

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Rachel Lima Penariol

A ação rescisória por ofensa a literal dispositivo constitucional, em matéria tributária

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

RACHEL LIMA PENARIOL

A ação rescisória por ofensa a literal dispositivo constitucional, em matéria tributária

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Tributário sob a orientação da Profa. Doutora Fabiana Del Padre Tomé.

SÃO PAULO

2008

Banca Examinadora

Ao Luiz, revisor desse trabalho
e pai da menina mais linda
do mundo.

Aos meus pais, por tudo, sempre.

Resumo

Este trabalho tem por objetivo analisar o cabimento da ação rescisória, em que há exceção à regra dos efeitos do trânsito em julgado, delimitado o âmbito de estudo à hipótese prevista no inciso V, do artigo 485, do Código de Processo Civil, isto é, por violação a literal dispositivo de lei, já que essa nos parece a circunstância mais interessante do ponto de vista tributário.

Ademais, foram estudadas as situações em que a jurisprudência apresenta divergência e, por se tratar de matéria constitucional, há posicionamento posterior e definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Esta análise tem início com a evolução histórica do conceito de Direito, da idéia de tempo como convenção, bem como da definição de norma, que são levados em consideração para as conclusões finais.

O segundo ponto abordado no presente trabalho é a ação rescisória propriamente dita como um dos mecanismos de cumprimento do princípio da segurança jurídica, as condições da ação em geral e a análise especificada para a rescisória.

Também são estudados os conceitos de coisa julgada – essencial como condição para a propositura da ação rescisória -, bem como os tipos de controle de constitucionalidade adotados pelo direito positivo brasileiro.

Por fim, são citados alguns exemplos que tratam das conseqüências práticas de uma decisão prolatada em sede de rescisória.

Palavras-chave: Rescisória, coisa julgada, controle de constitucionalidade.

Abstract

This dissertation aims to analyze the rescissory action, in which there is an exception to the rule of the effect of *res judicata*, limiting the scope of the study to the hypothesis mentioned in the subparagraph V, article 485, of the Civil Process Code, i.e., for violation of a literal law device, as this seems for us to be the most interesting circumstance from a taxation point of view.

Furthermore, situations presenting diverging jurisprudence were studied and, due to these being a constitutional matter, there is a definitive position of the Supreme Court.

This analysis starts with the historical evolution of the concept of Law, of the idea of time as a convention, as well as of the definition of rule, which are considered in the final discussion of this work.

The second point made in this study is the rescissory action itself as one of the mechanisms for execution of the principle of juridical assurance, the conditions of the action in general, and the specific analysis of the rescissory.

The concepts of *res judicata* – essential as a condition to the proposition of the rescissory action as well as the types of control of constitutionality adopted by Brazilian positive law are studied.

In conclusion, there are references to some examples regarding practical consequences of a decision arbitrated in rescissory action.

Key Words: Rescissory action, *res judicata*, control of constitutionality, violation of a literal law device.

Abreviaturas e Siglas

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

art. - artigo

CPC – Código de Processo Civil

CF – Constituição Federal

CTN – Código Tributário Nacional

EC – Emenda Constitucional

ICMS – Imposto sobre operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicações

inc. – Inciso

IPI – Imposto sobre Produtos Industrializados

LEF – Lei de Execuções Fiscais – Lei nº 6.830/80

Sumário

Introdução.....	10
Capítulo 1 – Noções Gerais.....	12
1.1. O Direito como ciência autônoma	12
1.2 Breve evolução histórica do pensamento jurídico – as diversas definições de “Direito”	14
1.3 O Tempo do Direito.....	25
1.4 Normas, Enunciados e Proposições	26
1.5 A Constituição e a matéria tributária	30
1.5.1 O princípio da máxima efetividade da norma constitucional.....	34
Capítulo 2 - A Ação Rescisória	35
2.1 As Condições da Ação Rescisória	43
2.2 O Interesse de Agir e a Possibilidade Jurídica do Pedido.....	44
2.2.1 O Objeto da Ação Rescisória	44
2.3 Legitimidade	53
2.3.1 Legitimidade extraordinária ou substituição processual	54
2.3.2 Legitimidade para propor a ação rescisória.....	54
2.3.2 A sujeição passiva tributária e a legitimidade (ativa) para propor ação rescisória ..	56
2.4 Interpretação Literal.....	59
2.5 Momento do trânsito em julgado e o prazo para a propositura da ação	62
2.6 Depósito na ação rescisória.....	65
2.7 A execução da sentença rescindenda e o poder geral de cautela	66
2.8 Competência	67
2.9. Recursos.....	67
Capítulo 3 - Coisa julgada	68
3.1 Os tipos de ação e os limites da coisa julgada	86
Capítulo 4. Controles de Constitucionalidade: Difuso e Concentrado.....	91
4.1 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade e da Declaração de Constitucionalidade	94
4.2 Efeitos da concessão, da negação e da revogação da medida cautelar	100
4.3 Extensão do julgamento e suas conseqüências	102
4.3.1. Efeito <i>ex tunc</i>	106

4.3.2 Efeitos <i>ex nunc</i> e <i>pro futuro</i>	108
4.3.3 Efeito <i>erga omnes</i>	109
4.3.4 Efeito vinculante	111
Capítulo 5 - Efeitos da decisão prolatada na ação rescisória em face da coisa julgada e do controle de constitucionalidade	114
Capítulo 6 – Análise das Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre a ação rescisória.....	127
Conclusões.....	133
Referências Bibliográficas.....	141

Introdução

“Minha missão é dizer as coisas de maneira mais simples do que eu as entendo” Shöenberg , Moses and Aaron

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal vem alterando o posicionamento de algumas questões que pareciam pacificadas em outros tribunais e ali naquela corte.

São exemplos dessa mudança de entendimento a questão do conceito de faturamento trazido pela Lei nº 9.718 que trata da incidência das contribuições ao PIS e à COFINS, a inclusão do ICMS na base de cálculo do FINSOCIAL, a controvérsia sobre os créditos de IPI decorrentes da aquisição de insumos e demais produtos isentos, não-tributados ou tributados à alíquota zero, além da interpretação da redução da base de cálculo do ICMS como se fosse isenção.

A alteração do posicionamento da jurisprudência, seja em razão da mudança na composição do Supremo Tribunal Federal, quer em função da variação de entendimento de determinada matéria, pode representar uma afronta ao princípio da segurança jurídica como também pode revelar a evolução das decisões.

Em face dessa situação ressurgem a discussão sobre a importância das ações rescisórias e, por conseqüência, dos limites e alcance da coisa julgada em matéria tributária, bem como do estudo dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade¹.

Se por um lado, as regras para a propositura da ação rescisória devem ser entendidas restritivamente para que o instituto da coisa julgada não seja “letra morta”, não é ideal que convivam situações jurídicas distintas para contribuintes que estejam em situações de “fato” muito similares.

¹ Aqui entendida *lato sensu*.

Entretanto, ainda que isso possa parecer injusto, o tempo vai determinar todas essas relações e teremos no sistema, em razão dos mecanismos previstos, a convivência de situações distintas em razão do momento em que determinada decisão se deu e transitou em julgado.

Assim aquele contribuinte que obteve do Poder Judiciário decisão contrária a seus interesses, declarando a aplicação de determinada norma por entender, ainda que incidentalmente, a constitucionalidade da mesma, e o Supremo Tribunal Federal declare após 2 anos dessa decisão, a inconstitucionalidade dessa mesma norma, nada restará a esse contribuinte ao não ser se conformar que neste caso particular a imutabilidade das decisões, em razão do cumprimento do princípio da segurança jurídica, teve por consequência uma situação não isonômica, em razão do transcurso do tempo.

O tempo, portanto, não é uma discussão somente “filosófica”, ele realmente destrói e constrói realidades que podem não só influir na expectativa que cada jurisdicionado tem do Direito, como em questões que o Direito visa a coibir. Cite-se como exemplo, a questão da concorrência, já que um contribuinte poderia ter preços mais competitivos em razão de decisão que lhe fosse favorável, transitada em julgado, comparado àquele contribuinte que não propôs ação.

Capítulo 1 – Noções Gerais.

Neste capítulo serão introduzidos os conceitos que nortearam a elaboração deste trabalho.

Início com a definição do Direito como ciência, passando pela evolução histórica do pensamento jurídico, comparando sinteticamente as principais correntes doutrinárias.

A partir daí serão colocadas as idéias chaves da estruturação desse trabalho, bem como da importância fundamental da Constituição para o Direito Tributário.

Há subcapítulo especial sobre a relação do Direito com o Tempo, que para essa monografia, é conceito imprescindível, já que a ação rescisória representa a exceção ao conceito de coisa julgada, é uma “última chance” da parte ver seu pleito admitido. Entretanto, essa sensação de injustiça tem prazo para ser reclamada porque em função do princípio da segurança jurídica, as situações não podem ser perpetuadas indefinidamente no tempo.

1.1. O Direito como ciência autônoma

Uma nova ciência nasce da existência de um novo problema que é tomado por um novo método, “não é a ‘real’ interconexão das ‘coisas’, mas a interconexão conceitual de problemas, que define o escopo de várias ciências.”(WEBER, 1904, p. 68).

Para Bachelar (1974, p. 250) ser científico é não privilegiar nem o pensamento, nem a realidade, mas reconhecer o elo inextricável entre eles:

“sem dúvida, há conhecimentos que parecem imutáveis. Crê-se então que a imobilidade do conteúdo é devida à estabilidade do continente, crê-se na permanência das formas racionais, na impossibilidade de um novo método de pensamento. Ora, o que faz a estrutura não decorre apenas da suposta acumulação; a massa do conhecimento imutável não tem a importância funcional algum dia suposta.”

Qual é o “problema” do Direito? “Problema” no sentido de desafio, de mudança de conceitos e definições. A aplicação do Direito? A sua criação? O modo como ele é utilizado? Ou há problema no próprio Direito? O que é Direito? Qual o seu método? O que há de novo nesse método?

Essas são as respostas que devem ser obtidas pela Ciência do Direito, sempre tendo em conta que “conceitos são, originalmente, instrumentos analíticos para o trabalho intelectual de dados empíricos” (BACHELARD, 1974 p. 106) e “as formas são abstrações das relações sociais; assim, a análise formal é, dentro de seus modestos limites, uma análise do poder” (MORETTI, 2001 p .54).

Direitos são maleáveis, os direitos sociais são preceitos gerais. O que eles representam são interesses, e é a relação de poder entre esses interesses que vai determinar qual construção irá prevalecer - sendo uma tão arbitrária quanto qualquer outra.

Assim, o discurso sobre direito não é estruturalmente vazio, mas completado pela concepção que se adota, ou seja, pelos conceitos impostos pelo poder, ou aceitos pela “participação forjada”. Não há escolha, a “participação forjada é uma metáfora apropriada para o papel acordado entre os cidadãos” (ŽIŽEK, 2001 p. 67).

Para Canguillem (1990), o que caracteriza a ciência não é o fechamento e a continuidade, mas a abertura e a descontinuidade, como sistema aberto, afetado pelo ambiente, que espontaneamente faz e refaz sua própria história a cada instante. Esse sentido é mais agudo nas ciências que não atingiram alto grau de formalização – que é o caso do Direito.

No entanto, o Direito jamais prescinde de uma análise histórica. Ainda que seja para aplicar sentido, forma e uso distintos de alguns institutos.

Para tanto, inicio o presente trabalho com a apresentação do pensamento jurídico através da História, terminando por definir Direito como sistema², tentando estabelecer as premissas que nortearam esse estudo. Essa definição de sistema passa pela separação entre um sistema mundial do Direito e o direito em cada localidade, não na definição clássica de sistema, mas como um conjunto que sofre interferência de outros sistemas³, como se fossem “direitos” interligados; para exemplificar essa idéia, temos na literatura que:

“a interferência é um relacionamento entre literaturas, por meio do qual uma [...] fonte literária pode se tornar uma fonte de empréstimos diretos ou indiretos - uma fonte de empréstimos para uma literatura-alvo. Não existe simetria na interferência literária. Uma literatura-alvo é submetida a interferências com mais frequência do que se mostra alheia a estar, por uma literatura fonte que a ignora por completo.” (ZOHAR, 1990, p. 54, 62).

1.2 Breve evolução histórica do pensamento jurídico – as diversas definições de “Direito”

O Direito é um conceito de difícil definição, tendo sido analisado pelas mais diversas correntes do pensamento. Desde os pré-socráticos, passando pelos sofistas - em que há a análise da lei humana e da lei moral, negando o valor absoluto da justiça, que é criada de acordo com as circunstâncias - até os teóricos da linguagem, que estabelecem ser o Direito um evento comunicacional.

Para Platão (1990), a Justiça prevalece quando o Estado se encontra ordenado de acordo com as formas ideais asseguradas pelos sábios encarregados do governo. Não há necessidade de leis humanas, mas unicamente de conhecimentos transcendentais.

² Sistema que cria regras para entrada, saída e relação entre os seus elementos, mas que é fortemente influenciado por componentes externos.

³ Claro está que essa interferência tem que seguir as regras do sistema para poder entrar. Os sistemas de direito italiano e alemão, podem ser citados como exemplo, para nosso direito processual.

Aristóteles (1998) traz a idéia de que “a virtude está no meio”, isto é, as definições passam pela negativa, define-se pelo que não está nos extremos.

No entanto, é com os romanos que se constrói o sistema jurídico que mais influenciará o Direito ocidental atual. O Direito romano é assim considerado desde o século VIII a.c. até o século VI. Grandes juriconsultos como Gaio, Papiniano, Paulo, Ulpiano e Modestino desenvolveram exposição sistemática de comentários, pareceres e formulação de princípios e regras gerais, a ciência jurídica que é jurisprudência.

Na Idade Média, temos Tomás de Aquino, com a escola escolástica que subordinou o direito positivo à lei de Deus, já que nesse sentido uma disposição do direito positivo não podia violar o direito natural e, em consequência, o direito divino.

No século XVI, Maquiavel (1998) traz a idéia de que o Direito está ligado ao poder e não à justiça, ao afirmar que os fins justificam os meios.

Hobbes (1982) define a natureza dos homens como má, em estado natural estes lutam por sobrevivência e só aceitam ceder uma porção de sua liberdade em troca de segurança.

Montesquieu (1993) foi um dos primeiros a rejeitar o Direito natural. Em 1748, com a obra “O Espírito das Leis” (L'Esprit des Lois), defendeu a tese em que o Direito e a Justiça de um povo são determinados por fatores que operam sobre eles, afastando o princípio da imutabilidade do Direito natural.

Para esses autores do que se convencionou chamar “Teoria do Estado”, a natureza do homem leva ao nascimento do Estado, isto é, ao Direito positivo.

Para Hobbes (1982), que refuta a contradição entre Direito natural e positivo, é a razão do Estado, e não aquela individual, que determina o conteúdo do Direito (que é ao mesmo tempo positivo e natural).

No entanto, se Hobbes (1982) defende o Direito natural e o poder soberano e ilimitado, Locke (1999), também partidário da corrente do Direito natural,

não entende a necessidade do poder absoluto. Já Rousseau (1998) afirma ser a liberdade característica intrínseca ao homem, cabendo à sociedade escolher a forma de governo, por meio do “contrato social”.

Na primeira metade do século XIX, o pensamento jurídico experimentou, por influência da filosofia positivista de Augusto Comte, uma reação ao idealismo e às teorias do direito natural. De acordo com a doutrina do positivismo analítico, os casos deveriam ser resolvidos mediante o estudo das instituições e leis existentes. Segundo o positivismo histórico, cujo principal representante foi o jurista alemão Savigny (2005), o Direito reside no espírito do povo e o costume é o Direito por excelência. O papel do jurista consiste em interpretar esse espírito e aplicá-lo às questões técnicas.

A interpretação materialista do Direito iniciou-se com a doutrina marxista, para a qual os sistemas político e judicial representam a superestrutura da sociedade. Surgida em meados do século XIX, combinou a fé no progresso, a evolução social, o racionalismo, o humanismo e o pluralismo político.

Já para Kant (1980), os fatos só são descobertos por meio dos nossos sentidos e da inteligência que ordena os dados oferecidos por eles. Kant (1980) distinguiu dois tipos de imperativos: os hipotéticos e os categóricos (ou absolutos). Os primeiros são condicionais: subordinam o imperativo a um fim, pelo que só têm valor se pretendermos atingir o fim; não têm, por isso, caráter moral. Já o imperativo categórico assume a forma da lei moral, que tem o seguinte enunciado: "age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal".

Kant (1980) formula a sua concepção de sistema a partir da natureza arquetônica da razão. Ele afirma que num sistema, as partes se relacionam entre si e com o todo por um mecanismo que se rompe se for retirada ou acrescida uma única parte, pois isso modificará o sistema como um todo orgânico. “Aqui se abandona o modelo mecânico, substituído pelo orgânico, o qual pressupõe uma força única, central, interna, agindo de modo teleológico, diferente da mera soma das partes do sistema”. Assim, como o todo precede as partes, formando uma unidade indecomponível, tal

sistema não poderia ser desmontado, pois a sua composição se dá por relações indissociáveis que compõem um todo único e suas partes não têm subsistência fora do sistema, sem o qual pereceriam.

Lefebvre (1991, p. 128) traz crítica à definição de ciência ao tentar isolar cada um dos objetos:

"Desdenhando a inseparabilidade entre sujeito e objeto, a filosofia crítica destina-se a tomar os termos de que se ocupa como 'coisas mortas, petrificadas' [...] a perguntar o que são as coisas 'em si', questão na qual é dada 'de modo irrefletido a impossibilidade da resposta'. A coisa em si, pura e simplesmente, é uma abstração vazia e sem vida. Na vida e no movimento, tudo e toda coisa são 'para si', bem como 'para outros'; está em relação com outra coisa, passando continuamente de um estado a outro. Assim, é tão falsamente profundo pretender conhecer 'coisas em si' como declarar que não sabemos o que seja a coisa em si."

A Teoria Pura do Direito de Kelsen (1984), concebia o Direito como um sistema autônomo de normas baseado numa lógica interna, com validade e eficácia independentes de valores extrajurídicos, os quais só teriam importância no processo de formação do Direito. A teoria das leis é uma ciência, com objeto e método determinados, da qual se infere que todo sistema legal é, essencialmente, uma hierarquia de normas.

Kelsen (1984), desenvolvendo a idéia kantiana de intransponibilidade entre ser e dever-ser, verifica que só se pode falar em fundamentação formal por via de um dever-ser. E isso é o mesmo que dizer que o fundamento de validade das normas de um sistema jurídico não pode ser o conteúdo de outra norma superior, mas somente a doação de autoridade, a delegação do poder de emitir um enunciado normativo.

Para Kelsen (1986) o termo "norma" significa que algo deve ser ou acontecer, ou seja, que um homem se deve conduzir de determinada maneira. As normas jurídicas não seriam juízos, ou seja, enunciados sobre um objeto dado ao conhecimento, uma vez que, antes de mais nada, elas seriam comandos, imperativos.

O Direito é composto de normas e a função dessas normas não é prescrever comportamentos e menos ainda autorizá-los, mas estabelecer um nexo de imputação entre o ato ilícito e a sanção.

Todavía, ainda segundo Kelsen (1984), as normas não seriam apenas comandos, pois também seriam permissões e atribuições de poder ou competência. Assim, se a um determinado indivíduo é conferida competência para uma determinada conduta, ele não está, por tal motivo, obrigado a essa conduta, uma vez que lhe é conferida a possibilidade de agir ou omitir-se. Dessa forma, as normas jurídicas seriam atos de vontade descritos mediante juízos hipotéticos, e não categóricos, e consubstanciarium, exclusivamente, um ato coativo condicionado, ou, em outras palavras, enlaçariam, numa relação de dever-ser, uma situação de fato condicionante a uma consequência jurídica condicionada, qual seja, a sanção.⁴

Bobbio (1976, p. 71), analisando a teoria proposta por Kelsen afirma que: “En la obra de Kelsen el análisis funcional y el análisis estructural, no sólo están expresamente separados, sino que esa separación es la base teórica sobre la cual fundamenta Kelsen la exclusión del primero a favor del segundo.”

Para Kelsen (1984), uma norma jurídica é válida se estiver de acordo com as normas hierarquicamente superiores e, em última instância, com a norma fundamental.

Fiedler (1968, p. 16), ao analisar o Direito face à lógica e à matemática, tentando formalizar essa ciência, traz:

“Las normas jurídicas codificadas son sistemas de principios formulados por escrito que sirven de base para la creación de las proposiciones jurídicas de un determinado campo del derecho. Estas regulaciones son, al menos en su intención, completas, en el sentido de que mediante su desarrollo puede obtenerse de ellas todas las proposiciones jurídicas requeridas, sin necesidad de recurrir a una actividad creadora de derecho, en sentido estricto. El desarrollo de estas regulaciones se realiza: Con ayuda de la interpretación jurídica de las expresiones que aparecen en ellas, y mediante la argumentación jurídica”.

O plano pragmático, portanto, representa certo uso da linguagem dentro da metodologia.

⁴ Paulo de Barros Carvalho faz análise desses ensinamentos de Kelsen na obra “Teoria da Norma Tributária, Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 41

E mais adiante, Fiedler (1968, p. 17), afirma que:

“En el álgebra de Boole se consideran clases, es decir, conjuntos de objetos determinados. Clases especiales son también la “clase universal”, que abarca todos los objetos del ámbito que se considera, y la “clase nula”, que es la que no contiene ningún objeto.” [...] “Si están dados los presupuestos p, se producen las consecuencias jurídicas C, puede simbolizarse de la siguiente manera: p C C”

Uma norma jurídica vincula certo conjunto de acontecimentos e situações, chamado fato, com certas conseqüências jurídicas que “devem” ser produzidas quando se dão estes fatos. Estes se identificam mediante certas características, o que naturalmente tem como conseqüência diversas classificações dos fatos (conforme a presença ou ausência de certas características) dentro de uma classe universal. Mediante o produto lógico de todas as classes ou seus complementos se pode, sobre a base das características estabelecidas pela norma, construir todas as combinações possíveis de características.

Um número finito de classes de fatos (pressupostos jurídicos) que por meio de um sistema de proposições jurídicas estão vinculados a classes finitas de conseqüências jurídicas.

As normas jurídicas são parte de um contexto pragmático. Claro está que as características formais têm importância.

A decisão jurídica contém, apesar de sua dependência de um sistema de valores e de sua referência ao caso concreto, componentes fortemente racionais.

A caracterização das normas jurídicas como expectativas generalizadas de comportamento, ou seja, como eventos comunicacionais, permite-nos questionar a onipotência e onisciência conferidas ao legislador pelo pensamento iluminista.

A diferenciação funcional da sociedade moderna, por sua vez, tornou evidente o fato de que só o direito produz direito, sendo que a obediência às normas

jurídicas advém do próprio processo de formação dessa normatividade, ou seja, do fato de esta se caracterizar como uma comunicação social.

Assim, se uma expectativa normativa não se mantém generalizada, não há que se falar em norma jurídica. É óbvio que uma certa frustração sempre haverá, senão nem seria possível distinguir o dever ser das normas jurídicas do ser, mas um mínimo de eficácia é necessária à norma jurídica.

Na sociedade atual, não existe qualquer ponto privilegiado de observação⁵, já que todos os sistemas sociais são formados por distinções, isto é, por uma forma de duas partes, partes estas que surgem ao mesmo tempo, não havendo qualquer síntese para tal distinção, isto é, não há nada acima de qualquer sistema social capaz de justificá-lo ou determiná-lo.

Dessa forma, o sistema jurídico produz os elementos para suas próprias operações e para ocultar o seu paradoxo constitutivo, isto é, o fato de que só o direito produz direito, utilizou-se, ao longo da história, de várias outras distinções, como moral/imoral, para se tornar aceitável e inquestionável. Assim, todo direito é criado, e como toda criação poderia e poderá ser diferente, sendo, portanto, o direito moderno muito mais aberto a críticas e mudanças, já que constatada a relatividade da ordem normativa vigente.

