucessivo face à inconstitucionalidade da respectiva lei de incidência. Nessa hipótese, caso constate que tal lei já foi reconhecida como constitucional por precedente objetivo e definitivo da Suprema Corte (ver parágrafo 51 deste Parecer), o Auditor-Fiscal deverá adotar as seguintes providências:

1^a – iniciar os procedimentos administrativos tendentes a constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor *após* o advento do precedente do STF, ou após publicação deste Parecer, conforme o caso.

2^a – dar ciência de tal fato à unidade da Procuradoria da Fazenda Nacional do domicílio fiscal do contribuinte-autor, de modo a possibilitar que a PGFN analise o cabimento, no caso, de ação rescisória a fim de desconstituir a anterior coisa julgada tributária, o que, conforme visto, viabilizaria a cobrança do tributo que deixou de ser pago no passado, durante o período em que a decisão tributária transitada em julgado ainda produzia efeitos, observados, sempre, os parâmetros fixados no Parecer PGFN/CRJ n. 2740/2008.

V

SÍNTESE DO EXPOSTO

99. Eis a síntese das principais considerações/conclusões expostas ao longo do presente Parecer:

- (i) a alteração nos suportes fático ou jurídico existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de relações jurídicas tributárias continuativas faz cessar, dali para frente, a eficácia vinculante dela emergente em razão do seu trânsito em julgado;
- (ii) possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente,, precisamente por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, *independentemente da época em que prolatados*; (ii) *quando posteriores a 3 de maio de 2007*, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) *quando anteriores a 3 de maio de 2007*, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e sejam confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.

- (iii) o advento de precedente objetivo e definitivo do STF configura circunstância jurídica nova apta a fazer cessar a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhe forem contrárias;
- (iii) como a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado é automática, com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, quando no sentido da constitucionalidade da lei tributária, o Fisco retoma o direito de cobrar o tributo em relação aos fatos geradores ocorridos daí para frente, sem que, para tanto, necessite ajuizar ação judicial; por outro lado, com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, quando no sentido da inconstitucionalidade da lei tributária, o contribuinte-autor deixa de estar obrigado ao recolhimento do tributo, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que, para tanto, necessite ajuizar ação judicial;
- (iv) em regra, o termo *a quo* para o exercício do direito conferido ao contribuinte-autor de deixar de pagar o tributo antes tido por constitucional pela coisa julgada, ou conferido ao Fisco de voltar a cobrar o tributo antes tido por inconstitucional pela coisa julgada, é a data do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STF. Excepciona-se essa regra, no que tange ao direito do Fisco de voltar a cobrar, naquelas específicas hipóteses em que a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado tenha ocorrido em momento anterior à publicação deste Parecer, e tenha havido inércia dos agentes fazendários quanto à cobrança; nessas hipóteses, o termo *a quo* do direito conferido ao Fisco de voltar a exigir, do contribuinte-autor, o tributo em questão, é a publicação do presente Parecer.

100. Feitas estas considerações, sugere-se a divulgação deste Parecer a todas as unidades da PGFN, bem como a todas as unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRFB).

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
07 de fevereiro de 2011.

LUANA VARGAS MACEDO
Procuradora da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 07 de fevereiro de 2011.

JOÃO BATISTA DE FIGUEIREDO
Coordenador de Consultoria Judicial

De acordo. À consideração superior.
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em
08 de fevereiro de 2011.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO
Coordenador-Geral da Representação Judicial
da Fazenda Nacional

De acordo. À consideração superior.
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
em 30 de março de 2011.

FABRÍCIO DA SOLLER
Procurador-Geral Adjunto de Consultoria
e Contencioso Tributário

De acordo. À consideração do Senhor Ministro de Estado da Fazenda. Caso aprovado, publique-se o despacho e o presente Parecer no Diário Oficial da União (DOU), dando-lhes ampla divulgação nesta PGFN e na SRFB.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 30 de março de 2011.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO
Procuradora-Geral da Fazenda Nacional