Realmente, partindo-se da noção de uma ordem jurídica construída na comunicação social, abre-se espaço para questionamento dessa ordem e refutação da mesma, exigindo-se, conseqüentemente, uma maior tolerância com o desrespeito à norma, pois esta não é absoluta, mas contingente, sendo que a transgressão de hoje pode tornar-se a regra de amanhã.

⁵ A Teoria luhmanniana, ao constatar a impossibilidade de uma neutralidade científica, pois o sujeito que observa não é capaz de observar a si mesmo quanto analisa seu objeto, adota a perspectiva de que toda observação possui um ponto cego, sendo que o que resta oculto para aquele que observa pode ser visto por um outro observador, entretanto, também esta observação de segunda ordem possui seu ponto cego, que pode ser visualizado por outra observação e assim por adiante. O fato é que não existiria um ponto último de observação na sociedade, um ponto arquimédico de onde a unidade do todo social seria contemplada.

Tendo em vista essa separação do direito dos demais sistemas sociais, como a política, a economia ou a família, em razão da diferenciação de funções, tendo cada qual um problema específico para resolver, bem como a ausência de um centro na sociedade atual de onde adviria a fundamentação para o operar de todos os sistemas, resta dizer que o direito somente pode basear o modo de operar em si próprio, ou seja, qualquer justificação para a obrigatoriedade de suas normas deve provir dele mesmo, e não mais de uma origem divina ou da natureza do próprio ser humano.

Não podemos, no entanto, nos esquecer que ainda que separado desses outros sistemas, o direito sobre influências na sua criação. O que o diferencia desses outros sistemas é que as influências externas para poderem compô-lo devem observar as regras de entrada.

Habermas (2002) trabalhou essa questão afirmando que a validade social de uma norma deriva da legitimidade da mesma, isto é, dela ter sido produzida em um procedimento legislativo em que todos os eventuais interessados tenham tido oportunidade de participar, ou seja, a abertura e imparcialidade no processo de criação das normas é que daria legitimidade às mesmas, e não a obediência fática, de modo contrário, quanto mais legítima uma norma mais provável verifica-se sua eficácia.

De acordo com Habermas (1997, p. 50):

“a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais. A legitimidade de uma regra independe do fato de ela conseguir impor-se. Ao contrário, tanto a validade social, como a obediência fática, variam de acordo com a fé dos membros da comunidade de direito na legitimidade, isto é, na fundamentabilidade das respectivas normas.”

O que se extrai do pensamento acima é que as expectativas sociais somente serão generalizadas na medida em que for aberto espaço para que os indivíduos possam exercer sua autonomia pública, isto é, possam participar da elaboração das normas que regerão seu viver. Ainda que essa participação seja simbólica ou forjada, em razão das características de cada sociedade organizada.

Luhmann (1994), ao dizer que a legitimação do sistema jurídico se dá por meio do próprio sistema, ou seja, o sistema é que legitima a si próprio ao operar com seu código comunicacional específico⁶ é comparado a Kelsen. No entanto, a diferença está no fato de que Kelsen pretendeu isolar o Direito e Luhmann parte da idéia de direito como sociedade e que as normas jurídicas são comunicações sociais, ademais defendia que as normas jurídicas não se diferenciam pela coercitividade, mas por ser comunicação social, a sua obrigatoriedade advém dessa generalização de expectativas normativas e não do monopólio de uma violência legítima.

Entretanto, há autores que criticam a obrigatoriedade dessa relação: “Como entre a linguagem e mundo, também entre a norma e sua aplicação não há nenhuma relação interna que permita fazer decorrer diretamente uma da outra. (AGAMBEN, 2004, p. 63)

Baudrillard (1973) traz crítica importante ao desaparecimento dos limites entre o 'real' e suas 'representações' afirmando que: “se a realidade existe a gente não precisa acreditar nela. Pois se acreditarmos, ela torna-se um objeto de credo. E se for um credo, então deixa de ser uma realidade objetiva. Se ela é uma realidade objetiva, não precisa que nós acreditemos nela pois é objetiva. Porém, se você acreditar nela, ao contrário, você não a estará honrando como uma objetividade e ela passa a não existir mais. É como Deus, você entende? Se você começa a acreditar nele, ele não existe mais enquanto Deus. Torna-se um objeto de credo. E isso não o honra muito, pois na sua Existência Ele não tem nenhuma necessidade que as pessoas acreditem Nele. A única chance de a realidade existir é nós não acreditarmos nela”

Para este autor, lidamos em nosso cotidiano apenas com um "código" (e não com realidades palpáveis); a era da reprodução técnica do mundo se intensificou a ponto de assimilar o existente a um sistema de signos que cancela a própria idéia de "original", dos objetos naturais que a linguagem representaria: "O significado e o referente foram abolidos para o único proveito do jogo de significantes, de uma formalização generalizada na qual o código já não se refere a nenhuma realidade subjetiva ou objetiva, mas à sua própria lógica".

⁶Aqui a classificação do Direito como sistema autopoietico.

A afirmação não difere muito de correntes filosóficas que colocam a linguagem não apenas como instância de nossa percepção mas como algo que dá forma ao mundo. E, ao fazê-lo, modifica sua essência, constituindo uma espécie de "segunda natureza".

Para o autor, sempre há algo que permanece irrepresentado -como nas categorias sociológicas como "alienação", "ideologia", "fetiche" etc.

Baudrillard (1973) chamou a atenção para o fato de que essas fissuras haviam ultrapassado âmbitos específicos (psique, relações de trabalho), produzindo uma hiper-realidade. Numa de suas primeiras obras, "O Sistema dos Objetos", ele amplifica a distinção marxista entre "valor de uso" e "valor de troca" da mercadoria, assinalando que todo objeto tem um valor simbólico intrínseco, que não pode ser visto apenas como excedente de suas funções utilitárias.

A partir daí, sua obra se desenvolveu sob a égide do imediato, acompanhando as mutações que nosso imaginário foi sofrendo sob o impacto dos simulacros, das experiências que reescrevem a dicotomia entre real e imaginário.

Por outro lado, para Derrida (1994), o direito positivo deve servir à justiça, mas é a justiça, oferecendo permanentemente o perigo do erro, da injustiça. No entanto, as "leis" representam a chance de se fazer justiça, na medida em que elas podem e devem ser constantemente repensadas e refeitas, deferidas e diferidas, perfectíveis. A justiça, esta é o indesejável, o objetivo maior da desconstrução. Podemos, assim, dizer que a desconstrução, diferentemente da filosofia clássica, não é uma busca da verdade, mas da justiça

Para Hauriou (MEIRELLES, 1997), o Estado não é somente a ordem no espaço; é também ordem no tempo. Deve garantir a existência durável da comunidade histórica.

No entanto, não podemos esquecer que o direito é um produto cultural que sofre as mais diversas influências.

Benjamin (1994) entende que a função da linguagem é revelar. Dessa forma, o direito só existirá com linguagem, sendo o principal agente do processo quem produz essa linguagem competente, compara quem escreve ao artesão que trabalha com argila.

Hart (1968) explicando a autoridade das decisões afirma ser o resultado aquilo que quem tem competência para dizer, diz. Entretanto, aponta para o fato de que as decisões passam a ser dadas sem obediências às regras do jogo, não saímos do âmbito daquele jogo, mas há um limite nesse afastamento.

Também é essa a idéia que se extrai de Ferraz Júnior (1991, p. 89): “O direito continua resultando de uma série de fatores causais muito mais importantes que a decisão, como valores socialmente prevalentes, interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas etc. Ele não nasce da pena do legislador”.

Larenz (1996, p. 13) ensina que:

“a idéia de sistema se constitui, na ciência jurídica, uma herança da Escola do Direito Natural, também mergulha profundamente suas raízes na filosofia do idealismo alemão. [...] O ‘sistema’ [...] significa a única maneira possível por que o espírito cognoscente consegue ficar seguro da verdade: o critério da ‘racionalidade’ intrínseca, preocupação imprescindível de verdadeira cientificidade. [...] A idéia de ‘sistema’ significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido. [...] O sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha, digamos, a uma pirâmide. [...] À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito ‘abstrato’. O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, os outros conceitos, de sorte a que de cada ponto da base possamos subir até ela, por meio de uma série de termos médios e pelo caminho referido da eliminação do particular”.

Já no século XX, Bobbio (1965, p. 192) concluiu que:

“a história do Estado Moderno nos dois últimos séculos coincide em grande parte com a história das tentativas levadas a termo para tornar efetivamente operante, por meio de vários expedientes constitucionais, a exigência posta pelas teorias jusnaturalistas em favor da limitação do poder soberano. O primeiro passo foi o controle do poder executivo por parte do poder legislativo; o passo seguinte foi dado quando veio a ser instituído o controle do poder legislativo ordinário por parte do poder constituinte por meio do controle de legitimidade constitucional. Agora, nos encontramos na fase do

impulso irresistível para o controle de um ordenamento parcial (Estado) por parte de um ordenamento universal (comunidade universal): desta nova ordem o início é representado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1.948”.

Aproveitando a idéia de Hart, Ost (1999, p. 78) afirma que o mais importante é a definição das regras do jogo, tudo isso para justificar o Estado de direito como garantidor de estabilidade e de segurança:

“Antes de regar o comportamento dos agentes ou de separar seus conflitos, é preciso, de fato, definir o jogo no qual a ação deles se inscreve. Antes de manejar a distinção entre legal e ilegal, entre permitido e proibido, é preciso criar o quadro geral de interação no seio do qual estas distinções ganham sentido. É preciso construir o edifício antes de regulamentar seus acessos e a utilização de seus compartimentos. Sem dúvida, esta função instituinte apresenta uma outra relação com o tempo, além do exercício do comando de que falamos. Ainda que este se acomode com a imediatidade (e até a reclame, desde que se trate de ser eficaz naquele instante), em contrapartida a função instituinte supõe, por hipótese, tempo para manifestar seus efeitos. Nada de uma mobilidade estática (aparada do jogo social), mas a própria possibilidade de jogar, graças ao domínio controlado do jogo e de suas eventuais mudanças.”

1.3 O Tempo do Direito

Saturno para os romanos, Cronos para os gregos, esse deus foi o segundo filho de Urano e de Vesta, destronou o pai e seu irmão - Titã – o primogênito o deixou governar desde que toda a sua descendência masculina fosse destruída para que a sucessão ao trono fosse dos descendentes de Titã.

Réia a mulher de Cronos sempre entregava os filhos recém-nascidos. Entretanto, consegue salvar Júpiter – entregando uma pedra no lugar do filho – Júpiter vence e o expulsa do céu.

O deus tempo é relacionado à figura da destruição.

A lenda conta que Cronos destronado por Zeus refugia-se no Lácio (Itália), onde reúne homens ferozes disseminados nas montanhas e lhes dá leis. Assim,

além de ligado à destruição, também está mitologicamente relacionado à criação do direito.

Para Cícero, a alegoria é perfeita. O deus que devora os filhos é o tempo insaciável que consome todo o tempo que passa.⁷

Podemos assim entender que o tempo é uma instituição social (OST, 1999), isto é, produto de construção social, o tempo é uma questão de poder, uma exigência ética e um objeto jurídico, já que o direito é um mecanismo de controle do tempo, dos processos de controle dos comportamentos e formas de organização no futuro.

O tempo, portanto, destrói as relações, para o direito estabiliza, impede a discussão, cria realidades que não podem mais serem modificadas, tudo isso em função ou justificado pelo princípio da segurança jurídica.

1.4 Normas, Enunciados e Proposições

Para melhor delinear as situações trazidas pela monografia, alguns conceitos foram trazidos das lições Paulo de Barros Carvalho (1999, p. 19) enunciado é:

"produto da atividade psicofísica de enunciação (...) apresenta-se como um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo as regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação"

Ross (2000, p. 78), comentando os conceitos de Hans Kelsen, afirma que enunciado é o sentido de um ato de pensamento e a norma é o sentido de um ato de vontade intencionalmente dirigido a uma certa conduta humana.

Enunciado prescritivo é usado na função pragmática de prescrever condutas.

⁷ P. Commelin, Mitologia Grega e Romana, Tradução Eduardo Brandão, Martins Fontes, São Paulo, 1997 p. 9 e 11

Proposição (CARVALHO,1999, p. 20): "carga semântica de conteúdo significativo que o enunciado, sentença, oração ou asserção exprimem".

Para Vilanova (2004), proposição é estrutura lógico-sintática de significação que conceitua fatos e condutas.

Normas jurídicas (CARVALHO,1999, p. 22) são:

“significações construídas a partir dos textos positivados e estruturados consoante a lógica dos juízos condicionais, composto pela associação de duas ou mais proposições prescritivas [...] encontram base empírica na literalidade dos enunciados expressos que, em si mesmos, não são normas jurídicas.”

Ao tratar do juízo hipotético condicional e as respectivas proposições, Carvalho (1999, p. 20) afirma:

"A derradeira síntese das articulações que se processam entre as duas peças daquele juízo, postulando uma mensagem deontica portadora de sentido completo, pressupõe, desse, modo, uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de suposto normativo, implicando uma proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do conseqüente. A regra assume, portanto, uma feição dual, estando as proposições implicante e implicada unidas por um ato de vontade da autoridade que legisla. E esse ato de vontade, de quem detém o poder jurídico de criar normas, expressa-se por um dever-ser neutro, no sentido de que não aparece modalizado nas formas "proibido", "permitido" e "obrigatório". "Se o antecedente, então deve-ser o conseqüente". Assim diz toda e qualquer norma jurídico-positiva."

Operador deontico (CARVALHO, 1999, p. 26/27):

"a) operador deontico interproposicional, ponente da implicação. Não fora o ato de vontade da autoridade que legisla e a proposição-hipótese não estaria conectada à proposição-tese. Daí porque esse operador deontico seja chamado de neutro, visto que nunca aparece modalizado; b) encontraremos outro "dever-ser" expresso num dos operadores deonticos, mas inserto no conseqüente da norma, dentro da proposição-tese, ostentando caráter intraproposicional e aproximando dois ou mais sujeitos, em torno de uma previsão de conduta que deve ser cumprida por um e pode ser exigida pelo outro, Este "dever-ser",na condição de conectivo intraproposicional, tripartese nos modais "proibido" (V), "permitido" (P) e "obrigatório" (O), diferentemente do primeiro, responsável pela implicação, e que nunca se modalisa; c) "dever-ser", é expressão sintática, é uma partícula operatória que se encontra na estrutura dos enunciados normativos, participando na sua lei de composição interna".

Conseqüente normativo (CARVALHO, 1999, p. 28):

"Se a proposição-hipótese é descritora de uma fato de possível ocorrência no contexto social, a proposição-tese funcionará como prescritora de condutas intersubjetivas" E continua: "Na verdade, o prescritor da norma é, invariavelmente, uma proposição relacional, enlaçando dois ou mais sujeitos de direito em torno de uma conduta regulada como proibida, permitida ou obrigatória. Trata-se de uma relação entre termos determinados, que são necessariamente pessoas: R' R S''. Nessa fórmula, S' é uma pessoa qualquer e S'' é uma pessoa qualquer, desde que não seja S'. R é o relacional deôntico, aparecendo num dos modais do dever-ser: V, P ou O"

Regra-matriz de incidência tributária (CARVALHO, 1999, p. 35): "é u'a norma geral e abstrata que atinge as condutas intersubjetivas por intermédio do ato jurídico-administrativo de lançamento ou de ato do particular, veículos que introduzem no sistema norma individual e concreta", isto é, aquela norma que institui o tributo, determina a forma de arrecadação e estabelece as sanções pelo descumprimento.

Nos Estados de Direito, onde vigora o princípio da legalidade, a exigência de tributos só é válida se decorrer de uma norma editada pelo Poder Legislativo. No Brasil, foi estabelecida exceção a esse princípio, autorizando o Poder Executivo a instituir tributos por meio de Medidas Provisórias (§2º, do art. 62, redação original alterada pela Emenda Constitucional nº 32/01)

Regras de conduta e regras de estrutura (CARVALHO, 1999, p. 33):

"São normas de conduta, entre outras, as regras-matrizes de incidência dos tributos e todas aquelas atinentes ao cumprimento dos deveres instrumentais ou formais, também chamados de 'obrigações acessórias'. E são tipicamente regras de estrutura aquelas que outorgam competências, isenções, procedimentos administrativos e judiciais, as que prescrevem pressupostos etc. Entre as normas que estipulam competência, incluíamos as regras de imunidade tributária".

No entanto, não concordo com essa divisão. Todas as normas em direito prescrevem condutas, em última análise, e, algumas também prescrevem como uma norma individual e concreta deverá ser elaborada. Por exemplo, a regra-matriz de incidência tributária do Imposto sobre a renda, determina uma conduta, qual seja, auferiu renda ou proventos de qualquer natureza, durante certo prazo deve-ser pagar o imposto sobre a renda. Também, prescreve essa norma a entrega da declaração. Ora a declaração anual que é entregue nada mais é que a norma individual e concreta. A

imunidade tributária também não é regra de estrutura, na medida que delimita a conduta do ente tributante. Assim, prefiro afastar essa divisão, entendendo que há somente regras de conduta.

Em nosso sistema jurídico, a norma tributária é formada por diversos textos normativos, diversos enunciados prescritivos, iniciando pela norma de competência constitucional, autorizando a criação, delimitando os sujeitos ativo e passivo, o critério material da hipótese de incidência, razão pela qual Carvalho (1999, p. 78), classifica as normas tributárias em:

“a) normas que estabelecem princípios gerais, demarcadores da virtualidade legislativa no campo tributário; b) normas que estipulam a incidência do tributo, descrevendo os aspectos de eventos de possível ocorrência e prescrevendo os elementos da obrigação tributária (sujeitos a modos de determinação do objeto da prestação. Chamemo-las de ‘norma-padrão de incidência’ ou ‘regra-matriz de incidência tributária’, registrando que cabem nesse item as normas que impõem penalidades; e c) normas que fixam outras providências administrativas para a operatividade do tributo, tais como as de lançamento, recolhimento, configuração de deveres instrumentais e as relativas à fiscalização”.

O mesmo autor apresenta, ainda, outro critério (CARVALHO, 1998, p. 167) de classificação, normas tributárias em sentido estrito - aquela que marca o núcleo do tributo, isto é, a regra-matriz da incidência fiscal – e normas em sentido amplo, sendo todas as demais.

Para Ataliba (1999), as normas tributárias são somente as que definem o núcleo do tributo, isto é, as normas em sentido estrito assim definidas por Paulo de Barros Carvalho.

Em função disso, as normas tributárias brasileiras, em sentido estrito, sempre têm conexão com a Constituição Federal, pois suas principais características de incidência, a competência para sua instituição e administração, e as limitações ao poder de tributar encontram-se nessa norma fundamental. Nesse sentido é que é possível defender-se a natureza constitucional dessas normas jurídicas tributárias.

Adotada essa classificação passemos à análise de alguns pontos da Constituição, já que é dela que emanam as normas de competência tributária, da

instituição dos tributos, dos fatos geradores, isto é, no nosso sistemas os alicerces da instituição dos tributos estão ali previstos⁸.

1.5 A Constituição e a matéria tributária

Constituição fundamenta a validade de todas as normas infraconstitucionais. Ela disciplina o processo legislativo, os Poderes competentes e o procedimento a ser observado para a elaboração das leis e torna obrigatórios os seus enunciados. Se as leis e os atos normativos são obrigatórios em virtude da própria Constituição, segue-se que o controle de constitucionalidade só pode ser exercido nos termos em que admitido na própria lei fundamental. Só a Constituição, que disciplina a criação das leis e as torna obrigatórias, pode estabelecer os mecanismos de declaração de invalidade dessas leis, retirando-as do mundo jurídico.

No controle de constitucionalidade realizado pelo sistema concentrado, apenas o Tribunal indicado na Constituição pode declarar a inconstitucionalidade da lei, pois a lei goza de presunção de constitucionalidade, que só pode ser desfeita por um órgão competente delimitado pela Constituição.

Na ação declaratória de constitucionalidade essa presunção está invertida, pois seu pedido é que seja declarada a constitucionalidade de uma lei ou de um ato normativo federal que já nasceu com a presunção de sê-lo, de forma relativa. Diante da insegurança e incerteza jurídica instaurada, ocorre o descrédito em relação às leis, em vez de proteger os preceitos constitucionais. A decisão em ação declaratória de constitucionalidade cria uma presunção absoluta da constitucionalidade da norma, considerando a eficácia geral da decisão definitiva de mérito.

⁸ Adotando-se a linha de Kelsen, a Constituição é a norma que na hierarquia ocupa o lugar mais alto, isto é, o vértice da pirâmide que simboliza o ordenamento jurídico porque contém em si mesma o fundamento de validade – neste ponto, dependendo do autor teremos várias hipóteses a justificar a validade – e as normas trazidas na constituição são fundamento de validade tanto para a produção das demais normas, como para seu conteúdo.

No controle difuso, a inconstitucionalidade não poderá ser declarada por órgão fracionário de qualquer tribunal. Nessa modalidade de controle, entretanto, poderá o órgão fracionário reconhecer a constitucionalidade da norma.

A Constituição Federal de 1988 é considerada rígida no que tange ao procedimento de alteração porque impõe mecanismo mais restrito para sua modificação que aquele previsto para a elaboração de lei ordinária⁹, bem como veda que determinadas matérias sejam objeto de alteração – as denominadas cláusulas pétreas.

Nos artigos 145 a 156¹⁰ o tema tributário foi elevado à categoria constitucional, o que não só demonstra a importância dessa questão como garantia aos jurisdicionados, como também estabelece limites aos Poderes Legislativo e Executivo¹¹. Para Geraldo Ataliba é o “Subsistema Constitucional Tributário”.

Esses artigos veiculam princípios constitucionais¹² que representam não só normas fundamentais e gerais do direito tributário, como também normas propriamente ditas.

Para Carvalho (2005, p. 145) são encontrados quatro tipos de princípios:

- a) como norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo;
- b) como norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos;
- c) como os valores insertos em regras jurídicas de posição privilegiada, mas considerados independentemente das estruturas normativas; e

⁹ Vide artigos 60 e 61 da CF, por exemplo.

¹⁰ Os demais artigos incluídos no Título “Do Sistema Tributário Nacional” - 157 a 162 – tratam e repartição das receitas tributárias e dizem mais ao direito financeiro que ao tributário.

¹¹ Como anteriormente dito, o constituinte derivado autorizou o Poder Executivo a criar tributos.

¹² Para Celso Antonio Bandeira de Mello, princípio é: mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (2006, p. 902-903).

d) como o limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia, tomado, porém, sem levar em conta a estrutura da norma. Nos dois primeiros, temos “princípio” como “norma”; enquanto nos dois últimos, “princípio” como “valor” ou como “critério objetivo”.

Assim, para Carvalho (2005, p. 148) “os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão dos setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.

Dentro do Subsistema Constitucional Tributário podem ser encontrados vários princípios, tais como: legalidade, anterioridade, irretroatividade da lei tributária, tipicidade, isonomia, vedação de tributo com efeito de confisco, vinculação da tributação, uniformidade geográfica, não-discriminação tributária em razão da procedência ou destino dos bens, territorialidade da tributação, indelegabilidade da competência tributária, não-cumulatividade, entre outros.

Como foi visto, cumpre à lei ordinária, em regra, o papel de instituir ou majorar tributos, como decorrência do princípio da legalidade tributária. Excepcionalmente, nos casos expressamente previstos pela Constituição Federal, esta tarefa também está atribuída à lei complementar .

Instituir tributo é descrever abstratamente todos os elementos do tributo. Destarte, para criar um tributo é necessário descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a norma jurídica tributária.

Nesse sentido, portanto, cumpre às leis editadas pelos Poderes Legislativos de cada ente federado o papel de instituir ou majorar os tributos que estão dentro de sua competência.

Se assim é, é importante que se verifique quais são os elementos que devem estar contidos na norma jurídica tributária que institui tributo, denominada por Carvalho como “regra-matriz de incidência tributária” ou “norma tributária em sentido

estrito”, isto é, aquelas que formam o núcleo do tributo, que contenham o comando completo suficiente para que se possa identificar o dever de entregar determinada quantia em dinheiro ao Estado. Às demais normas jurídicas que se refiram direta ou indiretamente à arrecadação e à fiscalização de tributos, reserva-se a expressão “norma tributária em sentido amplo”.

A regra-matriz de incidência tributária é aquela pela qual se pode identificar, num plano genérico e abstrato, a existência de um tributo. Ela aponta todos os critérios necessários à existência dele, quais sejam, material, espacial, temporal, quantitativo e pessoal, e que estão localizados no antecedente e no conseqüente normativos. Não se pode esquecer que os critérios materiais também foram definidos na Constituição.

No antecedente estão os critérios necessários à identificação de um evento que, vertido em linguagem competente, transforma-se em fato jurídico tributário, enquanto que, no conseqüente, estão os critérios relacionados à obrigação jurídica que se instaura toda vez que ocorrer aquele fato jurídico tributário.

Sendo o evento uma ocorrência do mundo fenomênico situado no tempo e no espaço, os critérios do antecedente são o material (que permite a identificação do evento), o temporal e o espacial (que permitem que o evento seja situado no tempo e no espaço).

De fato, esses critérios são imprescindíveis à perfeita identificação do fato jurídico tributário, conforme bem observa Becker (1998, p. 333):

Os fatos (núcleos e elementos adjetivos que realizam a hipótese de incidência, necessariamente, acontecem num determinado tempo e lugar, de modo que a realização na hipótese de incidência sempre está condicionada às coordenadas de tempo e às de lugar. O acontecimento do núcleo e elementos adjetivos somente terão realizado a hipótese de incidência se tiverem acontecido no tempo e no lugar predeterminados, implícita ou expressamente, pela regra jurídica.

No conseqüente estão contidos os critérios que permitem a identificação da obrigação tributária que se origina com o advento do fato jurídico

tributário. São eles o pessoal, que identifica os sujeitos da obrigação, e o quantitativo, que contém os elementos para se determinar o valor da obrigação.

Esses dois critérios, por conseguinte, permitem a identificação dos sujeitos da relação jurídica tributária, sendo que um deles ocupa a posição de sujeito ativo e o outro, de sujeito passivo, assim como possibilitam a quantificação da prestação que o sujeito passivo tem o dever jurídico de entregar ao sujeito ativo e este, o direito subjetivo de exigir.

Tendo em vista os estritos limites da presente dissertação e considerando que a Constituição de 1988 explicitou o critério material, principalmente para repartir competências tributárias, tratar-se-á brevemente somente deste critério. Ademais, cada um dos outros critérios está intrinsecamente ligado à materialidade do “fato jurídico tributário”.

Critério material da regra-matriz de incidência tributária é um fato descrito hipoteticamente. Por ser o direito positivo seletor de propriedades (princípio da seleção), o legislador elege e descreve algumas características necessárias à identificação do fato.

O critério material sempre consistirá em uma ação humana ou em uma relação humana com um objeto. Em termos gramaticais, sempre será representado por um verbo transitivo e seu complemento.

Resumidamente, essas são as características do critério material que devem estar presentes na lei que instituir o tributo.

1.5.1 O princípio da máxima efetividade da norma constitucional

Adotando-se as lições de Hesse (1991), a interpretação do Direito deve se dar de forma a conferir maior efetividade possível às normas constitucionais.

Isso significa que as normas constitucionais são fundamentos para toda a ordem jurídica instituída.

José Afonso da Silva (2000, p. 121), explicando as diferenças entre efetividade e eficácia, ensina que: “uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, pode gerar efeitos jurídicos, como, por exemplo, o de revogar normas anteriores, e não ser efetivamente cumprida no plano social.”

A eficácia é a aptidão da norma para produzir os seus efeitos, enquanto que a efetividade diz respeito aos efeitos concretamente produzidos pela norma.

Esse princípio está ligado principalmente ao da harmonização em que se busca interpretar qual o alcance e os limites dos bens protegidos pelo texto constitucional, de modo a cumprir a unidade da Constituição, bem como de se evitar a anulação de qualquer das regras ali contidas, em detrimento de outras

Lembre-se que a própria Constituição traz regras e normas que privilegiam e escalonam os valores e interesses contemplados.

Feitas essas considerações iniciais, passemos ao tema do presente trabalho.

Capítulo 2 - A Ação Rescisória

Na Constituição Federal de 1988, no inciso XXXV, de seu art. 5^o¹³, foi adotado como garantia fundamental do cidadão, intocável até mesmo por emenda constitucional, o direito de requerer prestação jurisdicional ao Poder Judiciário, isto é, está ali previsto o princípio da inafastabilidade do controle do Judiciário.

¹³ “Art. 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse princípio analisado conjuntamente com o direito fundamental ao devido processo legal corresponde à idéia de que não só está garantida a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a defesa de seus interesses, como também franqueia aos jurisdicionados o direito de obter a tutela adequada e efetiva¹⁴ do Estado.

O conceito de ação, porém, não foi expressamente definido pelo legislador constituinte. Aliás, a definição de ação não é encontrada nas normas positivas brasileiras, apenas na doutrina e na jurisprudência. Apesar das várias teses divergentes sobre sua definição (teoria imanentista, a divergência entre Muther e Windscheid¹⁵, teoria autônoma da ação), desde o final do século XX existe um relativo consenso entre os juristas brasileiros que admitem a autonomia da ação perante o direito material.

O direito de ação, portanto, é a faculdade de exigir do Estado – representado pelo juiz – o exercício da atividade jurisdicional no sentido de solucionar a lide.

Nery Junior (1999, p. 96) defende a idéia de que:

“o direito de ação é um direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que não pode recusar-se a prestar a tutela jurisdicional. O Estado-juiz não está obrigado, no entanto, a decidir em favor do autor, devendo, isto sim, aplicar o direito ao caso que lhe foi trazido pelo particular. (...) Assim, podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer é um direito subjetivo à sentença ‘tout court’, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”

Nessa mesma linha Cintra, Grinover e Dinamarco (1997, p. 249) concluem que “ação, portanto, é o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou o poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce por meio daquele complexo de atos que é o processo”

A ação rescisória está prevista no art. 485 do Código de Processo Civil. Nesse dispositivo, houve a exceptuação dos efeitos do trânsito em julgado porque,

¹⁴ Adequada e efetiva não se confunde com tutela favorável a quem propôs a ação. Esses dois conceitos estão ligados à existência de uma resposta (ainda que desfavorável) que obedeça aos princípios e garantias, além das demais normas do ordenamento jurídico.

¹⁵ Nesta polêmica sobre o conceito de ação, reside a evolução processual para José Roberto Santos Bedaque (1994).

ressalte-se, dede já, a ação rescisória não é causa suspensiva do trânsito em julgado, não é condição para a existência da coisa julgada.

Isto é, em casos específicos e que representariam ofensa ao princípio da segurança jurídica porque se permitiria que a sentença de mérito prolatada com ofensa a situações que o sistema entendeu serem “perigosas”, admite-se discussão de matéria já coberta pelos efeitos da coisa julgada.

Princípio da segurança jurídica entendido, com base nas lições de Ferraz Júnior (1981), como aquele que garante o câmbio das expectativas, isto é, aos cidadãos é franqueada a certeza e a igualdade, as normas jurídicas são gerais tanto no que se refere ao conteúdo, como em relação aos destinatários. Para este autor, a “função-certeza” depende da “função-igualdade”.

As hipóteses de rescisória são aquelas veiculadas pelo citado artigo 485, do CPC, são elas: nos casos em que a sentença¹⁶ de mérito foi dada com prevaricação, concussão ou corrupção do juiz, impedimento ou incompetência absoluta do juiz, dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei, ofender a coisa julgada, violar literal disposição de lei, fundada em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória, depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pode fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável, houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

O pressuposto genérico da rescisão é a ocorrência do trânsito em julgado, isto é, a sentença contra a qual não se admite recurso algum, seja ordinário, quer extraordinário¹⁷.

Há dois instrumentos no nosso sistema para combater as decisões judiciais: recursos e ações autônomas de impugnação.

¹⁶ Aqui uma impropriedade do legislador processual, também estão incluídos os acórdãos.

¹⁷ Tampouco, obviamente, sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Recurso é impugnação intrínseca ao processo. Nas ações autônomas de impugnação há instauração de novo processo.

No primeiro as condições são aquelas da interposição do recurso, na segunda hipótese, as condições são as da propositura da ação com um *plus*, representado pela existência de decisão judicial anterior transitada em julgado.

Para Mesquita (1989, p. 49) a questão de dar continuidade à relação processual é consequência, não servindo de causa a diferenciar os recursos das ações de impugnação, a diferença entre os recursos e as ações está na matéria de cada um:

“o que faz com que os recursos sejam diferentes das ações de impugnação é o fato de que, nestas, o desfazimento do ato impugnado constitui o objeto principal da prestação jurisdicional exigida pela parte no processo, enquanto que nos recursos, o desfazimento do ato constitui simplesmente um meio para a consecução daquele objeto principal.”

Conclui mais adiante (MESQUITA, 1989, p. 50) que “a consequência de que a impugnação mediante recurso se vincula à relação processual em que outro bem está sendo demandado enquanto que a impugnação mediante ação exige a constituição de uma relação processual nova.”

Vê-se, portanto, que nas impugnações autônomas as regras para a constituição da relação processual nova seguem parâmetros diferentes daqueles do recurso.

Há uma relação entre a parte e o Estado da qual se origina o ato impugnado. Há um interesse reconhecido por lei de que o ato jurisdicional seja prestado de acordo com certas regras para cuja proteção a lei impõe a sanção de rescindibilidade.

Tudo isso significa o cumprimento do princípio da segurança jurídica, já que não se pode dar qualquer conteúdo à decisão judicial e esse conteúdo encontra limites nas próprias regras do sistema.

A decisão proferida na ação rescisória comporta um juízo rescindendo, pelo qual o órgão julgador desconstitui a decisão impugnada, e um juízo rescisório por meio do qual ocorre o rejuízo da causa, portanto, a sentença rescindível não deixa de ser exequível, pela simples propositura da ação rescisória, tão somente se dará esse efeito se concedido.

Para José Carlos Barbosa Moreira (1988), a sentença de mérito que não produz coisa julgada material não pode ser objeto da ação rescisória.

Já para Pontes de Miranda (1957) a rescisória é ataque à coisa julgada formal.

Essa diferença será melhor analisada a seguir no capítulo destinado à coisa julgada, antecipamos a idéia afirmando que coisa julgada formal produz-se sempre que não mais se pode recorrer, ou não se poderia, por ser incorrível a decisão. Onde quer que haja decisão irrecurável ou de que já não caiba recurso, há pretensão à rescisão. O que se pode dar é que não haja interesse para a rescisão, mas essa é outra questão. Para Liebman (apud DINAMARCO, 1986, p. 293-294), a coisa julgada é uma qualidade especial da sentença.

Há que se ressaltar que o sistema jurídico brasileiro não autoriza a rescisão do julgado transitado em julgado apenas porque outro julgamento, em sentido contrário, foi proferido. As hipóteses de rescisão são taxativas e justificadas pela escolha do legislador em preservar determinadas situações como causa de rediscussão de matéria objeto de decisão que por outras normas do sistema, não poderia mais ser objeto de qualquer tipo de ação.

Mesquita (1989, p. 49) sintetiza com muita propriedade essa idéia:

“direito em que a ação rescisória se funda e que, como visto, é o direito a uma determinada prestação jurisdicional de mérito, violado pelo Estado que não entregou a prestação jurisdicional devida, mas outra qualquer, com ofensa às normas de direito material ou de direito processual a que devia obedecer. O fundamento jurídico da rescisória é constituído pelo direito de ação (ou de defesa) violado pela sentença transitada em julgado.”

Assim, nestes casos o Estado julga sobre o cumprimento ou descumprimento de um dever que lhe é próprio, originado de uma relação da qual faz parte¹⁸.

Para Pontes de Miranda (1949) a força da decisão rescindente é desfazer a outra sentença e permitir o rescissorium, que é entregar a prestação jurisdicional prometida. Ocorre julgamento de julgamento. Qualquer dos pressupostos objetivos basta para rescisão: nos casos de violação a literal dispositivo de lei são fatos de direito objetivo puro, isto é, contra direito em tese.

A ação rescisória não importa se a sentença já está a produzir a sua eficácia, ou não, se já a produziu ou já se iniciou outra ação que seja efeito dela¹⁹ ou já se ultimou. O que importa é que já haja coisa julgada formal. A ação rescisória ataca-a.

O que pode ocorrer nos casos de decisão que não produza efeitos é a eventual falta de interesse e, portanto, de condição da ação rescisória.

Para Pontes de Miranda (1957), a ação rescisória é constitutiva negativa porque visa à eliminação da sentença que passou em julgado; é ação para destruir a coisa julgada formal das sentenças proferidas.

Para o mesmo autor, não se fala de destruição da coisa julgada material; porque há rescisão de sentenças que não tem força nem efeito de coisa julgada material. Por outro lado, a eficácia da nova sentença ou (a) é negativa, total ou parcial, da eficácia da antiga sentença que acolheu o pedido, ou apenas repele o pedido de rescisão; ou (b) é negativa, total ou parcial, da eficácia da antiga sentença que não acolheu o pedido, e pode ter eficácia a mais do que a força constitutiva, ou apenas repelir o pedido de rescisão.

Rescindir a sentença não é decidir a matéria que fora por ela julgada.

¹⁸ Aqui é que para Mesquita (Mesquita (1989) é que o particular tem um instrumento hábil a exigir o cumprimento do dever estatal do próprio Estado.

¹⁹ Pode já haver, e.g., execução proposta

O autor, para propor ação rescisória, tem de interpor os recursos, ou deixar que passe em julgado a decisão, não porque deva recorrer, e sim porque um dos pressupostos da pretensão a rescindir é o ter passado formalmente em julgado a sentença. O que perdeu o prazo do recurso pode pedir rescisão, só que deverá atentar para o termo inicial do prazo para a propositura.

Pontes de Miranda (1957, p. 73) exemplifica essa situação:

“Se o Supremo Tribunal Federal conheceu de recurso extraordinário, fez sua, na parte da matéria versada, a decisão. Naturalmente, nesse ponto, não pode ser rescindida pelo tribunal de cuja decisão se interpusera o recurso, nem outro a que caiba julgamento de ação rescisória; porém isso não quer dizer que a rescisão não possa ser pedida ao próprio Supremo Tribunal Federal. Se o Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso, pode ser pedida a rescisão do julgado de não-cognição, se ocorreu algum dos pressupostos do art. 798.”²⁰

Os pressupostos processuais e, antes deles, a pretensão à tutela jurídica e a de rescisão, são preliminares na ação rescisória, sendo cada um dos possíveis fundamentos da rescisória é suficiente por si só.

Quanto à questão de somente ser rescindível a sentença com resolução do mérito²¹, há críticas da doutrina.

Para Pontes de Miranda (1957, p. 144) isso foi tão somente um “erro de redação” do legislador de 1973.

A definição de sentença encontra-se no parágrafo 1º, do art. 162, do CPC. Entretanto, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que aqui também se incluem os acórdãos – até porque são a maioria das decisões que transitam em julgado.

Sentença de mérito é aquela que julga a lide, acolhendo ou rejeitando o pedido, nos termos do art. 269 do CPC, isto é, há resolução de mérito nas situações

²⁰O art. 798 era no Código de 1939 aquele que introduzia o tema da ação rescisória.

²¹isto é ato que no processo de conhecimento acolhe ou rejeita o pedido, ou seja, tem aptidão para revestir a autoridade de coisa julgada no sentido material. Vide art. 269 do CPC

em que o juiz acolhe ou rejeita o pedido do autor, ou pronuncia a decadência ou a prescrição; nos casos em que o réu reconhece a procedência do pedido; quando há renúncia pelo autor ao direito sobre que se funda a ação e quando as partes transigirem²².

O que se buscou foi restringir a rescindibilidade àquelas decisões que fazem coisa julgada material.

Quando não se conhece do recurso a decisão atacável por rescisória é aquela prolatada pelo julgador de primeira instância ou do tribunal, quando se tratar de recurso especial ou extraordinário.

As sentenças não apeláveis previstas, por exemplo, no “caput”, do art. 34, da LEF são rescindíveis.

A possibilidade de rescindir-se a sentença rege-se pela lei em vigor na data do seu trânsito em julgado: é nesta data que nasce o direito à rescisão.

O problema da existência (ou inexistência), da validade (ou nulidade), da rescindibilidade (ou irrescindibilidade) da relação jurídica processual ou da sentença é de importância para o estudo introdutório da ação rescisória.

O momento em que ocorre a perfeição da relação jurídica processual é determinado pelo direito positivo.

A ação de nulidade supõe que a relação exista, posto que nula; a ação rescisória, que exista e valha, porém esteja sujeita à impugnação rescindente.

²² Nas três últimas hipóteses, não há propriamente um julgamento com resolução de mérito, mas uma verificação de validade do ato praticado pelo autor, pelo réu ou por ambos os litigantes, razão pela qual ainda que a decisão não trate do objeto inicial proposto, as partes não poderão mais submeterem ao crivo do Judiciário matéria sobre a qual já “acordaram”.

A eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível. A impugnação em ação rescisória, ou em querela de nulidade, nada tem com os limites subjetivos ou objetivos da eficácia da sentença.

2.1 As Condições da Ação Rescisória

Por meio do exercício do direito constitucional à prestação jurisdicional, toda petição direcionada ao Judiciário deve ser apreciada.

Entretanto, esse direito só resta garantido se respeitadas as “regras do jogo”. Se não houver interesse de agir, ou possibilidade jurídica do pedido, ou legitimação para a causa, o magistrado não terá elementos aptos a permitir a análise do objeto da causa, e a ação deverá ser extinta por sentença, mas sem resolução de mérito²³. Não são somente essas as hipóteses de julgamento sem resolução de mérito.

A existência de condições da ação, ou seja, de requisitos é necessária para que se impeça a movimentação do Poder Judiciário em situações que fatalmente levariam a decisões inúteis ou contrárias aos preceitos constitucionais.

O interesse de agir corresponde à utilidade do provimento jurisdicional, a legitimação à comprovação da titularidade dos interesses em conflito e a possibilidade jurídica do pedido significa a compatibilidade do pedido com o ordenamento jurídico.

Além das condições da ação previstas no inciso VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil, a ação rescisória necessita de uma sentença de mérito transitada em julgado, essa condição está intimamente ligada aos critérios de aferição das condições da ação.

²³ Essa é a determinação do inciso VI, do art. 267, do CPC.

2.2 O Interesse de Agir e a Possibilidade Jurídica do Pedido

O interesse de agir é aferido pela demonstração da existência de um direito que não está sendo respeitado, ou que corre o risco de vir a ser desrespeitado, pela pessoa contra quem é ajuizada a ação, razão pela qual o autor busca o provimento jurisdicional para ver a lide solucionada, isto é, pacificado o conflito de interesses.

Já a possibilidade jurídica do pedido implica que a ação tenha por objetivo a prestação de um ato lícito perante o sistema jurídico e possível de ser realizado concretamente.

Só há interesse na propositura da ação rescisória se houver necessidade de impedir a produção de efeitos da decisão – sentença ou acórdão – que transitou em julgado.

2.2.1 O Objeto da Ação Rescisória

Na análise do interesse de agir e da possibilidade jurídica do pedido é imprescindível que delimitemos o objeto que está intrinsecamente relacionado ao próprio pedido e à causa de pedir.

Lide é o pedido do autor, no caso, a pretensão em ver rescindida decisão que viole a dispositivo constitucional. Pode-se dizer que a lide é o aspecto do conflito de interesses na forma como é visto pelo autor da ação, responsável por delimitar o objeto litigioso. Quando existe resposta do demandado, as suas alegações e defesas sobre a questão *sub judice* acrescentam-se à lide, estabelecendo o objeto do processo (que é mais amplo do que a lide).

O pedido é o objeto da ação, é a matéria objeto do provimento jurisdicional, no caso da rescisória pode ser somente o desfazimento do primeiro

juízo, ou esse pedido cumulado com um novo julgamento. O pedido é o tipo, provimento judicial pretendido (cognitivo, executivo, mandamental e cautelar). É o pedido que traça os parâmetros da lide, delimitando o conflito, razão pela qual deve ser: certo e determinado.

A causa de pedir é a motivação baseada em fatos jurídicos que ensejaram a pretensão posta, nos termos do que dispõe o art. 282, do Código de Processo Civil.

A *causa petendi* ou causa de pedir na ação rescisória é desconstituir ato judicial correspondente à sentença de mérito²⁴, é desconstituir a eficácia da decisão – sentença ou acórdão - coberta pela coisa julgada, com possibilidade de rejuízo.

Cada uma das hipóteses do art. 485 do CPC é uma *causa petendi*. Os fundamentos discriminados no referido dispositivo são causas taxativas das hipóteses de rescindibilidade.

Por se tratarem de hipóteses de rescisão, nenhuma dessas causas de pedir pode ser alegada em embargos à execução²⁵.

A causa de pedir tem importante repercussão na delimitação do conteúdo da sentença e na fixação dos limites da coisa julgada.

Vigendo o princípio da demanda, nos termos do art. 264, do Código de Processo Civil:

²⁴ Ressalvada as hipóteses em que incabível a rescisória ainda que se trate de sentença de mérito: homologação de transação – que em matéria tributária há projeto de lei em trâmite -, em caso de renúncia pelo autor do direito sobre o qual se funda a ação. Nesses casos, não há o que rescindir porque a atuação do Estado/juiz é simplesmente homologatória, no primeiro caso, e no segundo após a renúncia não resta direito sujeito à decisão judicial. Também há casos de rescisória de sentença que não julga o mérito, encontramos na jurisprudência rescisória de decisão que indeferiu o processamento do agravo interposto contra a decisão denegatória de recurso extraordinário.

²⁵ Ainda que mais à frente neste trabalho, será tratada a hipótese do parágrafo único do art. 741 do CPC que prevê a inexigibilidade do título fundado em lei declarada inconstitucional, o fundamento é outro. Na rescisória, o será por violação a dispositivo de lei.

“a petição inicial define a causa, de modo que fundamento jurídico não descrito não pode ser levado em consideração, mesmo porque a causa de pedir é um dos elementos que identificam a causa, não podendo ser modificada sem o consentimento do réu, após a citação, e em nenhuma hipótese após o saneamento do processo”.

A coisa julgada não atinge os fundamentos da decisão, conforme ressalva o artigo 469 do CPC, mas tão somente o dispositivo. Todavia, na definição da caracterização das hipóteses de litispendência e coisa julgada (artigo 300, §§ 1º e 2º, do CPC), a causa de pedir é elemento para identificação da ação.

A questão, portanto, reside no alcance do pedido ou pedidos que devem ser interpretados restritivamente, compreendendo-se, entretanto, no principal os juros legais²⁶.

Assim, não pode o julgador alterar a causa de pedir da ação proposta, referindo-se aos fatos que não constem da petição inicial. Não pode o juiz deferir ao autor, embora em seu benefício resposta judicial diversa daquela solicitada.

Classicamente ensina a doutrina que o pedido desdobra-se e inclui: a) o bem de vida pretendido através da ação judicial, que é chamado de objeto mediato e que possui índole material; b) a resposta judicial correspondente que é o pedido imediato e possui índole positivamente processual.

A todo pedido mediato (relativo ao direito material) posto em litígio corresponde a um pedido de prestação jurisdição (pedido imediato). Contextualiza a sentença posto que são os limites do pedido que a delimita, assim é explícito o art. 460 do CPC, o que justifica a aplicação do princípio da congruência ou da adstrição, o pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda.

A teoria da substanciação ou da individuação da causa de pedir, pela qual ao menos as razões ou fundamentos de fato, do pedido, devem ser explicitado. Cabendo ao julgador promover a adequação jurídica quanto à causa de pedir e, se necessário tutelando o que efetivamente é devido.

²⁶Há, entretanto, pedidos que podem ser deferidos pelo juiz independentemente da petição inicial, como despesas processuais, nos termos do § 2º, do art. 20 do CPC cujo teor é meramente exemplificativo.

Assim sendo, o que demarca a lide no processo é o pedido com as razões que o fundamentam. É exatamente contra o pedido é que o réu argüirá sua defesa, com questões de fato ou de direito, ou ambas, simultaneamente, sem com isso alterar os contornos da lide propriamente dita.

O pedido corresponde ao exercício da pretensão subjetiva de direito material em juízo, constituindo a razão do exercício do direito de ação e deverá constar da respectiva petição inicial inclusive reconvenção.

Assim é que, pode haver questão de fato e questão de direito, como também questão de mérito e questão processual.

Quando o juiz for se pronunciar sobre o mérito já terá resolvido todas as questões processuais, o que demonstra a impropriedade da equiparação do objeto do processo às questões de mérito. Não fosse assim, os fundamentos da decisão seriam alcançados pela coisa julgada, o que é vedado pelo artigo 469, do CPC.

O artigo 292 do CC permite que o autor cumule pedidos desde que preenchidos os requisitos de admissibilidade. Registre-se que não se trata de pedidos sucessivos, considerando que cada pedido envolve uma lide, há efetivamente uma cumulação de ações.

Na violação a literal dispositivo de lei, a causa de pedir poderá ser simples ou complexa²⁷, dependendo da natureza da norma violada.

A cumulação do *judicium rescissorium*, nas ações rescisórias, fulcradas nas causas elencadas no artigo 485 do CPC, exigida pelo inciso I, do artigo 488 do CPC, sempre, "se for o caso", deve ser buscado na teoria da classificação das ações, analisando-se a eficácia preponderante da ação rescindenda.

²⁷ Na definição de Tucci (2001 p. 142), "é a que encerra uma pluralidade fatos jurídicos individuando mais de uma pretensão"

Não é faculdade da parte, cumular ou não o pedido de novo julgamento, vez que o artigo 488, I, do CPC é peremptório no sentido de que a parte "deve", "se for o caso", constar do pedido a cumulação exigida. Sendo o caso, e não cumulado, e ultrapassada a providência prevista no artigo 284 do CPC, a petição inicial deverá ser indeferida. Logo, parece não se sustentar a teoria que pode haver pedido implícito do *judicium rescissorium*, de forma generalizada. Neste ponto, insuperável a conclusão de Barbosa Moreira: seria negada vigência ao artigo 293 do CPC, já que os pedidos são interpretados restritivamente.

A análise de alguns exemplos é útil para que se perceba a necessidade da cumulação dos pedidos.

Sempre que a sentença rescindenda tenha eficácia de declaração e condenação, constitutividade e condenação, mandamentalidade e condenação, requer a cumulação do pedidos quando do ajuizamento da rescisória, sendo necessário o novo julgamento pelo juízo competente funcionalmente, e detentor de competência absoluta exclusiva e, ainda visando a atender o princípio da celeridade processual, objetivado pelo artigo 488, I.

As sentenças rescindendas de eficácias puramente declaratórias ou constitutivas, só requerem a cumulação do *judicium rescisorium*, se julgadas improcedentes, promovidas, em princípio, pelo autor. Isto, porque, se procedente a rescisória, sem o novo julgamento, ocorreria o retorno das partes ao “*stato quo ante*”, deixando o litígio latente, o que se contrapõe à função precípua de toda e qualquer ação, bem como da rescisória, isto é, o de resolver os conflitos de interesse²⁸.

Por outro lado, no caso de sentenças rescindendas de eficácias puramente declaratórias ou constitutivas, julgadas procedentes, cuja propositura da ação rescisória., em princípio, seja promovida pelo réu, torna desnecessária a cumulação do *judicium rescissorium*, porquanto o *judicium rescindens* esgota a controvérsia, declarando ou desconstituindo a favor do autor da rescisória o julgado anterior, tendo os mesmos efeitos da sentença de improcedência na ação originária.

²⁸ É a produção da norma individual e concreta, seja para substituir uma anteriormente produzida, seja para a criação de norma concreta para relação em que só havia norma geral.

Também, no caso de rescisória para desconstituição da segunda sentença, proferida em desatendimento à coisa julgada já operada, o raciocínio parece ser o mesmo, e geralmente promovidas pelo autor da primeira ação transitada e réu, na segunda.

Em síntese, sempre são casos de cumulação do pedido de *judicium rescissorium* por determinação da lei (artigo 488, I, do CPC) quando as sentenças rescindendas tenham carga condenatória e, ainda, as puramente declaratórias e constitutivas julgadas improcedentes.

Não é o caso de pedido cumulado de novo julgamento na hipótese de sentenças rescindendas puramente declaratórias ou constitutivas e, julgadas procedentes, por completo o *judicium rescindens* declaratório ou constitutivo a favor do réu na ação rescindenda e autor na rescisória.²⁹

O caso aqui estudado é aquele em que decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade decidirem de forma contrária à futura decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou até mesmo difuso. É assim que pode transitar em julgado decisão declarando constitucional ato normativo (via controle difuso) que posteriormente seja declarado inconstitucional em ação direta. Também pode ocorrer a hipótese inversa, de decisão que declara inconstitucional dispositivo que posteriormente foi admitido como constitucional pelo STF.

Para corrigir eventual percepção de insegurança jurídica e de que o controle da constitucionalidade das normas fugiria ao Supremo Tribunal Federal é que permite a utilização de ação rescisória, isto é, a interpretação da lei é dada pelo Supremo Tribunal Federal, qualquer outro sentido que se possa emprestar ao texto normativo é violá-lo.

²⁹ Também, não é caso de cumulação quando o autor da ação rescisória é o Ministério Público, com fundamento na letra a, inciso III, do artigo 487 do Código de Processo Civil, por bastar a desconstituição da sentença gerada pelo conluio.

Assim, o fundamento legal autorizador do ajuizamento de ação rescisória, visando a modificar coisa julgada ocorrida em sentido diverso de declaração do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de determinado ato normativo, é aquele encontrado no art. 485, do Código de Processo Civil prevê a hipótese de rescisão da sentença ou acórdão de mérito por violação a literal disposição de lei.

Comentando essa possibilidade no controle concentrado, Zavaski (2001, p. 1054) afirma que:

“a eficácia *erga omnes* e vinculativa da decisão em controle concentrado traz como consequência não apenas o cabimento, sob tal aspecto, da rescisória (juízo de admissibilidade), mas a procedência do pedido de rescisão (juízo reincidente) das sentenças a ela contrárias. Da mesma forma, em novo julgamento da causa (juízo rescisório), cumprirá ao órgão julgador dar ao caso concreto a solução compatível com a decisão tomada em controle concentrado.”

Já era essa a posição de Buzaid (1958, p. 138) para quem “todas as situações jurídicas, mesmo aquelas decorrentes de sentença transitada em julgado, podem ser revistas depois da declaração de inconstitucionalidade, mediante ação rescisória”.

Por outro lado, há que se ressaltar que as decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade não podem ter sua validade questionada em ações rescisórias. A proibição decorre de construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, positivada pela Lei nº 9.868/99 em seu art. 26³⁰.

Com efeito, ao julgar a ação rescisória 878³¹, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito de constituição já revogada, julgou improcedente o pedido de rescisão de decisão proferida em sede de representação de inconstitucionalidade. O Ministro Rafael Mayer, relator do processo, afirmou que a representação de inconstitucionalidade tinha um caráter excepcional por ser “instrumento de controle político da constitucionalidade da lei em tese, e não estritamente meio de prestação jurisdicional”.

³⁰ Há discussão sobre a constitucionalidade desse dispositivo nas ADIs 2154/DF e 2258/DF.

³¹ Acórdão publicado no DJU I de 06/06/80, p. 4134.

Esse entendimento não foi alterado na vigência da atual constituição. No julgamento do agravo interposto na ação rescisória 1365, relatada pelo Ministro Moreira Alves, decisão publicada no DJU I, em 13 de setembro de 1996, p. 33.231, o Supremo Tribunal Federal reafirmou essa posição ao entender que a:

“ação rescisória para rescindir ação desta Corte prolatada em ação direta de inconstitucionalidade. Seu descabimento. Este Tribunal, ao julgar, por seu Plenário, a ação rescisória nº 878, firmou o entendimento de que não cabe ação rescisória contra representação de inconstitucionalidade de lei em tese (RTJ 94/49 e segs.), que a atual Constituição denomina ação direta de inconstitucionalidade. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Se uma ação direta for extinta sem resolução de isso implica em ver mantido o ato normativo combatido, tendo igual “status” da situação em que não há ação proposta. Nesses casos não cabe ação rescisória de sentença proferida no controle difuso que declarou a inconstitucionalidade do ato normativo, pois não houve expressa decisão em controle concentrado – com efeitos *erga omnes* e *ex tunc* – reconhecendo e reafirmando a constitucionalidade do ato impugnado pelo órgão que detém essa competência determinada pela Constituição.

Se o mérito da ação direta for julgado improcedente, nos termos do artigo 24 da Lei nº 9.868/99 será proclamada a constitucionalidade da norma que foi objeto da ação.

Por outro lado, sendo declarada a inconstitucionalidade do ato normativo, a ação será julgada procedente. Essas decisões têm efeito *erga omnes* e vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário. Se o Supremo Tribunal Federal lhes conferir ainda efeito *ex tunc*, todos os atos realizados com base na norma proclamada constitucional, serão válidos de pleno direito. Já todos os atos realizados com base na norma declarada inconstitucional serão nulos.

Nesses casos é admissível o ajuizamento de ação rescisória contra sentença transitada em julgado em sentido contrário ao da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade. Assim serão privilegiados os princípios da legalidade, da isonomia em detrimento do princípio da imutabilidade da coisa julgada, o

que leva em última análise do cumprimento do princípio da segurança jurídica, fortalecendo o princípio da supremacia constitucional.

Isso porque se a sentença rescindenda tiver declarado inconstitucional ato normativo que posteriormente foi proclamado constitucional em julgamento de ação direta, essa norma é válida e a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser acatada por todos os órgãos do Poder Judiciário, é exatamente a hipótese prevista no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil que autoriza a propositura de ação para rescisão de sentença transitada em julgado que tenha violado literal disposição de lei.

Pelos mesmos motivos é cabível o pedido de rescisão de sentença que julgou válidos atos realizados com base em norma posteriormente declarada inconstitucional em sede de ação direta. Nesse caso, os efeitos jurídicos do ato normativo inconstitucional são nulos e devem ser corrigidos sempre que possível, isto é, respeitados as hipóteses de ação rescisória, bem como o prazo para sua propositura.

O Supremo Tribunal Federal, porém, pode conferir aos seus julgamentos de mérito em controle concentrado a produção de efeitos a partir do julgamento ou de um outro momento futuro. Nesses casos, como a proclamação de constitucionalidade ou a declaração de inconstitucionalidade em ação direta não terão efeitos *ex tunc*, são considerados válidos os atos administrativos e judiciais realizados antes do momento eleito pela Corte Suprema para que sua decisão passe a produzir efeitos.

Assim, para as hipóteses em que à decisão proferida em ação direta for conferido efeito *ex nunc* ou *pro futuro*, caberá ação rescisória para desconstituição de sentença proferida em controle difuso de constitucionalidade em sentido contrário àquele decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Tudo isso será melhor analisado no capítulo do controle de constitucionalidade.

2.3 Legitimidade

É a qualidade para estar em juízo como autor (em sentido lato) ou réu (também no sentido amplo do termo).

Arruda Alvim (1997, p. 377) define legitimidade como “a atribuição, pela lei ou pelo sistema, do direito de ação ao autor, possível titular ativo de uma dada relação ou situação jurídica, bem como a sujeição do réu aos efeitos jurídico-processuais e materiais da sentença”.

O mérito de uma determinada ação, desse modo, só poderá ser apreciado pelo Judiciário se for comprovado que as partes ativa e passiva estão relacionadas à titulariedade do direito em conflito. Nas palavras de Chiovenda, “é a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada”³².

A legitimidade é um dos elementos necessários para a identificação da ação, ao lado do pedido e da causa de pedir. Na obra coordenada por Luiz Rodrigues Wambier, os autores explicam:

“A qualidade de parte implica sujeição àquilo que for decidido, de forma que os chamados efeitos subjetivos da coisa julgada alcançarão a um e a outro dos sujeitos parciais. Se se tratar, todavia, de parte ilegítima, isto é, se vier a juízo, como autor ou como réu, alguém a quem não afeta a situação jurídica controvertida, mesmo assim, até que haja a exclusão da parte ilegítima ou a extinção do processo sem julgamento do mérito (da pretensão, da lide), processualmente haverá a sujeição às regras que norteiam a conduta da parte. Com isso se quer dizer que, do ponto de vista processual, parte ilegítima também é parte, enquanto exista o processo ou enquanto não seja excluída dele, por força do reconhecimento da ilegitimidade”³³.

O requisito da legitimidade é subdividido em ativa e passiva, além disso é condição para a verificação do interesse de agir, ou seja, deve ser levado em conta se aquele que pleiteia a solução de conflito em face de determinada pessoa, é sujeito do direito a ser tutelado e se a pessoa demandada tem a aptidão para figurar no pólo passivo.

³² Giuseppe Chiovenda, “Instituições de Direito Processual Civil”, vol. I, p. 109.

³³ Wambier, Almeida e Talamini, “Curso Avançado de Processo Civil”, vol. 1, p. 120.

2.3.1 Legitimidade extraordinária ou substituição processual

É a outorga pela lei do requisito de legitimidade para agir em nome alheio como parte principal, excetuando-se aqui os casos de intervenção de terceiros (litisconsórcio, assistência, oposição, chamamento ao processo, denunciação à lide).

Não se confunde essa figura do substituto processual com aquele da substituição tributária que será explicado a seguir.

2.3.2 Legitimidade para propor a ação rescisória

Feitas essas considerações iniciais, conclui-se, em regra geral, que para pretender rescindir a sentença é necessário que a parte o tenha sido no momento em que a sentença foi proferida. O Código de Processo Civil³⁴ legitima ainda o Ministério Público, bem como o terceiro interessado.

As regras de intervenção de terceiros devem ser aplicadas também nos casos de rescisória, se houve litisconsórcio ativo ou passivo também é legitimado o litisconsorte, bem com o assistente, aquele que foi denunciado a lide, a figura da oposição, bem como o chamamento ao processo.

Por exemplo, tem legitimidade para propor o ex-sócio em processo em que a sociedade figurou como parte, em razão da extinção da pessoa jurídica, uma vez que o primeiro é sucessor da segunda, este é terceiro juridicamente interessado.

³⁴ Art. 487. Tem legitimidade para propor a ação:

I - quem foi parte no processo ou o seu sucessor a título universal ou singular;

II - o terceiro juridicamente interessado;

III - o Ministério Público:

a) se não foi ouvido no processo, em que lhe era obrigatória a intervenção;

b) quando a sentença é o efeito de colusão das partes, a fim de fraudar a lei.

Haveria aparente dicotomia com o art. 472, 1^a. parte que estabelece que a coisa julgada não beneficia, nem prejudica terceiros. Entretanto, temos que lembrar que efeitos da coisa julgada não correspondem à autoridade da coisa julgada.

Tanto o é que assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, vejamos a ementa do RE 90625/PR³⁵, relatado pelo Min. Thompson Flores, da Primeira Turma, em julgamento ocorrido em 27 de junho de 1980:

“Ação Rescisória

I. Legitimidade ativa *ad causam*.

II. O sócio majoritário de empresa, que não foi parte em processo falimentar, tem legitimidade ativa *ad causam* para propor ação rescisória contra sentença que declarou a auto-falência da referida empresa, sem a previa autorização da assembléia-geral. negativa de vigência aos arts. 487, II, do CPC e arts. 87, paragrafo único, I, 94 e 105 do DL 2627/40.

III. RE conhecido e provido.”

Essa questão está ligada aos limites subjetivos da coisa julgada, isto é, como interpretar a determinação do art. 472 que diz que a coisa julgada não beneficia, nem prejudica terceiros e a disposição do ar. 487 que legitima o terceiro interessado na propositura da ação rescisória.

Na verdade, a regra do art. 472 refere-se ao conteúdo da sentença e aquela do artigo 487 aos efeitos que a sentença que transitou em julgado produz.

O terceiro na rescisória é substituto processual porque age em nome próprio, mas em defesa de direito alheio.

³⁵ Publicação DJ 13-08-1980, p. 5915, RTJ 97/01, p. 320

2.3.2 A sujeição passiva tributária e a legitimidade (ativa) para propor ação rescisória

O sujeito passivo é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Será contribuinte quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; e responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

São solidariamente obrigadas as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal; e as expressamente designadas por lei, não comportando benefício de ordem.

Além dessas hipóteses a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

A disposição do art. 150, §7º da Constituição³⁶ autoriza a sujeição passiva por substituição, bem como o artigo 128, do Código Tributário Nacional³⁷.

Há três tipos de substituição para trás, para frente e padrão. No primeiro caso, trata-se do diferimento, já que a obrigação de pagar é adiada. No último caso é a questão do IR fonte e do tomador de serviços. No segundo, a questão do fato presumido.

³⁶ § 7.º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido

³⁷ Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expreso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Ademais há a figura da sucessão tributária aplicada não só aos sucessores propriamente ditos, como aos adquirentes ou remitentes de imóveis relativa aos impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sendo pessoalmente responsáveis.

Também são sucessores, o cônjuge meeiro, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da partilha ou adjudicação, limitada esta responsabilidade ao montante do quinhão do legado ou da meação; o espólio, pelos tributos devidos pelo *de cujus* até a data da abertura da sucessão.

Também é responsável, incluída no capítulo da sucessão, a pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de uma sociedade em outra. Essa responsabilidade é entendida nos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade; ou subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.³⁸

Foi definida, ainda, pelo Código Tributário Nacional, a responsabilidade de terceiros, nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis, nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, os pais, pelos tributos devidos por seus filhos

³⁸ Excetuadas as disposições relativas à hipótese de alienação judicial, veiculadas pela Lei Complementar nº 118, de 2005.

menores; os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas, sendo também responsáveis nos casos de obrigação tributária resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, hipótese acrescida pela responsabilidade dos mandatários, prepostos e empregados; os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Não se pode esquecer que também foi prevista a responsabilidade por infrações que independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo pessoal ao agente nas hipóteses previstas no art. 137, também do CTN.

Não é objeto de análise do presente estudo a questão das características de cada uma dessas figuras que atribuíram a pessoa diversa da do contribuinte a obrigação de quitação do tributo.

Entretanto, o que importa é que a ação rescisória, requer a triangularização da relação processual para se aperfeiçoar.

Assim, no que se refere à legitimidade passiva, deverão ser partes todos aqueles que foram partes na ação anterior.

Desse modo, figurará no pólo ativo dessa ação aquele que subsumir às hipóteses do art. 487, do CPC, tanto como parte na ação originária, como o sucessor ou o terceiro interessado.

Se ocorrer sucessão no plano de direito material, após o encerramento do processo anterior, ou na pendência dele, há legitimidade do sucessor.

2.4 Interpretação Literal

Interpretação é a ligação entre a realidade e o direito. E o sistema do direito é a construção para “enxergar” parte da realidade.

Para Kelsen (1984), interpretar o direito consiste em escolher dentro da moldura normativa – conjunto de possibilidades interpretativas de um texto normativo – a norma individual e concreta que, na opinião do intérprete, melhor lhe pareça adequada.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 166.772³⁹, o Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se no seguinte sentido:

"Ementa: INTERPRETAÇÃO - CARGA CONSTRUTIVA - EXTENSAO. É certo que toda interpretação traz em si carga construtiva, não menos correta exsurge a vinculação à ordem jurídico-constitucional. O fenômeno ocorre a partir das normas em vigor, variando de acordo com a formação profissional e humanística do intérprete. No exercício gratificante da arte de interpretar, descabe "inserir na regra de direito o próprio juízo - por mais sensato que seja - sobre a finalidade que "conviria" fosse por ela perseguida" - Celso Antônio Bandeira de Mello - em parecer inédito. Sendo o Direito uma ciência, o meio justifica o fim, mas não este aquele. CONSTITUICAO - ALCANCE POLÍTICO - SENTIDO DOS VOCÁBULOS - INTERPRETAÇÃO. O conteúdo político de uma Constituição não é conducente ao desprezo do sentido vernacular das palavras, muito menos ao do técnico, considerados institutos consagrados pelo Direito. Toda ciência pressupõe a adoção de escoreita linguagem, possuindo os institutos, as expressões e os vocábulos que a revelam conceito estabelecido com a passagem do tempo, quer por força de estudos acadêmicos quer, no caso do Direito, pela atuação dos Pretórios."

O Ministro Marco Aurélio, relator desse acórdão, em seu voto, manifesta que as expressões jurídicas usadas pelo legislador constitucional devem ser interpretadas de acordo com seu sentido técnico. Em suas palavras:

“a flexibilidade de conceitos, o câmbio do sentido destes, conforme os interesses em jogo, implicam em insegurança incompatível com o objetivo da própria Carta que, realmente, é um corpo político, mas o é ante os parâmetros que encerra e estes não são imunes ao real sentido dos vocábulos, especialmente os de contornos jurídicos. Logo, não merece agasalho o ato de dizer-se da colocação, em plano secundário, de conceitos consagrados, buscando-se homenagear, sem limites técnicos, o sentido político das normas constitucionais”.

³⁹ DJU de 16.12.1994

Pontes de Miranda (1957, p. 169), ao analisar o art. 798, I, do antigo Código de Processo Civil, afirma que o primeiro elemento a ser explorado no conceito trazido pelo referido dispositivo é de extensão - o que cabe na expressão “direito” - o segundo, de qualidade: o que é que se entende por direito expresso, *constitutum*, agora “literal”. Para o autor, desde que existissem regras escritas de interpretação, qualquer interpretação seria literal como outra qualquer.

Lei aparece no sentido amplo, isto é, norma jurídica geral e abstrata, podendo ser violação a dispositivo da Constituição, decreto, regulamento, lei complementar, ordinária, medida provisória.

A lei no sentido trazido pelo art. 485 é aquela norma que traduz a existência do direito, isto é, do direito positivo.

Ainda que o juiz decida por equidade (como previsto na Lei de Introdução ao Código Civil) assim o faz porque há autorização da lei para tanto.

Sentença proferida contra o teor da lei porque a interpretação dada foi diferente, diferença essa que só se dará por comparação, isto é, quem tem em última instância o poder de decidir a interpretação que prevalecerá, razão pela qual, nos casos estudados neste trabalho, é o Supremo Tribunal Federal quem decide qual é a adequada interpretação das normas e enunciados contidos na Constituição.

Literal é palavra que no dicionário significa expresso, claro, evidente, manifesto, textual, entretanto, esse sentido só pode ser extraído de cada interpretação dado ao texto legal.

Pouco importa se a sentença ofendeu à lei material ou processual porque será sempre ofensa à dispositivo de lei.

Literal significa o enunciado. Cada qual pode interpretar o vocábulo “cadeira” de uma forma, inclusive adicionando predicados.

Para Barbosa Moreira (1998) cada violação constitui uma *causa petendi*, isto é, se houver violação há vários dispositivos constitucionais, cada um deles vinculará um pedido.

Já houve tentativa de restrição à interpretação das normas, como se houvesse qualquer significado dissociado da ação do homem nos enunciados, essa idéia, com a qual não podemos concordar. é trazida na ação rescisória 1.316-SP, no voto do Ministro Ilmar Galvão, relator da ação que afirma:

“Se determinada interpretação é mais fiel ou não é questão que escapa ao alcance da rescisória, a qual só é admissível, com arrimo no inciso V do art. 485 do CPC em havendo ofensa a literal disposição de lei, noção que se contrapõe à possibilidade de interpretação da norma, dispensada por sua própria literalidade”.

Para Pontes de Miranda (1957, p. 290) “é rescindível a sentença em que o juiz aplicou regra jurídica, que não cabia ser aplicada, mesmo que nenhuma das partes a invocara: é na aplicação ou na ausência de aplicação que se revela o pressuposto no art. 485, V”. Para o autor a rescisória por violação a literal dispositivo de lei é aquela que ocorre nas hipóteses de decisão contra o teor da lei, contra a “tese de direito”, tanto no que se refere em ser a decisão repulsiva à lei, como a decisão posta sem obedecer às regras estabelecidas na lei.

No âmbito tributário devem ser levados em conta os artigos 110 a 112, do CTN, que prevêm a utilização dos conceitos de direito privado, bem como a interpretação literal nas hipóteses de suspensão ou exclusão do crédito tributário; isenção e dispensa do cumprimento de obrigações acessórias. Por outro lado, faculta interpretação mais favorável ao réu, em relação à capitulação legal do fato; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; à autoria, imputabilidade, ou punibilidade; à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação.

2.5 Momento do trânsito em julgado e o prazo para a propositura da ação

Essa definição é de importância porque corresponde ao termo inicial da contagem do prazo decadencial para a propositura da ação rescisória

Como previsto no art. 495, do Código de Processo Civil, o direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

Este prazo é de decadência para a propositura da ação rescisória porque ocorre a extinção do direito.

Nos termos do art. 467 do Código de Processo Civil, o trânsito em julgado ocorre no momento em que não caiba mais recurso extraordinário ou ordinário, nem esteja a sentença, de acordo com o art. 475, também do CPC, sujeita ao duplo grau de jurisdição⁴⁰.

Qual é o momento da ocorrência do trânsito em julgado?

Se a sentença for originariamente irrecurável, isso ocorre na data da publicação. Se recorrível, no momento em que deixar de sê-lo. Nessas últimas, o trânsito em julgado ocorre no momento em que a sentença deixa de ser recorrível, tanto pode ser pelo decurso de prazo, como pela desistência do recurso.

Assim, conclui Barbosa Moreira (1972) que cabe ação rescisória contra sentença da qual se interpôs recurso conhecido. Se o recurso não foi conhecido, em razão de intempestividade, por exemplo, para esse autor não existe, portanto, o que seria rescindível é aquela decisão impugnada, motivo pelo qual, o prazo para a propositura da rescisória é contado da data da decisão combatida pelo recurso intempestivo.

⁴⁰ Há outros dispositivos no ordenamento que determinam o duplo grau, como a Lei do Mandado de Segurança.

É por essa definição que para Pontes de Miranda e José Carlos Barbosa Moreira a rescisória só caberia se o recurso conhecido, já que a decisão que nega conhecimento ao recurso extraordinário simplesmente declara que o acórdão não estava sujeito a essa impugnação e, portanto, o termo inicial da contagem do prazo decadencial da propositura da rescisória seria aquele da publicação do acórdão.

Mesquita (1989) resolve a questão para que se viabilize a propositura da ação rescisória nos casos em que a decisão pelo não conhecimento do recurso leva mais de 2 anos.

Para esse autor, enquanto não houver a decisão sobre o conhecimento do recurso, há litispendência, que se, por um lado, não decide este processo, por outro, impede a propositura da rescisória. Não há, portanto, coisa julgada.

Não estamos tratando de recurso intempestivo, em que não há litispendência porque o recurso nunca existiu. Se interposto fora do prazo, incapaz de obstar a produção de efeitos. São efeitos de outras causas do não conhecimento do recurso, como a falta de prequestionamento, por exemplo.

O Código de Processo Civil outorga um prazo relativamente curto para a propositura de uma ação rescisória de sentença.

A limitação temporal visa, igualmente, ao estabelecimento da situação de segurança, que é, como já repetido várias vezes, a razão de ser da coisa julgada.

Cumprе ressaltar que o prazo de dois anos da ação rescisória não é contado em dobro nos casos em que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios visam à sua propositura, como se pode ver dessa ementa do STF. Ademais, entendo que esse prazo não é processual, razão pela qual, não pode ser contado em dobro, ainda que essa não tenha sido a justificativa para que a Corte julgasse as medidas provisórias que visavam à essa alteração:

“EMENTA: Ação rescisória: argüição de inconstitucionalidade de medidas provisórias (MPr 1.703/98 a MPr 1798-3/99) editadas e reeditadas para a) alterar o art. 188, I, CPC, a fim de duplicar o prazo para ajuizar ação rescisória, quando proposta pela União, os Estados, o DF, os Municípios ou o Ministério Público; b) acrescentar o inciso X no art. 485 CPC, de modo a tornar rescindível a sentença, quando "a indenização fixada em ação de desapropriação direta ou indireta for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado objeto da ação judicial": preceitos que adoçam a pílula do edito anterior sem lhe extrair, contudo, o veneno da essência: medida cautelar deferida.

1. Medida provisória: excepcionalidade da censura jurisdicional da ausência dos pressupostos de relevância e urgência à sua edição: raia, no entanto, pela irrisão a afirmação de urgência para as alterações questionadas à disciplina legal da ação rescisória, quando, segundo a doutrina e a jurisprudência, sua aplicação à rescisão de sentenças já transitadas em julgado, quanto a uma delas - a criação de novo caso de rescindibilidade - é pacificamente inadmissível e quanto à outra - a ampliação do prazo de decadência - é pelo menos duvidosa: razões da medida cautelar na ADIn 1753, que persistem na presente.

2. Plausibilidade, ademais, da impugnação da utilização de medidas provisórias para alterar a disciplina legal do processo, à vista da definitividade dos atos nele praticados, em particular, de sentença coberta pela coisa julgada.

3. A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso na parte em que a nova medida provisória insiste, quanto ao prazo de decadência da ação rescisória, no favorecimento unilateral das entidades estatais, aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo.

4. No caminho da efetivação do due process of law - que tem particular relevo na construção sempre inacabada do Estado de direito democrático - a tendência há de ser a da gradativa superação dos privilégios processuais do Estado, à custa da melhoria de suas instituições de defesa em juízo, e nunca a da ampliação deles ou a da criação de outros, como - é preciso dizê-lo - se tem observado neste decênio no Brasil.” (STF, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, ADI-MC n. 1910 DF, DJ 2. 2.2004, p. 19. No mesmo sentido, a ADI-MC n. 1753 UF, DJ 12.6.1998, p. 51, igualmente relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence). (g.n.)

Nem se alegue como já se pretendeu pela doutrina que o termo inicial da contagem do prazo para a propositura da ação, nos casos de coisa julgada que posteriormente seja qualificada de inconstitucional, só poderia ter início a partir do momento em que o STF profira a decisão que induza tal efeito. É que antes de tal pronunciamento, o interessado na rescisão não tem o argumento fundamental oponível à coisa julgada.

Ora, essa interpretação não guarda qualquer ligação com os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico, ainda que possa parecer, numa análise superficial, mais justa.

O dispositivo do CPC é claro ao estabelecer o termo inicial da contagem do prazo de 2 anos: o trânsito em julgado. Permitir qualquer outro mecanismo para a fluência desse prazo decadencial seria trazer à questão ainda mais insegurança.

Para tentar acomodar essas inquietações, sem desprestigiar o que disposto no direito positivo, é que o parágrafo único, do art. 741, do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.232/05, considerou inexigível o 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.

Pois bem, após dois anos, caso não proposta a ação rescisória, ou após o julgamento desta, se o for pela improcedência, ainda que “errada”, “injusta”, “indevida” a sentença ganha cunho de imutabilidade definitiva e indiscutível. O ordenamento jurídico não tolera que se discuta mais a questão decidida.

2.6 Depósito na ação rescisória

Determina o art. 488, do Código de Processo Civil que deverá o autor da rescisória depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente, excluindo dessa condição a União, o Estado, o Município e o Ministério Público.

Não há necessariamente vinculação entre o valor da causa originária e o valor da ação rescisória porque essa questão está ligada ao pedido e ainda que haja rejuízo da causa a expressão econômica pode ser distinta daquela veiculada na primeira demanda.

A necessidade da realização de depósito visa a coibir ações que expressam meramente a vontade da parte em ver decidida novamente questão que transitou em julgado em sentido diferente daquele que era o pretendido.

2.7 A execução da sentença rescindenda e o poder geral de cautela

Até a edição da Lei nº 11.280, de 2006, a propositura da ação rescisória não impedia o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo.

Com essa lei ficou ressalvada a hipótese de concessão de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

O art. 797 do Código de Processo Civil⁴¹ confere ao magistrado o poder de determinar a adoção de medidas cautelares, independentemente de qualquer requerimento das partes. Essa autorização legal, porém, só diz respeito a casos excepcionais e se houver expressa autorização por lei.

Parte da doutrina classifica a concessão da cautela de ofício como uma exceção à regra geral do art. 2º, do Código de Processo Civil⁴², que adota o princípio *ne procedat iudex ex officio* (Theodoro Júnior, 1997, p. 374). Outros há que identificam no poder cautelar de ofício uma natureza administrativa, emanada do poder de polícia do juiz. A obra coordenada por Luiz Rodrigues Wambier observa que o poder geral de cautela tem origem na própria Constituição Federal (1998, p. 34).

Assim, entendemos que: se requerida e preenchidos os requisitos legais, deve ser conferida medida que vise a suspender os efeitos da decisão que se busca rescindir, até para evitar danos. Ademais, caso o juiz da ação vislumbre esse danos, poderá de ofício, conceder esses efeitos.

⁴¹ “Art. 797. Só em casos excepcionais, expressamente autorizados por lei, determinará o juiz medidas cautelares sem a audiência das partes”.

⁴² “Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais”.

2.8 Competência

Quando se fala em competência do juiz, aqui significa o órgão julgador. Até porque a competência para conhecer e julgar rescisória é sempre do tribunal (mesmo que a sentença seja do primeiro grau).

Entretanto, ainda que como acima exposto, não seja necessário o esgotamento das vias recursais, é mais comumente encontrada rescisória de acórdão.

A competência para processamento e julgamento da ação rescisória concentra-se nos próprios tribunais, (i) para o caso se serem objeto de rescisória suas próprias decisões ou (ii) sentenças de primeira instância cujo recurso ordinário originalmente por estes seria apreciado, essa conclusão é extraída do Capítulo VII – denominado “Da ordem dos processos no tribunal”, do Código de Processo Civil, principalmente do art. 551 que estabelece: “Tratando-se de apelação, de embargos infringentes e de ação rescisória, os autos serão conclusos ao revisor.”

2.9. Recursos

O que franqueia a interposição de recursos é, antes de mais nada, a determinação contida no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; isto é, a existência do princípio do duplo grau de jurisdição.

Todavia, quando o constituinte de 1988 legislou nesse sentido, como legislador originário ele tinha competência para não conferir o direito ao duplo grau de jurisdição às ações de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Essa competência para o constituinte originário decorre da norma fundamental que lhe

reconhece esse poder e que contém em seu bojo a tradição jurídica nacional, na qual se insere o fato de que as ações processadas inicialmente no Supremo Tribunal Federal não estão sujeitas àquela garantia constitucional.

Os recursos cabíveis da decisão que julga a ação rescisória são os embargos de declaração, os embargos infringentes⁴³, além dos recursos excepcionais (especial e extraordinário, conforme o exija a espécie), verificadas as hipóteses legalmente previstas para tanto e o recurso hierárquico.

Capítulo 3 - Coisa julgada

Uma das condições para interposição da rescisória é que a sentença portadora de qualquer dos vícios enumerados no art. 485 esteja revestida da autoridade da coisa julgada.

As possibilidades de revisão daquilo que decidido em um processo, por meio de ação autônoma – ação rescisória (art. 485), embargos à execução (art. 741, I) e erros de cálculo e inexatidões materiais (art. 463, I) – são exceções e como tal são tratadas pelo sistema. É o que afirma Barbosa Moreira (1972, p. 54):

“óbvias necessidades de ordem prática impõem que se assegure estabilidade à tutela jurisdicional assim dispensada. A lei atende a tal exigência tornando imutável e indiscutível, a partir de certo momento, o conteúdo da norma formulada na sentença. Nesse momento – que, no direito brasileiro, é aquele em que já nenhum recurso pode ser interposto contra a decisão -, diz-se que esta transita em julgado.”

O princípio da coisa julgada prende-se umbilicalmente ao conceito finalístico de sua imutabilidade, como forma de garantia da segurança das relações jurídicas, pilastra insubstituível do Estado de Direito.

⁴³ Expressamente previsto no art. 530, do CPC: Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência

Com efeito, coisa julgada é a decorrência de matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário e objeto de sentença final irrecurável. Diz-se, assim, que a coisa foi julgada e que, pelo trânsito em julgado, torna-se imutável.

A imutabilidade da coisa julgada é indissociável do próprio princípio, integra-o de forma intrínseca e imanente, porque o conceito de coisa julgada perderia qualquer sentido e qualquer utilidade prática se não houvesse a garantia da sua imutabilidade, ou seja, se fosse possível em qualquer momento posterior, em curto ou em longo prazo, alterar o resultado do julgamento.

É daí que qualquer ordenamento jurídico que vise a instituir e manter o Estado de Direito traz consigo o preceito da coisa julgada imutável.

No Brasil, a coisa julgada é direito em nível de garantia individual, protegido pela Constituição Federal até mesmo contra lei superveniente, a qual não pode retroagir para alterar o resultado do julgamento (art. 5º, inciso XXXVI), é cláusula pétrea, portanto, nos termos do IV, §4º, do artigo 60 da CF. No Código de Processo Civil está prevista no artigo 467 e na Lei de Introdução ao Código Civil no § 3º do artigo 6º.

Em face desse preceito constitucional, a lei posterior não pode alterar o resultado de um julgamento, mesmo que altere as normas jurídicas que vigiam à época do fato submetido a julgamento. Esse fato, portanto, continuará perenemente submetido à lei que estava em vigor quando ele ocorreu, e ao que foi decidido em última instância quando ele esteve "sub judice".

Por isso, a nova lei não modificará sequer os efeitos daquele ato e daquela sentença, ainda que efeitos futuros à vigência da nova lei, podendo a nova lei apenas submeter fatos novos posteriores, mesmo que continuativos dos anteriores a ela.

Em apertadíssima síntese, a coisa julgada formal é aquela que inviabiliza a discussão dentro do mesmo processo, a material em qualquer processo. A coisa julgada formal é a imutabilidade da decisão como ato processual e a material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito.

Do Código de Processo Civil é relevante termos em mente os seguintes preceitos:

"Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º. e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

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

I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

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

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido."

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI).

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los.

§ 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor.

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente."

Também nesse mesmo sentido, o art. 12, da Lei do Mandado de Segurança (Lei. 1533/51)

Art. 12 Da sentença, negando ou concedendo o mandado cabe apelação.
Parágrafo único. A sentença, que conceder o mandado, fica sujeita ao duplo grau de jurisdição, podendo, entretanto, ser executada provisoriamente

O Código de Processo Civil ainda estatui que: o réu na ação, antes de discutir o mérito, deve alegar coisa julgada (CPC, art. 301-VI); extingue-se o processo, sem julgamento de mérito, quando o juiz acolher a alegação de coisa julgada (art. 267-V).

Vale dizer, a coisa julgada é fator tão relevante que se antepõe ao próprio mérito de ação nova e impede até que este seja apreciado, isto é, é causa preliminar de não se mover toda a máquina judicial.

Em matéria de mandado de segurança, um dispositivo da respectiva Lei nº 1.533/51, diz respeito à questão da coisa julgada, a saber:

"Art. 16. O pedido de mandado de segurança poderá ser renovado se a decisão denegatória não lhe houver apreciado o mérito."

Apreciando o dispositivo, a Súmula nº 304 do Supremo Tribunal Federal afirma:

"Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria".

Sobre o assunto, a jurisprudência entende que, se no mandado de segurança a sentença apreciar o mérito, faz coisa julgada. Ou seja, só não produz este efeito se for denegatória por motivo relacionado ao rito processual.

Em matéria de processo fiscal é relevante lembrar ainda que a Lei nº 8.397/92, que trata da medida cautelar fiscal, dispõe:

"Art. 15. O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente a execução judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o juiz, no procedimento cautelar fiscal, acolher alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida."

Significa esse dispositivo que se for indeferida a medida cautelar fiscal pelo acolhimento da alegação de qualquer modalidade de extinção da pretensão da Fazenda Pública, essa decisão faz coisa julgada.

Por outro lado, há outra hipótese prevista como extinção do crédito tributário no art. 156, do CTN, que não está expressamente contida nas disposições do art. 15 da Lei nº 8.397, mas deve estar igualmente abrangida:

"Art. 156 - Extinguem o crédito tributário:
[...]
X - a decisão judicial passada em julgado".

Duas observações são relevantes a este respeito.

A primeira delas tem a ver com o art. 15 da lei que prevê a medida cautelar fiscal. Esse artigo, como visto, trata dos casos em que a sentença no processo cautelar faz coisa julgada e impede que a Fazenda Pública venha a interpor execução fiscal.

Todavia, quando a sentença indefere a cautelar porque a modalidade de extinção da pretensão fazendária é a existência de decisão judicial passada em julgado (CTN, art. 156, X), não estabelece uma nova coisa julgada, acontecimento juridicamente impossível, mas, sim, reconhece e declara que já havia coisa julgada anterior.

Destarte, na ordem prática, o efeito da decisão na cautelar será impedir a propositura da execução fiscal especificamente do "crédito" que originou o pedido cautelar, por declará-lo já extinto conforme reconhecido em anterior decisão transitada em julgado.

A segunda observação sobre o art. 156, X, do CTN é de ordem sistemática.

A decisão final extingue o crédito tributário no sentido que lhe dá o próprio CTN, isto é: a obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador, tendo por objeto o pagamento do tributo (art. 113, parágrafo 1º); o fato gerador é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência (art. 114); existente, assim, a obrigação tributária, dela decorre um crédito tributário (art. 139), o qual é constituído privativamente pela autoridade administrativa competente, por meio do lançamento (art. 142).

Daí esse crédito tributário, especificamente considerado, poder vir a ser extinto apenas e tão somente por uma das modalidades de extinção previstas no art. 156, do CTN, estando lá o pagamento (inciso I), a decadência do direito de constituir o crédito (hipótese antecedente à própria constituição, conforme o inciso V), a prescrição da ação de cobrá-lo (inciso V), ou decisão passada em julgado (inciso X).

É da maior importância dizer que a coisa julgada prestigia efeito tão relevante - a segurança jurídica - que subsiste em qualquer caso.

Como determina o art. 467 do CPC, a coisa julgada é eficácia da sentença, que a torna imutável e indiscutível. Para que isto seja possível, a lei presume, sem possibilidade de prova ou discussão em contrário, que tudo o que pudesse ter sido dito na ação, contra e a favor, o foi (CPC, art. 474).

Conseqüência disto tudo é que a coisa julgada prevalece ainda que a sentença seja errada sob o ponto de vista rigorosamente jurídico (juízo de validade sobre a sentença), ou injusta sob o ponto de vista meramente moral, ético, subjetivo ou de qualquer outro ângulo de apreciação.

Com efeito, se se pudesse invalidar a sentença passada em julgado por uma qualquer destas motivações, por vias oblíquas se destruiria a coisa julgada em sua finalidade precípua de garantir segurança jurídica. Daí, inclusive, não fazerem coisa julgada os motivos que determinaram a sentença, nem a verdade dos fatos (art. 469-I e

II, do CPC), e daí também se presumir que todas as questões tenham sido ventiladas na ação (art. 474). Em consequência, é inútil alguém ter um "motivo melhor" do que o da sentença, ou um novo motivo não levado em consideração pela sentença, ou a parte alegar que poderia ter sustentado sua pretensão em outros motivos. Após a sentença, para que esta possa gerar a almejada segurança, nada mais pode ser discutido.

Em vista disso, e até mesmo na perseguição de duplo efeito - distribuição do bom direito pela sentença e segurança jurídica pela imutabilidade da mesma - a lei admite a revisão da sentença transitada em julgado apenas em hipóteses excepcionais, em que tiver ocorrido algum dos fatos listados no art. 485 do CPC, fatos estes que caracterizam sempre um vício jurídico no conteúdo normativo da sentença, em sua fundamentação fática ou no procedimento para sua prolação.

Nestes casos, a sentença final da ação anterior deixa de fazer coisa julgada não porque seja alterada - fato inexistente no direito - mas, sim, porque é rescindida, isto é, apagada do mundo, passando a ser um nada, como se nunca tivesse existido. Por isso, dela não pode emanar coisa julgada.

A propósito, para destacar uma vez mais a relevância da coisa julgada, é ela um dos fundamentos possíveis para a revisão de uma sentença, isto é, quando a sentença rescindenda tiver ofendido coisa julgada anterior (art. 485- IV).

Com efeito, toda sentença tem uma parte expositiva e uma parte dispositiva. A parte expositiva é constituída pelo relatório, em que são sumarizados os fatos, os pedidos das partes e o andamento geral do processo. A parte expositiva ainda estende-se ao segmento da decisão em que o juiz ou tribunal passa a decidir, incluindo os pontos deste segmento em que o direito é objeto de considerações pelo magistrado. E a parte dispositiva é a sentença, a ordem propriamente dita, que o juiz ou o tribunal impõe sobre as partes, para que faça lei entre elas.

Para se aferir a coisa julgada, inclusive em sua extensão e alcance, interessa apenas a parte dispositiva da sentença, porque o art. 469-I do CPC declara textualmente não fazerem coisa julgada "os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença".

Portanto, só é relevante para o efeito aqui perquirido a parte dispositiva em que a sentença, e neste caso o acórdão, tiver dado a ordem que passou a ser lei entre as partes, além disso, o art. 468 do CPC explicita que "a sentença que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas".

Assim, não se pode afastar na análise da coisa julgada que o limite da lide foi estabelecido pelo pedido, portanto, a parte dispositiva do acórdão ou sentença, que transitou em julgado fazendo força de lei entre as partes, abrange o limite da ação em que foi veiculado o pedido. Razão pela qual entende a doutrina que se a questão não foi decidida, embora constasse do pedido, e não foram opostos embargos de declaração, não se forma coisa julgada.

Outro precedente útil é o recurso extraordinário nº 112.402-RJ, julgado em 16.5.1989 pela 2a. Turma do Supremo Tribunal:⁴⁴.

"Processual-civil. Denúnciação à lide. Inocorrência, na hipótese, de coisa julgada material no que diz à pretensão do litisdenuciante contra o litisdenuciado.

Havendo a sentença originária definido a responsabilidade perante terceiro sem decidir as relações entre denunciante e denunciado, não afronta a coisa julgada a decisão que, em processo específico, resolve essa questão."

Isto é assim porque, como decidiu em 13.8.1991 a 3a. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial nº 7128-SP⁴⁵ :

"EMENTA: Coisa Julgada material - Lide.

A coisa julgada material refere-se ao julgamento proferido relativamente à lide, como posta na inicial, delimitada pelo pedido e causa de pedir. Não atinge decisões de natureza interlocutória, que se sujeitam a preclusão, vedado seu reexame no mesmo processo mas não em outro."

Resta, portanto, evidente que é o pedido e a causa de pedir, em nosso sistema, que delimitam o âmbito da coisa julgada formada no processo.

⁴⁴ RTJ-129/854 e RT-647/221

⁴⁵ RSTJ-25/430

No estudo dos precedentes que deram origem à edição da súmula 239 que estabelece “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”, percebe-se que são casos de execuções fiscais em que o contribuinte tinha tido êxito em primeiros embargos, pleiteava a ocorrência de coisa julgada para exercícios posteriores.

Não se pode confundir o âmbito de um processo executivo com um de conhecimento.

Ademais, o que não se pode esquecer é a coisa julgada está delimitada pelo pedido.

Não pode haver confusão entre coisa julgada prolatada nos embargos à execução fiscal – que visa a afastar o ato administrativo do lançamento tributário - em que os fatos jurídicos estão limitados no tempo, num mandado de segurança e numa ação declaratória sobre uma relação jurídica de conteúdo mais abstrato.

Entretanto, em decisões posteriores, em que foi invocada a súmula 239, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi alterado.

Se a decisão não se limita a um determinado período, o acórdão ou sentença vocaciona-se a ser eficaz enquanto não ocorrer alteração no estado de fato ou de direito, a teor do art. 471-I do CPC.

O próprio Supremo Tribunal Federal, sem revogar a súmula, partiu para uma posição mais flexível e liberal, admitindo exceções à mesma.

Pode-se resumir o sentido que orientou a edição da Súmula n. 239 da seguinte forma: a sentença resolve determinado conflito de interesses, e a solução dada é que deve ser eternamente resguardada, até contra leis novas, sendo irrelevantes os motivos da decisão. Logo, o que resta inviolável é a decisão em si, para o caso concreto acontecido e julgado, não havendo projeção para situações futuras.

Essa conclusão é extraída da análise da jurisprudência sobre a Súmula n. 239.

Na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária de 16 de novembro de 1992, nos embargos declaratórios em embargos de divergência em recurso extraordinário n. 100.073-1-SP⁴⁶ foi reafirmada a orientação jurisprudencial que passou a excepcionar a aplicação da Súmula n. 239 nos casos em que uma decisão transite em julgado reconhecendo haver inconstitucionalidade, imunidade ou isenção.

O Ministro Marco Aurélio, relator do acórdão, admitia uma nova exceção, no sentido de fazer coisa julgada, para evitar a repetição de ações e a possibilidade de decisões contraditórias, também em caso de simples creditamento do ICMS.

Todavia, foi vencido, tendo a maioria reafirmado julgados anteriores de que, em exceção à Súmula n. 239, fazem coisa julgada apenas as decisões que reconheçam inconstitucionalidade, imunidade ou isenção.

Vejamos a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal.

No recurso extraordinário n. 83.225-SP, julgado em 15.10.1976 (RTJ - 83/439) a 1a. Turma repeliu a coisa julgada por entender, segundo a doutrina tradicional, que esta se refere apenas ao tributo cobrado e objeto da ação, não se estendendo a outros lançamentos posteriores, embora do mesmo tributo e devido pela mesma parte. No voto do relator, Ministro Rodrigues Alckmin, foi inclusive repellido o entendimento que Rubens Gomes de Sousa havia emitido no sentido de que a "res judicata" fiscal se projetaria para exercícios futuros sempre que se referisse a elementos imutáveis e permanentes da relação jurídica, como constitucionalidade ou não, incidência ou não, isenção, vigência da lei.

⁴⁶ DJU de 2.4.1993, p. 5621

Muito embora as conclusões do parecer pioneiro de Rubens Gomes de Sousa tenham depois sido absorvidas em julgados posteriores, assim não ocorreu em 15.10.1976 ao ser apreciado o recurso extraordinário n. 83.225-SP.

Nos embargos no recurso extraordinário n. 83.225-SP, que o Tribunal Pleno julgou em 3.5.1979 (RTJ - 92/707), foi considerado que a coisa julgada não impede que lei nova passe a reger diferentemente fatos ocorridos a partir de sua vigência. Mas o Ministro Relator, Xavier de Albuquerque, aludiu a que a Súmula n. 239 admite temperamentos, excluindo-se, por exemplo nos casos de isenção.

Já no recurso extraordinário n. 93.048-SP, julgado em 16.6.1981 (RTJ - 99/414), a 1a. Turma passou a declarar interpretação restritiva da Súmula n. 239, para reconhecer a coisa julgada para relações jurídico-tributárias futuras, quando declarada a inconstitucionalidade da cobrança, e até o advento de uma nova norma jurídica.

O Ministro Rafael Mayer, que relatou o recurso extraordinário n. 93.048-SP, voltou a relatar o de n. 99.435-1-MG, decidido em 17.6.1983 (LEX - JSTF - 58/235). Mas neste caso considerou que a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros, embora na decisão anterior o tributo tenha sido considerado abstratamente. A Turma o acompanhou, em decisão unânime que reafirmou a Súmula n. 239.

Moreira Alves, em 2.8.1983, relatou o recurso extraordinário n. 100.126-PR, levando a 2a. Turma à decisão unânime em que aplicou a Súmula n. 239, pelas mesmas razões do recurso extraordinário n. 83.225, acima citado (RTJ - 108/406).

Foi no recurso extraordinário n. 100.437-SP, decidido em 15.6.1984 (RTJ - 110/820), novamente relator o Ministro Rafael Mayer, que a 2a. Turma evoluiu decisivamente para considerar que fazem coisa julgada em exercícios ulteriores, até o advento de lei nova, as decisões relativas à isenção ou imunidade.

Em 12.9.1984 o Plenário não conheceu dos embargos no recurso extraordinário n. 100.888-MG (RTJ - 111/1300). O Ministro Soares Munõz, relator,

mencionou os recursos extraordinários n. 59.435, 100.017, 83.225 (em embargos) e 93.048, analisando as possíveis divergências entre eles. Acrescentou, inclusive, que a tese da embargante fora admitida em recurso anterior por apenas um voto, dele próprio, mas não adotada pelo tribunal. Segundo essa tese, às decisões sobre isenção ou imunidade não de aplicaria a Súmula n. 239.

Vê-se, pois, que a despeito do que havia sido decidido na 2a. Turma (recurso extraordinário n. 100.437-SP), o Tribunal Pleno ainda deixou de acolher a tese. O Ministro Rafael Mayer, relator do recurso extraordinário n. 100.437-SP, votou expressamente no Tribunal Pleno em sentido contrário, por razão processual que abordarei abaixo.

Veio depois o recurso extraordinário n. 111.504-1-MG (JSTF - LEX - 101/214), que a 1a. Turma julgou em 14.11.1986. O Ministro Rafael Mayer voltou a relatar e a decisão incorporou integralmente o recurso extraordinário n. 99.435, isto é, não admitiu que a declaração de intributabilidade no tocante a relações jurídicas sucessivas no tempo fosse imutável e normativa.

O Tribunal Pleno reuniu-se novamente em 1.4.1987 para julgar os embargos no recurso extraordinário n. 109.073-1-SP, sendo relator o Ministro Carlos Madeira (JSTF - LEX - 104/22). Este acórdão acolheu indiretamente, por referência aos recursos extraordinários n. 93.048 e 100.437, e inclusive por menção expressa na ementa, a tese de que só ocorre coisa julgada, não alcançada pela Súmula n. 239 e impedindo novo lançamento, ainda que em exercício posterior, no caso de decisão que verse sobre relação jurídica de direito material, reconhecendo a inexistência de fonte legal de relação jurídica que obrigue o sujeito passivo, e acrescentando que, não se tratando de inconstitucionalidade, isenção ou imunidade, a decisão relativa ao tributo cobrado num exercício não faz coisa julgada em relação a outros lançamentos. No caso, os embargos não foram conhecidos por se tratar de creditamento de ICM, tal e qual nos recentes embargos no recurso extraordinário n. 100.073, sendo em ambos a mesma parte.

A parte insistiu com novo embargo declaratório e novamente o Tribunal Pleno o rejeitou, em 1.7.1987 (JSTF - LEX - 107/47). Do voto do Ministro Carlos Madeira destaco esta passagem:

"Diz a Súmula 239:

[...]

O Supremo Tribunal tem aplicado firmemente esse verbete. As hipóteses que o afastam, destaco aquela sinalada no voto do Ministro Rafael Mayer, ao julgar o recurso extraordinário: considera-se oponível a coisa julgada, na hipótese em que o reconhecimento da inexistência do débito tributário decorre da inexistência de fonte legal da relação jurídico-tributária em razão da declaração de inconstitucionalidade da lei. Fazem também coisa julgada, as decisões que reconhecem a imunidade ao tributo ou mesmo a sua isenção. Tais exceções ao que dispõe a Súmula 239 não significam interpretação restritiva, pois decorrem da consideração de hipóteses da invalidade da exigência tributária, da vedação de instituir o imposto ou ainda da exclusão do crédito tributário, circunstâncias ocorrentes no sistema tributário adotado no país. O que a Súmula prevê é a relação jurídico-tributária comum, normal, em que os tributos criados por lei são exigidos dos contribuintes ou responsáveis, uma vez verificada a hipótese de incidência.

No caso em exame, - disse no voto que proferi no acórdão ora embargado - "não se cuida de inconstitucionalidade do tributo, nem se trata de isenção ou imunidade". "O que existe, tão-somente, - lê-se no acórdão da Câmara Julgadora do Tribunal *a quo* - é uma decisão proferida num caso concreto, em que a Fazenda Estadual pretende ICM relativo a determinado exercício. Em suma, não há decisão normativa a projetar-se para casos futuros".

A despeito da rejeição do recurso, a Corte assumiu decididamente que em determinadas hipóteses restritas - inconstitucionalidade, imunidade e isenção - há decisão normativa a projetar-se para casos futuros.

A unanimidade foi mantida inclusive nos embargos no recurso extraordinário n. 109.073-1-SP, julgados em 6.11.1992, porque, como visto, o Ministro Marco Aurélio foi vencido apenas em virtude de querer estender as exceções da Súmula n. 239 aos casos de creditamento do ICMS, ao afirmar que:

"Da mesma forma que esta Corte vislumbra na hipótese de declaração de inconstitucionalidade do tributo, isenção ou imunidade, o afastamento da pertinência do verbete revelador de que não é oponível a coisa julgada, deve também fazê-lo quando não há distinção quanto à origem e balizamento entre a relação de direito tributário material pretérita e a em discussão. Não é crível entender-se que sobre a mesma matéria - possibilidade, ou não, de creditamento no caso de ICM diferido - exija-se que o contribuinte, mês-a-mês, recorra ao Judiciário, resistindo, assim, à insistência do fisco em glosar o procedimento em que pese decisões já transitadas em julgado, como ora ocorre. Sendo as mesmas as partes e idênticas as situações, forçoso é concluir pela sujeição não ao teor do verbete de n. 239, mas às exceções por esta Corte admitidas."

De fato, qual a distinção entre inconstitucionalidade, imunidade e isenção, de um lado, e creditamento de ICMS de outro? Para os efeitos de se estabelecer a existência de coisa julgada, a rigor nenhuma diferença existe. Na própria ótica do tribunal, tanto num como em qualquer dos outros casos há ou não há fonte legal da relação jurídica tributária, e a decisão anterior pode em qualquer das hipóteses não se referir a um lançamento concreto, mas, sim, e ainda na ótica do tribunal, ter natureza normativa que se projeta para o futuro.

A incongruência está em que o Supremo Tribunal afastou-se da tradicional doutrina para adaptar-se às necessidades reais do presente, mas quis fazê-lo de forma limitada para não invalidar a Súmula n. 239. Neste passo, assentou jurisprudência, mas não firmou uma posição cientificamente coerente.

Essa incoerência revela-se claramente no julgamento do Tribunal Pleno para a ação rescisória n. 1239-MG, em 31.8.1988, o Ministro Carlos Madeira como relator (RTJ - 132/1112).

Essa ação visou a rescindir o acórdão no recurso extraordinário n. 99.435, sobre não incidência de ICM sobre operações entre cooperativas e seus cooperados, em que fora julgado que a declaração de intributabilidade não tem caráter imutável e normativo.

A ementa do acórdão na ação rescisória diz:

"Súmula 239 da Corte. O que é consagrado no enunciado da Súmula 239 é a orientação restritiva da coisa julgada em matéria tributária, de modo a excluir os motivos e fundamentos da sentença."

Os trechos a seguir relevam a fragilidade conceitual da jurisprudência atual.

"Por conseguinte, se o caso, ao invés de imunidade, era de não incidência, nada obstava que, em exercícios posteriores, exercesse o Fisco seu poder de imposição tributária. Nessa hipótese, que é a dos autos, não haveria falar em existência de coisa julgada.

A solução, ademais, encontrada pelo v. acórdão rescindendo, está em perfeita consonância com a doutrina mais moderna a respeito da coisa julgada que, segundo ensinamento ministrado pelo em. Ministro Soares Munõz, "restringe seus efeitos aos fatos contemporâneos ao momento em que foi prolatada a sentença", acrescentando S. Exa. em voto proferido no RE 87.366-0:

‘A força da coisa julgada material, acentua James Goldschmidt, alcança a situação jurídica no estado em que se achava no momento da decisão, não tendo, portanto, influência sobre os fatos que venham a ocorrer depois (in Derecho Procesual Civil, pág. 390, tradução espanhola de 1936)’ (Ementário n. 1.143-2)."

Referindo-se ao voto do Ministro Moreira Alves no recurso extraordinário n. 100.888:

"Em declaração de voto, no julgamento desses embargos, afirmou o em. Ministro Moreira Alves, a propósito da extensão da coisa julgada derivada de sentença proferida em mandados de segurança, que estes só podem ser admitidos "quanto à relação jurídica concreta e imediata, com referência à qual há ameaça de aplicação do dispositivo", acentuando em seguida:

"A não ser assim, ter-se-á representação de interpretação de lei em tese para determinada pessoa, o que não se pode obter sequer do Supremo Tribunal Federal, porque na representação de interpretação de lei em tese esta Corte interpreta a lei com a eficácia, erga omnes, e não exclusivamente para alguém, sem referência a um caso concreto" (RTJ 111/1306)."

Referindo-se ao voto do Ministro Rafael Mayer no recurso extraordinário n. 109.073 quando julgado pela 1a. Turma:

"De outro modo se estaria admitindo uma força normativa àquele julgado anterior, que nem mesmo se reconhece às ações declaratórias quando tenham por objeto firmar a existência ou inexistência de uma relação jurídico-tributária emergente de fatos que se sucedem no tempo, orientação que se firma nesta Corte, como se pode ver no julgamento dos ERE 100.888, e na explicitação do voto do Ministro Moreira Alves, que aí consta" (RTJ 118/834)."

Concluindo o voto relator:

"Com efeito, a Súmula 239 consagra a orientação restritiva da coisa julgada, a qual, segundo Liebman, em ensaio sobre limites da coisa julgada em matéria de imposto, "é uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela". "Entre as regras gerais que limitam o alcance da coisa julgada, aponta o prestigioso processualista - aquela que exclui da coisa julgada os motivos ou fundamentos da sentença, os quais poderão, portanto, ser apreciados livremente em outro processo, relativo a outro objeto". (Cfr. Estudos sobre Processo Civil Brasileiro, 1976, págs. 172 e 174).

O art. 469, I, do atual Código de Processo Civil, acolheu esse ponto de vista doutrinário, defendido entre nós desde Paula Batista, que dizia ser a autoridade da coisa julgada "restrita à parte dispositiva da sentença, e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos" (Teoria e Prática, 1910, pág. 175)."

O Ministro Moreira Alves fez a seguinte declaração de voto:

"A meu ver, não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica que se pretende já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento de relação jurídica no futuro porque não é esta admitida pela Lei ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico."

Fácil de ver que as considerações do acórdão não se afinam com as exceções que o próprio STF admite para a Súmula n. 239, e para as limitações que impõe às exceções. Ao contrário, são muito mais consistentes com o enunciado da própria súmula.

De qualquer forma, mesmo sem base sólida, o certo é que o Supremo Tribunal Federal mantém a validade da Súmula n. 239, mas a excepciona apenas em se tratando de inconstitucionalidade, imunidade ou isenção⁴⁷.

Desta observação quanto ao rito processual restam as seguintes conclusões: há críticas isoladas ao efeito normativo das decisões para o futuro, mesmo em ação declaratória; mas, admitidas as exceções à Súmula n. 239, isto é, admitidos os

⁴⁷ Pode-se citar como exemplos, as seguintes decisões:

- nos seguintes recursos, independentemente da conclusão ter sido pela aplicação da Súmula n. 239 ou não, o tribunal silenciou a respeito do rito processual da ação precedente: RE 83.225, ERE 83.225 e RE 93.048;
- nos seguintes recursos, em que a Súmula n. 239 foi aplicada, a ação anterior era declaratória: RE 99.435 e RE 111.504;
- no seguinte recurso, em que a Súmula n. 239 foi aplicada, a ação anterior era mandado de segurança: RE 100.126;
- no seguinte recurso, em que a Súmula n. 239 não foi aplicada por exceção, a ação anterior era mandado de segurança: RE 100.437;
- no recurso n. 100.888, não conhecido por não ser admitido haver divergência, os votos dos Ministros Moreira Alves e Rafael Mayer ressaltam a impossibilidade de mandado de segurança preventivo a não ser para relação jurídica concreta e não abstrata; pelo voto de Moreira Alves não seria cabível qualquer ação para interpretação de lei em tese;
- nos embargos no recurso extraordinário n. 109.073 não há notícia do tipo da ação precedente, mas é feita menção ao recurso extraordinário n. 99.458, em que não foi admitida a extensão para exercícios posteriores dos efeitos de decisão em execução fiscal, porque, por sua natureza, esse processo diz respeito estrito aos exercícios discutidos nos autos;
- a ação rescisória n. 1239 tratava do RE n. 99.435 e, pois, de anterior ação declaratória; no acórdão foi feita remissão aos votos dos Ministros Moreira Alves e Rafael Mayer no RE 100.888, já comentados acima, e remissão ao voto do Ministro Rafael Mayer quando a 1a. Turma decidiu o RE 109.073, em que o mesmo não admite força normativa a julgado anterior, mesmo que em ação declaratória.

casos de projeção da coisa julgada para o futuro, para o Supremo Tribunal Federal o rito processual não representou ponto de relevância.

Há manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre a Súmula n. 239, em que se deu relevância à ação declaratória, quando confrontada com outros tipos de procedimento.

Assim, no recurso extraordinário n. 99.458-SP, julgado em 30.9.1983 e já citado atrás, a 2a. Turma declarou (RTJ - 107/1235):

"Sentença proferida em execução fiscal não faz coisa julgada quanto à ilegitimidade, em tese, da cobrança de certo tributo, visto que, por sua natureza, esse processo diz respeito estrito aos exercícios discutidos nos próprios autos.

[...]

Nos RREE ns. 68.253, 73.579 e 93.048, esta Corte prestigiou a coisa julgada em matéria tributária, quando afirmada, em sede judicial própria, a intributabilidade.

Sucedem que, na espécie, as duas decisões anteriores, a que se refere o Juízo singular como produtoras de coisa julgada, viram-se proferir não em ação declaratória, mas em execuções fiscais (cf. fls. 62, inter alia). Tais as circunstâncias, só podiam aquelas dizer respeito aos exercícios discutidos nos próprios autos. Não havia coisa julgada, e o acórdão recorrido andou bem em dizê-lo, mandando que o Juízo singular examine o mérito da causa."

A mesma 2a. Turma e o mesmo Rezek decidiram o recurso extraordinário n. 100.125-9-PR em 25.10.1983 (JSTF - LEX - 62/267), dizendo:

"Sentença proferida em mandado de segurança não faz coisa julgada quanto à ilegitimidade, em tese, da cobrança de certo tributo, visto que a concessão do **writ** diz respeito estrito à cobrança tópica do tributo em exercício determinado."

E no voto:

"Essas decisões se referem à cobrança de tributo em exercício determinado, não podendo projetar-se sobre feitos futuros qual a que resultasse de ação declaratória.

A coisa julgada, na espécie, nada alcança além do exercício para o qual foi concedida a segurança.

Vem a propósito o entendimento do professor Isaac Pereira da Silva, abonado nesta Casa pelo Ministro Rodrigues Alckmin, no RE 83.225-SP (RTJ 83/439):

‘A delimitação objetiva da coisa julgada está no conteúdo da relação jurídica que foi controvertida e julgada. A relação obrigacional surgiu com o fato gerador da obrigação tributária principal, mas se extingue juntamente com o crédito dela decorrente, visto que tem por objeto o pagamento do tributo devido (C.T.N., art. 113, parágrafo 1o.). Vitorioso o contribuinte, a decisão judicial transita em julgado extingue o crédito (C.T.N., art. 156, X), mas, evidentemente, o crédito decorrente da relação tributária material, que foi controvertida e julgada.’”

Daí, a possibilidade de se discutir a exigibilidade do tributo em outras ações, referentes a outros exercícios.

Machado (1991), demonstra com precisão que apenas a ação declaratória teria o condão de fazer coisa julgada para fatos geradores futuros, chegando a admitir o mesmo efeito em outras ações apenas por meio de ação declaratória incidental, pela qual se amplie o alcance da coisa julgada.

Cintra (1986, p. 609) sustenta que a ação declaratória pode ser objeto de prestação futura.

Também é essa a posição de Nogueira (1986, p. 563) que sustenta o efeito da coisa julgada em ação declaratória, projetado para o futuro e também esses mesmos efeitos em mandado de segurança preventivo, em relação a casos futuros determinados na lide.

A injustiça de determinada decisão, sob o ponto de vista de que colocar certa empresa em situação privilegiada frente à massa dos contribuintes, é irrelevante para alterar sua situação caso haja coisa julgada. Como também é irrelevante o fato de que a decisão possa ser considerada tecnicamente errada, eis que, afinal, o direito considerado correto é aquele que foi proclamado em sentido contrário pelo Supremo Tribunal Federal. Finalmente, também é irrelevante que a decisão injusta e errada tenha subsistido por uma falha da Poder Público, que não cuidou de instruir adequadamente o recurso que teria o condão de reverter a situação.

Do que se conclui que, apesar de tecnicamente o mandado de segurança não ser a ação apropriada para a espécie, tem havido certa tolerância quanto

aos efeitos futuros das decisões em mandados de segurança que declaram a inconstitucionalidade de uma lei, ou a imunidade ou isenção de um tributo.

3.1 Os tipos de ação e os limites da coisa julgada

Já foi visto no capítulo anterior, a posição da jurisprudência no que se refere aos efeitos de coisa julgada, tanto em decisão declaratória, como em mandado de segurança. .

Aqui serão detalhados esses efeitos, principalmente confrontando os do mandado de segurança, com aqueles da ação declaratória.

Com efeito, o mandado de segurança visa a proteger o impetrante contra a prática de um ato ilegal por autoridade pública, seja este um ato já praticado (neste caso, com prazo decadencial de cento e vinte dias) ou seja ato que esteja na iminência de ser praticado. O mandado de segurança, portanto, tem um efeito cominatório e a ordem que dele emana atinge um ato concreto e específico, atual ou iminente. Daí não haver mandado de segurança contra lei em tese ou efeitos normativos decorrentes da decisão em mandado de segurança (Lei nº 1533/51).

Já a ação declaratória não pressupõe a existência de um ato ilegal, pois pode ser proposta com o objetivo de ver declarada a existência ou a inexistência de uma relação jurídica (CPC, art. 4º). Não se admite que a ação declaratória seja proposta a respeito de uma relação jurídica teórica ou hipotética, uma vez que, se assim fosse, a ação funcionaria como mera consulta prévia ao Poder Judiciário, sobre seu entendimento a respeito de determinada questão que poderia vir a ser relevante sobre uma relação jurídica qualquer que poderia vir a ocorrer no futuro.

Entretanto, apesar de a ação declaratória também dever referir-se a uma relação jurídica real e concreta, distingue-se do mandado de segurança não só porque não visa, como este, a impedir um ato ilegal presente, podendo ela referir-se à relação jurídica determinada, mas ainda a ocorrer, como também porque pode visar

exclusivamente à declaração, sem efeito cominatório, sobre a existência ou não da relação jurídica.

Destarte, no mandado de segurança a ordem do tribunal é apenas: "está proibida esta cobrança atual ou iminente". Esta é a parte dispositiva da sentença, que transita em julgado, irrelevantes os motivos da decisão.

Já na ação declaratória a parte dispositiva da sentença confunde-se mais com os motivos, porque declara a inexistência ou a existência da própria relação de direito que constitui o objeto da causa.

Em outras palavras, no mandado de segurança o objeto é o ato da autoridade, ao passo que na declaratória o objeto é a relação jurídica. E como o julgamento dá-se sobre o objeto e nos limites da causa proposta, o objeto da decisão varia de um rito para o outro.

Pode-se dizer, de forma imprópria, que no mandado de segurança a "coisa julgada" é o ato da autoridade, e na declaratória a "coisa julgada" é a própria relação jurídica.

Daí que uma decisão em mandado de segurança tende a ter efeitos muito mais restritos do que aqueles que se pode extrair de uma decisão em ação declaratória, especialmente quando se aquilata sobre a existência de coisa julgada.

Vale isto tudo ser resumido da seguinte forma: se o mandado de segurança visa a coibir um ato atual ou iminente, não pode alcançar atos ainda não praticados e que ainda não possam ser praticados, como, por exemplo, a cobrança de um tributo cujo fato gerador ainda não ocorreu. Por esta razão, não é possível impetrar hoje mandado de segurança contra a cobrança de tributo que venha possivelmente a ser cobrado no futuro, se vier a ocorrer o fato gerador, e após este.

Ao contrário, a ação declaratória também não pode visar à relação jurídica hipotética, mas pode objetivar uma relação jurídica determinada que venha a

ocorrer no futuro, porque seu objeto não é fazer cessar a coação atual ou iminente e porque pode limitar-se a declarar a existência ou não daquela relação futura.

Por isso, em matéria de coisa julgada, é tecnicamente impossível extrair da parte dispositiva de uma decisão em mandado de segurança efeitos de coisa julgada sobre um tributo futuro, porque o respectivo fato gerador ainda não ocorreu.

Já na ação declaratória, é possível a declaração prévia de que nas circunstâncias descritas no pedido e pelo direito aplicável e declarado pela sentença, há ou não a relação jurídica presente ou haverá ou não a relação jurídica futura. A parte dispositiva da sentença, portanto, poderá produzir coisa julgada para o fato futuro.

A defender a existência somente de coisa julgada em relação a fatos geradores passados, já foi apresentada interpretação do CTN no sentido de que a decisão transitada em julgado extingue o crédito tributário (art. 156-X), e este somente existe após o lançamento (art. 142). Portanto, antes do lançamento não se poderia falar em extinção de algo que não existe e, por conseguinte, a decisão extintiva do crédito tributário nunca poderia anteceder o fato gerador.

Entretanto, para afastar essa idéia equivocada, o próprio art. 156 do CTN também coloca a decadência como causa extintiva do crédito tributário (inciso V). Ora, a decadência é a extinção do próprio direito de constituir o crédito pelo lançamento, e, pois, também é anterior à existência do crédito tributário, entendido como crédito **revelado** no lançamento.

A resposta para esta indagação está em que o crédito tributário nasce juntamente com a obrigação tributária, pela ocorrência do fato gerador, sendo o lançamento a versão em linguagem competente de todos esses eventos do mundo fenomênico e que neste momento tornam-se jurídicos. Por isso, o lançamento substancialmente é apenas declaratório da obrigação tributária. Por isso mesmo, a decadência do direito de lançar tem prazo contado após a ocorrência do fato gerador, e por isso também, ocorrendo a decadência, extingue-se o crédito tributário anteriormente existente, embora não lançado.

A corroborar tudo isso, não podemos esquecer que todos esse eventos são tornados fatos e fatos jurídicos tributários pela linguagem competente e na elaboração da norma individual e concreta.

O art. 471, I, do CPC veda a reapreciação de questão já decidida, excetuando se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito.

Significa isto que o código de processo admite a projeção da coisa julgada para o futuro, em relação à situação jurídica continuativa, desde que não se altere o estado de fato ou de direito que determinou a sentença (fato descrito e causa de pedir).

Neste particular, ante a generalidade do art. 471-I do CPC, também nenhuma diferença de tratamento haveria em decorrência do rito processual. Contudo, em matéria de mandado de segurança a restrição não decorre do art. 471-I, mas, sim, dos requisitos para sua concessão, contidos na Lei n. 1533, que necessariamente limitam o seu alcance, porque reduzem a ordem constante da parte dispositiva da sentença a fatos atuais ou iminentes.

Em síntese, é possível objetar a projeção da coisa julgada em ação declaratória para fatos futuros, porque relação jurídica é sempre uma situação concreta decorrente da aplicação de um dispositivo legal a um fato ocorrido; mas em ação declaratória é possível, ante a inexistência de norma expressamente excludente, sustentar a declaração antecipada da existência ou não de uma relação jurídica em relação a fatos futuros, desde que descritos, e em decorrência de determinada ordenação legal; é contraditório com o escopo do mandado de segurança extrair de sua decisão efeito de coisa julgada para abranger fatos futuros.

Daí o Supremo Tribunal Federal, 1a. Turma, no recurso extraordinário n. 84.664-DF, ter decidido em 4.5.1976 (RT-513/283):

"A decisão não ofendeu a coisa julgada. Decidindo a lide, a sentença acolhe ou rejeita o pedido do autor. Este pronunciamento, que atribuiu ou não ao autor o bem pretendido, é que se torna firme e imutável, através da coisa julgada. Daí todos os escritores proclamarem que a coisa julgada se restringe ao dispositivo da sentença.

Foi esta a doutrina acolhida pelo Código de Processo atual, cujo art. 469 declara expressamente que não fazem coisa julgada os motivos, quaisquer que sejam, "ainda que importantes para determinar o alcance da parte expositiva da sentença".

Ora, a parte expositiva da decisão proferida no anterior mandado de segurança é a seguinte: "Por todos esses fundamentos hei por bem conceder o presente mandado de segurança para o efeito de cassar o ato do Conselho de Justiça que, restrito ao juízo de irregularidade e de ilegalidade, deverá proferir nova decisão, homologando, ou não, o resultado do concurso para provimento do 1o. Ofício do Registro Civil e de Casamentos".

Esta a parte que transitou em julgado. Tudo mais foi motivação da conclusão, que, embora constando da ementa, não faz coisa julgada."

Contudo, a doutrina e a jurisprudência ressaltam que integram a parte dispositiva elementos que tenham sido substancialmente objeto do provimento jurisdicional.

Todas as questões decididas pela sentença fazem, pois, coisa julgada.

Mais uma vez, repita-se a coisa julgada alcança a parte dispositiva da decisão, e ainda o fato constitutivo do pedido (a **causa petendi**). As questões que se situam no âmbito da **causa petendi**, igualmente se tornam imutáveis, no tocante à solução que lhes deu o julgamento, quando essas questões se integram no fato constitutivo do pedido.

É que a expressão parte dispositiva da sentença deve ser "entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes" (LIEBMAN, 1977, p. 164).

E, de novo Liebman (1977, p. 543):

"Na verdade, a coisa julgada abrange a questão última do raciocínio do Juiz, a conclusão de seu silogismo, que constitui a premissa essencial objetiva, a base lógica necessária do dispositivo: por exemplo, quando a sentença condena o réu a pagar cem, passa em julgado também a declaração de que o réu é devedor do cem a título de mútuo, ou de preço dum venda e semelhantes; quando anula um contrato, passa em julgado também a declaração de que o contrato é viciado por dolo, erro e assim por diante. Assim, no caso destes autos, a afirmação em ação anterior entre as mesmas partes, de que o contrato estava quitado; afirmação incompatível com a do inadimplemento absoluto; **causa petendi** da ação de adjudicação, passou em julgado."

A mesma linha foi seguida pelo Supremo Tribunal Federal, 1a. Turma, no recurso extraordinário n. 117.060-MG, em 18.12.1990 (RTJ-133/1311):

"A coisa julgada em sentido material restringe-se à parte dispositiva do ato sentencial ou àqueles pontos que, substancialmente, hajam sido objeto de provimento jurisdicional, quer de acolhimento, quer de rejeição do pedido."

Portanto, são essas as breves linhas dos efeitos e limites da coisa julgada em ações declaratórias e mandados de segurança, situações mais comuns no âmbito das discussões tributárias.

Capítulo 4. Controles de Constitucionalidade: Difuso e Concentrado

Já vimos as causas para a rescisão e devemos estudar a questão do controle porque é causa inclusive para afastar a aplicação da súmula 343 que veda a rescisão nos casos de interpretação controversa nos tribunais, excetuando as violações constitucionais.

No Brasil vigoram dois métodos de controle de constitucionalidade: o difuso, inspirado no direito norte-americano, e o concentrado, inspirado nas cortes constitucionais européias⁴⁸.

Não podemos esquecer, ainda, do controle prévio que é realizado pelo Poder Legislativo, por meio de comissões técnicas. Neste sistema ocorre ainda um segundo controle prévio, feito pelo órgão sancionador, o qual dispõe da faculdade de vetar o projeto por inconstitucionalidade. Além dessas modalidades de controle prévio

⁴⁸ A Constituição Política do Império conferia competência ao Poder Legislativo para exercer o controle da constitucionalidade, em seu art. 15, inciso IX.

A consagração do Poder Judiciário como guardião da constitucionalidade dos atos emanados dos outros Poderes deu-se na Constituição Republicana de 1.891, que conferiu competência ao Supremo Tribunal Federal para julgar recurso contra decisão de tribunal estadual que questionasse a validade ou aplicação de tratados e leis federais e à Justiça Federal para julgar ações nas quais houvesse discussão sobre matéria constitucional em seus arts. 59 e 60.

encontramos a negativa de seguimento do projeto pelo Presidente da Casa Legislativa e o mandado de segurança impetrado contra irregularidade do processo legislativo

Entretanto, para nosso estudo, o controle “*a posteriori*” reveste-se de maior importância.

O controle difuso efetiva-se por meio de declarações incidentais em quaisquer ações, proferida por juízos monocráticos ou colegiados⁴⁹ de qualquer jurisdição do País, com efeito apenas *inter partes*, a argüição da inconstitucionalidade da lei realizada pela parte é sempre, neste tipo de controle, *incidenter tantum* e constitui questão prejudicial, não fazendo coisa julgada material, nos termos do que dispõe o art. 469, III, do CPC).

Por não fazer coisa julgada não tem o condão de declarar a nulidade ou anular a lei inconstitucional, podendo o Senado Federal simplesmente suspender sua eficácia nos termos do art. 52, X, da CF.

Esse tipo de controle decorre do princípio do livre convencimento do juiz, há autonomia na decisão, ao juiz é conferida liberdade para dar a determinado litígio a solução que lhe pareça mais adequada, conforme seu convencimento, dentro dos limites impostos pela lei e pela Constituição, e motivando sua decisão. Além disso, os órgãos jurisdicionais colegiados só poderão declarar a inconstitucionalidade das leis e atos normativos pela maioria absoluta dos votos do Plenário.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes* em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou de argüição de descumprimento de preceito fundamental⁵⁰.

⁴⁹ Nessa hipótese, ainda que os efeitos não se dêem tão somente para aqueles que são partes no processo levado a Plenário, os efeitos ficam restritos às partes que têm recurso pendente junto ao Tribunal.

⁵⁰ Não será tratada a hipótese de descumprimento de preceito fundamental nesse estudo, em razão do âmbito restrito e porque as ações declaratórias, principalmente a de inconstitucionalidade, reveste-se de maior importância para os casos que versam sobre os tributos.

Anteriormente à Constituição Federal de 1988, o controle concentrado da constitucionalidade era efetuado por provocação do Procurador-Geral da República que, por meio de representação, requeria ao Supremo Tribunal Federal que declarasse inconstitucional o ato ou norma questionada. Com a promulgação da atual Constituição foi instituído o controle concentrado por meio de ação.

A alínea “a”, do inciso I, do art. 102, da CF/88 confere competência originária ao Supremo Tribunal Federal para julgar a ação direta de inconstitucionalidade. Além de originária, essa competência é exclusiva, uma vez que não existe na hierarquia do Poder Judiciário nenhum outro órgão competente para revisar as decisões proferidas pela Corte Suprema acerca de questões constitucionais, por força do *caput* desse art. 102⁵¹..

Os dois sistemas de controle de constitucionalidade convivem paralelamente. A atual constituição manteve a tradição brasileira híbrida do controle de constitucionalidade, representado pela utilização simultânea dos métodos difuso e concentrado, bem como a competência do Senado Federal para suspender a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (art. 52, inciso X, CF/88).

⁵¹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...).”

“Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa da Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º. O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade [...]

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

As ações diretas de inconstitucionalidade têm parte de seu procedimento regulado pela Constituição⁵², parte pelo Código de Processo Civil⁵³, Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como especificamente a Lei nº 9.868/99, que regula a matéria.

4.1 Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade e da Declaração de Constitucionalidade

Se a declaração de inconstitucionalidade pelo sistema concentrado ocorre por meio de ação, existe prestação jurisdicional, por meio da qual o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de um texto legal, mas não revoga esse ato normativo, apenas declara que o mesmo não pode produzir efeitos juridicamente válidos⁵⁴.

A norma inconstitucional, em nosso sistema, só é revogada por meio de ato daquele que proferiu o texto inválido. Isso decorre do princípio da separação dos poderes, que são isonômicos e sem hierarquia entre eles, expresso no art. 2º, da Constituição Federal⁵⁵. O Supremo Tribunal Federal não possui competência para

⁵² Competência para julgamento: exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea a); natureza jurídica de ação (art. 102, inciso I, alínea a); objeto: lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, inciso I, alínea a); sujeitos ativos: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesas das Assembléias Legislativas, Governadores de Estado, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, e confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, incisos I a IX); substituto da parte passiva: Advogado-Geral da União (art. 103, parágrafo 3º); citação (art. 103, parágrafo 3º); função de *custus legis* (art. 103, parágrafo 1º) do Ministério Público; efeito *Oerga omnes* (art. 102, parágrafo 2º); intimação do Poder ou órgão administrativo competente para adotar as providências necessárias para sanar a omissão (art. 103, parágrafo 2º); competência para apreciar pedido cautelar: exclusiva do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea p); competência para suspender a execução de lei federal declarada inconstitucional: Senado Federal (art. 52, inciso X).

⁵³ Do Código de Processo Civil são aplicáveis, entre outras, as disposições relativas aos deveres das partes, de seus procuradores e dos magistrados; devem ser observadas as causas de impedimento do inciso IV do art. 134; as causas de suspeição do art. 135, incisos IV ou parágrafo único; as normas sobre auxiliares da justiça; acerca dos atos processuais; da produção de provas etc.

⁵⁴ Inclusive quanto aos efeitos revogatórios da norma inconstitucional. Se a norma inconstitucional não produz efeitos jurídicos válidos, também é ineficaz qualquer dispositivo seu que determine a revogação de outras normas, bem como passa a não ocorrer eventual revogação tácita.

⁵⁵ “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

revogar normas jurídicas, sua competência é para declará-las inconstitucionais e negar-lhes eficácia.

Buzaid (1958, p. 125).já defendia o caráter de ação constitutiva negativa da declaração concentrada de inconstitucionalidade afirmando que:

“A declaração de inconstitucionalidade importa declaração de nulidade da lei ou do ato. Mas em torno do conceito de nulidade pairam confusões introduzidas pelos pandectistas, que nem sempre se resguardavam de insinuar, na exposição do direito romano, conceitos que eram o fruto de convicções filosóficas ou teóricas, posteriores aos tempos romanos. O ‘nec ullus’ do romano ‘não existe’; o nulo do jurista contemporâneo existe, mas anormalmente existe, nulamente é. Daí poder haver o nulo com todos ou algum efeito e não haver o inexistente com efeito; o que não existe não tem qualquer efeito; o nada nada produz. Nenhum jurista confunde os três planos: - o da existência; o da validade; e o da eficácia. A eficácia supõe o ser. Se há lei, claro que é ‘quaestio iuris praeiudicialis’ se ela vale ou não vale; a lei somente não vale se ofende a Constituição. Tal ‘quaestio iuris praeiudicialis’ é de constituição negativa. Portanto, a ação declaratória de inconstitucionalidade é constitutiva negativa”

Em outro sentido, a posição apresentada por Ferraz Junior (1991, p. 193) em análise da idéia trazida por Kelsen da impossibilidade jurídica de normas inválidas, isto é, da presunção de constitucionalidade das normas:

“Provavelmente o que a doutrina dogmática quer exprimir com o conceito de inexistência é a invalidade da norma, mas uma forma especial de invalidade: aquela que ocorre em todos os momentos necessários para completar a sua inserção no sistema. A norma inexistente é aquela que, por pressuposto, foi posta com a intenção subjetiva de valer mas que, por um vício gravíssimo, não se considera objetivamente como válida em nenhum momento. Entende-se, por isso, a objeção de Kelsen: se nunca existiu, nunca foi válida; se nunca foi válida não há que se falar de norma (invalidade = inexistência de norma). No entanto o conceito é, na prática, importante, pois a dogmática sente a necessidade de qualificar certas prescrições que são postas e adquirem a aparência de normas, com um cuidado especial”.

No Sistema Jurídico brasileiro, a revogação das leis só pode ocorrer por meio de outra lei posterior que expressamente o declare, quando seja incompatível com a lei revogada ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior⁵⁶, isto é, a revogação das leis só pode ocorrer por ato emanado do mesmo poder e do mesmo órgão que as proferiu e que, portanto, detém a competência constitucional para legislar por.

⁵⁶ art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil

O parágrafo único do art. 59, da Constituição Federal, por sua vez, determina que: “lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis”. Essa lei complementar é a 95, de 26 de fevereiro de 1998, que regula o mecanismo de revogação das leis e nesta norma não há qualquer dispositivo que visou à revogação do 2º da LICC, nem expressa, nem tacitamente.

O art. 9º, da LC nº 95/98 estabelece que a cláusula de revogação deve indicar expressamente as leis ou disposições legais revogadas, prevendo como hipótese, no inciso II, do art. 12, a revogação como alteração de lei⁵⁷.

Assim, no Brasil, uma lei só pode ser revogada por outra lei, isto é, ato normativo produzido pela mesma autoridade competente, não se inserindo nesse conceito as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ainda que sejam normas, gerais e concretas, estas foram produzidas por autoridades competentes, mas que não são aquelas do Legislativo.

Ademais, há de se considerar que a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo implica na revigoração daqueles dispositivos legais que foram revogados pela norma inconstitucional, independentemente de qualquer declaração do Supremo Tribunal Federal. Esse efeito da declaração de inconstitucionalidade decorre justamente do fato de serem nulos os comandos que não tenham validade constitucional, incluindo-se nessa nulidade eventuais revogações, expressas ou tácitas.

Ora, se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado, tivesse natureza de norma revogadora, não seria admissível o restabelecimento da eficácia de leis revogadas pelo texto inconstitucional, já que a reprecinação não é admitida como regra geral pelo nosso sistema jurídico, nos termos do art. 2º, parágrafo 3º, da Lei de Introdução ao Código

⁵⁷ Essa norma é vigente. No entanto, sua eficácia não tem sido plena, em razão da publicação de inúmeras normas revogadoras que não citam os dispositivos revogados.

Civil⁵⁸. Para haver a represtinação, é necessário que haja disposição legal expressa, o que não ocorre nos acórdãos proferidos em sede de ação direta.

Com efeito, o art. 102, inciso I, alínea a, da Constituição, confere competência ao Supremo Tribunal Federal apenas para julgar a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Não há referência alguma quanto ao poder de revogar a norma declarada inconstitucional, até porque, se existisse, essa norma violaria o princípio da separação dos poderes, cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso III.

Por esse motivo, as decisões proferidas nas ações declaratórias de constitucionalidade⁵⁹, têm eficácia contra todos e produzem efeito vinculante apenas para o Poder Judiciário e para o Poder Executivo, conforme o parágrafo 2º, do art. 102, da CF. Esta disposição também é aplicável às declarações de inconstitucionalidade em ação direta por força do parágrafo único, do art. 28, da Lei nº 9.868/99.

Ora, se a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade tivesse a capacidade de revogar a norma declarada inconstitucional, expurgando-a completamente do Ordenamento Jurídico, não haveria necessidade de que esse julgamento possuísse efeitos *erga omnes* e vinculante.

O que ocorre é que a declaração de inconstitucionalidade tem o poder de negar eficácia à regra inconstitucional, determinando a suspensão de seus efeitos sempre que o amparo jurisdicional for buscado pela sociedade. E suspensão não se confunde com revogação, pois esta fulmina a existência enquanto a primeira apenas barra a produção concreta de efeitos.

Assim, a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre inconstitucionalidade de um texto legal não é suficiente para revogá-lo, sendo

⁵⁸ “Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. (...) §3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

⁵⁹ Essa ação não era prevista na redação original da Constituição. Foi introduzida pelo legislador constituinte derivado por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993.

necessária para tanto a edição da apropriada lei revogadora. Para uma norma inconstitucional ser definitivamente expulsa do ordenamento jurídico, é necessário um ato legislativo revogador. Este ato pode ser espontâneo, quando a própria autoridade pública reconhece a invalidade do texto normativo, ou pode ser provocado, por meio de decisão do Poder Judiciário.

O órgão que proferiu norma inconstitucional pode excluí-la do ordenamento por meio de texto normativo posterior determinando a suspensão de sua execução ou revogando-a expressamente. Todavia, como observado por Mendes (1999), nenhum órgão do Poder Legislativo ou do Poder Executivo tem competência, mesmo que por ato normativo, para declarar a inconstitucionalidade da norma viciada, pois esta competência é exclusiva do Poder Judiciário⁶⁰.

Isto tudo significa, em síntese, que aos Poderes Legislativo e Executivo a Constituição Federal de 1988 conferiu a competência de produzir e revogar normas; ao Poder Judiciário, via de regra, foi outorgada a competência para julgar os aspectos constitucionais daquelas normas e, se for o caso, negar-lhes eficácia.

Nas ações diretas de inconstitucionalidade o litígio nasce do interesse da sociedade, público e indisponível, de averiguação da validade constitucional do texto normativo, e da resistência a esse interesse, por meio da obrigatória defesa da norma questionada.

A causa decorre do interesse em decidir a questão em sede de controle concentrado para dirimir os conflitos sociais individuais e concretos envolvendo a norma; obtendo-se uma decisão definitiva, não passível de recursos, com efeitos *erga omnes*, que são alguns dos elementos essenciais que diferenciam o controle de constitucionalidade concentrado do difuso.

⁶⁰ Gilmar Ferreira Mendes relata que “fixou o Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade não poderá ser levada a efeito mediante a utilização de ato normativo” (1999, p. 328)

A ação direta de inconstitucionalidade possui natureza processual de ação declaratória em sentido estrito. O que na lição de Grinover (1972, p. 49) significa ter igual objetivo das ações condenatórias e constitutivas: a declaração de um estado jurídico, no caso a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade, visando à composição de um conflito de interesses de índole constitucional.

Por meio da ação direta de inconstitucionalidade busca-se manter a harmonia do sistema constitucional para que normas produzidas em desrespeito aos parâmetros constitucionais não produzam efeitos, contaminando o sistema. É a aplicação do princípio da supremacia das normas constitucionais. (BASTOS, 1999, p. 399)

Em última análise, o fim pretendido com a propositura da ação declaratória de inconstitucionalidade é a de garantir eficácia ao princípio da segurança jurídica, na medida em que os cidadãos devem somente obediência às normas que seguem as regras do ordenamento, contidas na Constituição Federal.

Para finalizar, é necessário ressaltar que os textos normativos estaduais que ofendem as determinações das respectivas constituições estaduais não são julgados em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Sua constitucionalidade pode ser questionada por meio de controle difuso, ou seja, todos os juizes da justiça estadual são competentes para apreciar a questão nos casos individuais e concretos, sendo que seu julgamento terá efeito limitado às partes em litígio. Se a constituição estadual, por sua vez, prever a ação direta de inconstitucionalidade para discutir ofensa às suas determinações⁶¹, então também é possível obter um controle concentrado da questão, propondo a ação perante o tribunal de justiça estadual. Nessa hipótese, as decisões do tribunal de justiça local terão efeito *erga omnes*.

⁶¹ Constituição Federal de 1988: “Art. 125. Os estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...] § 2º Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

4.2 Efeitos da concessão, da negação e da revogação da medida cautelar

Os efeitos genéricos da medida cautelar são “erga omnes” e “ex nunc”⁶², isto é, todos aqueles que estão sujeitos ao ordenamento jurídico brasileiro ficam obrigados a cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal, a partir do momento em que for publicada a decisão de sua concessão.

Na hipótese de concessão da medida cautelar, é aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário. Essa disposição revela a suspensão da eficácia da norma objeto da ação visa ao controle concentrado da constitucionalidade.

A Lei nº 9.868/99 permite, ainda, que seja concedida eficácia retroativa à medida cautelar, isto é, efeitos *ex tunc*. Esse dispositivo, todavia, deve ter aplicação restrita em razão da presunção de constitucionalidade da norma impugnada até seu julgamento definitivo pelo Supremo Tribunal Federal. Essa é a lição de Michel Temer, “a concessão de liminar, no caso, é exceção ao princípio segundo o qual os atos normativos são presumidamente constitucionais. Sendo excepcional, a sua interpretação é restritiva. A regra é a não-invalidação *a priori* do texto normativo” (TEMER, 2007, p. 50):

Outro aspecto a ser abordado é a posterior revogação de medida cautelar concedida e da consequência de seus efeitos no tempo em que foi válida. A revogação de medida cautelar, concedida em sede de ação direta, ocorre na hipótese de o Plenário do Tribunal não referendar a concessão realizado por seu presidente, no período de férias forenses, ou nos casos em que a ação direta é julgada improcedente ou prejudicada.

⁶² Existe, todavia, a possibilidade de excepcionalmente ser conferida eficácia *ex tunc* ao provimento cautelar. Nesse sentido foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal ao julgar a ação direta 2661/MA, relatada pelo Ministro Celso de Mello, conforme acórdão publicado pela Imprensa Oficial em 23 de agosto de 2002, p. 70 do DJU I.

O Ministro Marco Aurélio manifestou o entendimento de que a medida cautelar é deferida em caráter precário e fica “subordinada a uma condição resolutiva, ou seja, quer o prejuízo da ação direta de inconstitucionalidade, quer a improcedência do pedido inicial. Frise-se que, em se tratando de controle concentrado, não há como se levar em conta as relações apanhadas pela concessão da liminar. O afastamento desta, de resto, importou na existência de efeitos do ato normativo suspenso”.⁶³

Isso significa que na revogação da liminar seus efeitos perdem a validade, tornando-se legítima a produção de efeitos do ato normativo que foi objeto da ação direta.

A concessão de medida cautelar em ação direta sobre matéria tributária implica repercussões financeiras. Se for deferido o pedido liminar, determinando-se a suspensão da eficácia da norma, o Poder Público se virá privado de receitas. Ao contrário, se a medida for negada, os contribuintes deverão continuar a recolher o tributo envolvido na questão constitucional.

Com efeito, permitir que continue a ser arrecadado um tributo flagrantemente inconstitucional vai implicar, ao final da ação, inúmeras ações de repetição do indébito ou até mesmo ações rescisórias, onerando os cofres públicos com juros de mora, custas judiciais e condenações em honorários advocatícios. Por outro lado, conceder liminar determinando a suspensão de norma tributária, que posteriormente venha a ser julgada constitucional, vai provocar prejuízo ao Fisco e aos contribuintes, dos quais poderá ser cobrada a exação dos períodos nos quais vigorou a medida cautelar.

No que se refere especificamente à ação rescisória, entendo que a concessão de medida liminar não só autoriza a propositura da ação por violação à literal dispositivo de lei – já que nesses casos, o Supremo Tribunal Federal sinaliza a inconstitucionalidade da norma – como também visa a preservar a decadência do direito de propor referida ação.

⁶³ ADI 1154 ED/DF, Rel. Min. Maurício Correa, Pleno do STF, DJU I de 06/06/97, p. 24.880.

4.3 Extensão do julgamento e suas conseqüências

Como já visto, o pedido realizado na ação irá determinar a amplitude da coisa julgada.

Buzaid (1958, p. 130) afirma que:

“Se toda a doutrina da inconstitucionalidade se funda na antinomia entre a lei e a Constituição, e se a solução adotada se baseia no princípio da supremacia da Constituição sobre a lei ordinária, atribuir a esta uma eficácia transitória, enquanto não fulminada pela sentença judicial, equivale a negar durante esse tempo a autoridade da Constituição. [...] Uma lei não pode, a um tempo, ser e deixar de ser válida. As leis inconstitucionais não recebem um tratamento diverso. Porém, até o julgamento pelo tribunal, elas são executórias, embora inválidas. [...] Lei inconstitucional é, portanto, lei inválida, lei absolutamente nula. A sentença, que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente declaratória, não predominantemente constitutiva. A nulidade fere-a ab initio”.

Já Ferraz Junior (1991, p. 195) entende existir uma distinção entre validade e vigência da norma. Para ele inválido é tão somente o ato inexistente. O ato nulo que é promulgado e entra no sistema jurídico é válido, mas não produz efeitos juridicamente aceitos:

“A nulidade significa que o ato produtor é reconhecido pelo sistema; a norma, em princípio, entra no sistema, mas por um defeito de produção tem desconsiderada sua vigência desde o momento de sua promulgação, sendo nulos (*ex tunc*) todos os seus efeitos”.

Assim, a decisão transitada em julgado em ações diretas tem tradicionalmente efeito *ex tunc*, isto é, desde a vigência da norma declarada inconstitucional.

Entretanto, em que pese o posicionamento doutrinário, no decorrer dos julgamentos dessas ações, verificou-se que a declaração de nulidade da norma, e de seus efeitos, desde o início de sua vigência pode, em algumas situações, criar um ambiente de insegurança jurídica, em razão disso, o Supremo Tribunal Federal foi

autorizado a conferir eficácia *ex nunc* ou *pro futuro* às declarações de inconstitucionalidade, que adiante serão melhor analisadas.

Essa situação de manutenção de alguns efeitos de atos jurídicos nulos, é tratada pela doutrina civilista, Pereira (1993, , p. 444), por exemplo, assevera que:

“O ato nulo de pleno direito é frustrado nos seus resultados, nenhum efeito produzindo: ‘quod nullum est nullum producit effectum’. Quando se diz, contudo, que é destituído de efeitos, quer-se referir aos que normalmente lhe pertencem, pois que às vezes algumas conseqüências dele emanam, como é o caso do casamento putativo; outras vezes, há efeitos indiretos, como se dá com o negócio jurídico translático do domínio, que, anulado, é inábil à sua transmissão, mas vale não obstante como causa justificativa da posse; outras vezes, ainda, ocorre o aproveitamento do ato para outro fim, com e.g., a nulidade do instrumento que deixa subsistir a obrigação. Em outros casos, o ato nulo produz alguns efeitos do válido, como é, no direito processual, a citação nula por incompetência do juiz, que é apta a interromper a prescrição e constituir o devedor em mora, tal qual a válida (Código de Processo Civil, de 1.973, art. 219)”.

Em casos especiais, podem ser resguardados alguns direitos decorrentes do ato nulo.

Esses mesmos efeitos podem ser resguardados nas decisões em controle concentrado de inconstitucionalidade. Não é porque se declarou nulo determinado ato legislativo que os efeitos desse ato não podem ser considerados pelo juiz. O ato é nulo porque não encontra fundamento de validade no sistema, mas se se entender que as conseqüências usuais serão mais prejudiciais que aquelas da manutenção de ato sem fundamento de validade, é função desse sistema preservar alguns efeitos.

No entanto, a regra geral continua a ser a de a declaração de inconstitucionalidade gerar efeitos *ex tunc*, admitindo-se as demais possibilidades apenas em casos especiais.

A nulidade de um ato normativo inconstitucional declarada em ação direta é decorrência da incongruência lógica da norma inválida com o sistema constitucional, não é sanção, razão pela qual há a possibilidade de que um texto

normativo declarado inconstitucional, nulo perante o ordenamento jurídico, em situações excepcionais possa ter seus efeitos reconhecidos como eficazes por determinado período de tempo.

Por outro lado, há doutrinadores que defendem a natureza jurídica de norma revogadora do ato impugnado da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade, concluindo pela eficácia constitutiva negativa dessa decisão. :

Todavia, essa teoria não se adequou ao sistema de controle de constitucionalidade, em razão da tripartição das funções do poder, a decisão do Supremo Tribunal Federal que julga um ato normativo incompatível com a Constituição tem efeitos exclusivamente declaratórios. A competência para revogar esse ato é atribuída aos legisladores que editaram o texto normativo declarado inconstitucional em sede de controle concentrado.

Sobre o julgamento da inconstitucionalidade de uma norma, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, Ferraz Junior (1991, p. 195), observa que:

“sobrevindo a declaração de sua nulidade, esta declaração pode ter um efeito revogador e a norma sai do sistema, embora, por vezes, a declaração não tenha esse efeito, como é o caso da declaração de inconstitucionalidade em certos sistemas: a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem sua eficácia suspensa pelo Senado e devendo ser revogada por ato da autoridade que a promulgou”.

Em harmonia com essa sistemática, o art. 23 da Lei nº 9.868/99 determina que “efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada”.

Essa declaração de inconstitucionalidade, na lição de Meirelles (2000, p. 311), pode ter diversas extensões. Isso acontece porque muitas vezes o objeto da ação direta é um ato normativo complexo, integrado por diversos dispositivos - por exemplo, uma lei complementar, leis ordinárias, decretos etc. Entretanto, algumas partes do ato impugnado podem conter vícios enquanto outras podem estar perfeitamente adequadas aos comandos da Constituição Federal.

Aqui demonstra-se muito eficiente a divisão conceitual entre norma, enunciado prescritivo, proposição, texto.

O Supremo Tribunal Federal pode declarar o ato normativo integralmente inconstitucional nos casos em que existe vício formal na produção legislativa e também quando o dispositivo inconstitucional é o mandamento principal da lei que o contém. Nessas hipóteses todo o veículo introdutor⁶⁴ é declarado inconstitucional.

Outrossim, a declaração de inconstitucionalidade pode ser parcial. Se a norma viciada não comprometer os dispositivos de outras partes da lei, que não são dependentes do ato inconstitucional, então deve ser declarada a inconstitucionalidade apenas da parte viciada, reconhecendo-se a validade das demais normas que compõem a lei.

Existe, ainda, a possibilidade de ser declarada parcialmente a inconstitucionalidade sem redução de texto; o que significa que a lei pode ser considerada inconstitucional em relação a determinada situação jurídica, mas em conformidade com o texto constitucional para outras situações jurídicas.

Aqui é importante analisar na decisão se o que se declara inconstitucional é norma ou enunciado prescritivo e quais as conseqüências.

Sendo declarada a inconstitucionalidade do ato que foi objeto da ação direta, esta será julgada procedente, nos termos do art. 24 da Lei nº 9.868/99. Se a norma impugnada, porém, for confirmada como constitucional, então a ação direta será julgada improcedente.

Em razão da simetria com a ação declaratória de constitucionalidade, teremos o contrário do acima exposto: se confirmada a constitucionalidade, o julgamento é de procedência do pedido.

⁶⁴ Por conseqüência, todas as normas que podem ser extraídas deste texto introduzido pelo veículo que foi declarado constitucional.

Por fim, após o julgamento, o requerido - autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato que teve sua validade questionada - deve ser comunicado sobre o conteúdo da decisão do Supremo Tribunal Federal, conforme disposto pelo art. 25 da Lei nº 9.868/99.

O legislador deste texto normativo, ao afirmar enfaticamente que no processo da ação direta o julgamento de procedência ou de improcedência está restrito exclusivamente à proclamação ou não de inconstitucionalidade, define de modo incontestado que a natureza jurídica dessa decisão é declaratória.

Essa sistemática instituída pela Constituição Federal e regulada pela Lei nº 9.868/99, leva à conclusão de que o controle da constitucionalidade tem viés político e preserva a independência dos Poderes já que tanto o Supremo Tribunal Federal como o Senado Federal vão participar do processo de expulsão da norma inconstitucional. (TEMER, 2007, p. 49).

4.3.1. Efeito *ex tunc*

O art. 27 da Lei nº 9.868/99 dispõe sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade determinando que ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Repare-se que não podem ser limitados os efeitos da declaração de constitucionalidade já que decorre da lógica do sistema essa presunção de validade das normas, bem como a consequência o ato que é declarado em conformidade com o sistema é o de sempre ter produzidos os seus regulares efeitos.

Como se percebe, essa norma trata apenas dos casos excepcionais em que à declaração de inconstitucionalidade possam ser concedidos efeitos *ex nunc* e *pro futuro*, não se refere expressamente ao efeito ordinário dessa decisão.

Todavia, no ordenamento constitucional brasileiro, tradicionalmente, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma jurídica tem efeito *ex tunc*, o texto normativo é julgado nulo e, portanto, considera-se que nunca teve validade, sendo todos seus efeitos, desde a data em que entrou em vigor, considerados inexistentes.

Razão pela qual outra interpretação não resta a ser dada ao art. 27., a não ser que, excetuados os casos de segurança jurídica ou de interesse social em que os efeitos da sentença podem ser restringidos, nos demais casos os efeitos serão *ex tunc*, isto é, não se admite os efeitos produzidos pelo ato normativo inconstitucional desde a sua entrada em vigor.

Isso decorre do modelo teórico adotado em que há hierarquia das leis, os dispositivos constitucionais devem ser respeitados pelas normas inferiores, como requisito fundamental de sua validade⁶⁵. Se houver incompatibilidade entre o texto infra-constitucional e a Constituição, esse não tem condições de existência e todos os efeitos eventualmente produzidos devem ser reparados desde a sua edição.

Destarte, a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos retroativos. Todos os atos jurídicos realizados com fundamento no ato jurídico inconstitucional

⁶⁵ Kelsen (1984, P. 268), ao analisar o fundamento de validade de uma ordem normativa, ensina: “O fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários. Apenas uma autoridade competente pode estabelecer normas válidas; e uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas. A esta norma se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada de poder legislativo como os indivíduos que devem obediência às normas por ela fixadas. [...] Uma tal norma, pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). [...] A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. [...] É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.

devem ser desfeitos e, dentro do possível, as relações jurídicas devem voltar ao seu *status quo* anterior. Já se a ação direta for julgada improcedente, estará sendo declarada a constitucionalidade da norma que foi impugnada, repercutindo nas demais relações do sistema.

4.3.2 Efeitos *ex nunc* e *pro futuro*

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, provavelmente em decorrência do grande número de ações diretas de inconstitucionalidade e do impacto nas relações jurídicas, passou a considerar a possibilidade de conferir outros efeitos às decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, tudo isso em conformidade com a autorização dada pelo direito positivo.

Pode-se perceber esse posicionamento no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, na ADI 1102/95:

“em tese, favorável a que, com todos os temperamentos e contrafortes possíveis e para situações absolutamente excepcionais, se permita a ruptura do dogma da nulidade *ex radice* da lei inconstitucional, facultando-se ao Tribunal protrair o início da eficácia *erga omnes* da declaração. Mas, como aqui já se advertiu, essa solução, se generalizada, traz também o grande perigo de estimular a inconstitucionalidade”.

O artigo 27 da Lei nº 9.868/99 positivou essa interpretação ao permitir como exceção à regra geral que sejam conferidos outros efeitos à declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado. Efeitos esses que não são aqueles que correspondem à nulidade das normas declaradas inconstitucionais desde o seu nascimento.

Destarte, a concessão de efeitos *ex tunc* à declaração de constitucionalidade no controle concentrado é regra geral mas, em razão do artigo 27, podem ser conferidos efeitos *ex nunc*, isto é, a declaração de inconstitucionalidade só produzirá efeitos após o julgamento da ação. A inovação ainda implica a conferência de

poder ao Supremo Tribunal Federal para modular esses efeitos, determinando o termo inicial da eficácia da decisão *pro futuro*.⁶⁶.

4.3.3 Efeito *erga omnes*

A lei uma vez declarada inconstitucional perde sua eficácia geral, isto é, para todos aqueles que poderiam se sujeitar à sua incidência. Esse conceito está delineado no parágrafo único, do art. 28, da Lei nº 9.868/99. Além disso, referido dispositivo estabelece o efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

Ter efeito *erga omnes* significa que qualquer dos jurisdicionados que se veja compelido a agir, ou que agiu, conforme ato normativo declarado inconstitucional pela via do controle concentrado, pode ajuizar ação contra o ato ilegal. Na ação não mais se discutirá a inconstitucionalidade da norma, mas a proteção aos direitos do jurisdicionado de não ser submetido aos seus termos. Ademais, qualquer dos jurisdicionados, ainda que não tenha proposto ação para afastar a norma inconstitucional, será pela decisão beneficiado.

Para Silva (2000, p. 57):

⁶⁶ Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 264, 267 e 271) pondera que: “Tanto o poder do juiz de negar aplicação à lei inconstitucional quanto a faculdade assegurada ao indivíduo de negar observância à lei inconstitucional demonstram que o constituinte pressupôs a nulidade da lei inconstitucional. [...] Essa orientação não obsta que se admita o desenvolvimento de fórmulas intermediárias entre a nulidade e a simples declaração de constitucionalidade, tanto com fundamento na necessidade de uma nova forma de censura para atender os casos especiais (v.g., omissão inconstitucional), quanto com base em um dos princípios fundamentais do Estado de direito, a idéia de segurança jurídica. [...] Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis conseqüências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de proteção de cidadãos singulares. [...] A verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidoso, é também em regra - embora não sempre - um resultado juridicamente errado. [...] Dessa forma, ao lado da ortodoxa declaração de nulidade, há de reconhecer a possibilidade de o Supremo Tribunal, em casos excepcionais, mediante decisão da maioria qualificada (dois terços dos votos), estabelecer limites aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, proferindo a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc* e *pro futuro*, especialmente naqueles casos em que a declaração de nulidade se mostre inadequada (v.g., lesão positiva ao princípio da isonomia) ou nas hipóteses em que a lacuna resultante da declaração de nulidade possa dar ensejo ao surgimento de uma situação ainda mais afastada da vontade constitucional”.

“a sentença aí faz coisa julgada material, que vincula as autoridades aplicadoras da lei, que não poderão mais dar-lhe execução sob pena de arrostar a eficácia da coisa julgada, uma vez que a declaração de inconstitucionalidade em tese visa precisamente atingir o efeito imediato de retirar a aplicabilidade da lei. Se não fosse assim, seria praticamente inútil a previsão constitucional de ação direta de inconstitucionalidade genérica”.

Esse efeito é muito importante porque vincula todo e qualquer processo, impedindo a ocorrência de decisões, via controle difuso, em sentido contrário daquela dada em sede de controle concentrado. Esse efeito representa a solução definitiva – já que nos termos da legislação não cabe rescisória, como já visto neste trabalho - e única para a questão constitucional.

Meirelles (2000, p. 339) faz importante advertência quanto à eficácia *erga omnes* no sentido de apontar a questão da imutabilidade de certas situações por não mais serem possíveis qualquer tipo de impugnação:

“Os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade. Em outros termos, somente serão afetados pela declaração de inconstitucionalidade com eficácia geral os atos ainda suscetíveis de revisão ou impugnação. Importa, portanto, assinalar que a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade não opera uma depuração total do ordenamento jurídico. Ela cria, porém, condições para a eliminação dos atos singulares suscetíveis de revisão ou de impugnação”.

Com efeito, os atos praticados sob a égide de norma declarada inconstitucional podem continuar a serem eficazes se a parte lesada não requerer a desconstituição de seus efeitos dentro do prazo prescricional ou decadencial. Entretanto, essa idéia não corresponde a eventual inexistência do efeito *erga omnes* da decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, apenas é consequência da inércia do interessado em fazer valer seu direito.

Entretanto, diferentemente do que já afirmou a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que ao analisar os dispositivos do Código Tributário Nacional, entendeu que a declaração de inconstitucionalidade em sede de ação direta confere aos contribuintes o prazo de cinco anos, contados a partir dessa decisão do Supremo Tribunal Federal, para requerer a devolução de quantias indevidamente

recolhidas aos cofres públicos⁶⁷, isto é, haveria alteração do termo inicial do prazo do prazo prescricional, em razão dos pressupostos adotados nesse trabalho, não se pode concordar com essa posição.

Além dos contribuintes estarem sujeitos ao prazo prescricional contado quer da data da extinção do crédito tributário; quer na data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória, também o Poder Público se sujeita aos prazos decadenciais de constituição do crédito tributário ou prescricional para cobrança de crédito já constituído, no caso de declaração de constitucionalidade.

Por último, como visto, essa decisão também não tem o condão de alterar o prazo para a propositura da ação rescisória, mudando o termo inicial.

4.3.4 Efeito vinculante

A disposição contida no art. 28 da Lei nº 9.868/99 determina que as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta terão efeito vinculante em relação aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo.

Essa disposição significa que a declaração de inconstitucionalidade deve ser acatada independentemente da propositura de ação para resguardar os direitos individuais e concretos dos cidadãos.

⁶⁷“A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que o prazo prescricional inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a exação (REsp 69233/RN, Rel. Min. César Ásfor; REsp 68292-4/SC, Rel. Min. Pádua Ribeiro; REsp 75006/PR, Rel. Min. Pádua Ribeiro). 2. A decisão do colendo STF, proferida no RE nº 148754/RJ, que declarou inconstitucional os Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, de 1.988, foi publicada no DJ de 04/03/1.994. Perfazendo o lapso de 5 (cinco) anos para efetivar-se a prescrição, seu término se deu em 03/03/1.999. In casu, a pretensão da parte autora não se encontra atingida pela prescrição, pois a ação foi ajuizada em 27/11/1.997” (EARESP 437843/SP, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma do STJ, DJU I de 09/12/2.002, p. 300) e “O prazo quinquenal para a repetição ou compensação das quantias recebidas a título de contribuição previdenciária relativa aos valores pagos como remuneração a administradores, autônomos e avulsos somente deve ser contado a partir de 16/10/95, data da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.102/DF” (EDAG 308419/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, 2ª Turma do STJ, DJU I de 11/06/2.001, p. 191).

No que se refere aos demais órgãos do Poder Judiciário, esse efeito consiste no impedimento dos juízes, em cada caso concreto de exercer o controle difuso de constitucionalidade, limitando a autonomia e o princípio do livre convencimento.

Sobre o efeito vinculante, Meirelles (2000, p. 346) conclui que:

“proferida a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei objeto da ação declaratória, ficam os tribunais e órgãos do Poder Executivo obrigados a guardar-lhe plena obediência. Tal como acentuado, o caráter transcendente do efeito vinculante impõe que sejam considerados não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, a proposição de que determinado tipo de situação, conduta ou regulação - e não apenas aquela objeto do pronunciamento jurisdicional - é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado”.

O efeito vinculante conferido aos julgamentos de ações diretas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 28 da Lei nº 9.868/99, mas em razão da tripartição das funções do poder não obriga os legisladores a respeitarem as decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (MEIRELLES, 2000, p. 339).

O efeito vinculante é uma forma de garantir a eficácia da decisão sem que seja necessária uma outra ação determinando a aplicação do que já decidido. Entretanto, se a decisão prolatada em sede de declaração de inconstitucionalidade não for respeitada pela administração pública, cabe ajuizamento de ação ou apresentação de reclamação ao Supremo Tribunal Federal.

A sentença proferida na ação declaratória de inconstitucionalidade, como em todas as de sua espécie, apenas declara a existência ou não de um direito, mas não há condenação daquele que sucumbiu, não há carga de reparação em razão da norma inconstitucional.

Sobre esse tema, Kelsen (1984, p. 372) afirmou que:

“a responsabilidade pessoal do órgão pela legalidade da norma por ele criada não é tão notada nas relações entre Constituição e lei como nas relações entre Constituição e decreto e entre lei e decreto. A Constituição pode conferir a certos órgãos administrativos, especialmente ao governo, para, sob certos pressupostos bem determinados, editar normas jurídicas gerais na forma de decretos que se não limitem a desenvolver leis já existentes mas regulem certas matérias em vez das leis. Se o governo edita decretos destes sob outras condições que não as determinadas pela Constituição, podem ser por isso responsabilizados e punidos os membros do governo que editaram o decreto”.

A conseqüência do reconhecimento da inconstitucionalidade de uma determinada norma franqueia aos interessados requerer aos órgãos públicos competentes a defesa de seus direitos individuais, que foram lesados em decorrência da aplicação do ato normativo julgado inconstitucional.

Apenas nos casos de manutenção dos efeitos de medidas cautelares, é que por meio das ações diretas pode-se obter alguma espécie de provimento executório, que atinja direitos individuais. É o que ocorre quando uma lei instituidora de exação é declarada inconstitucional e o Supremo Tribunal Federal expressamente declare a manutenção dos efeitos de cautelar que proibiu sua cobrança dos contribuintes⁶⁸. Isso implica acabar por tornar definitivo o provimento cautelar, alterando sua natureza jurídica de gerador de tutela jurisdicional eficaz para prestador de tutela efetiva.

Ademais, essa decisão pode ser fundamento para a propositura de ações rescisórias para desconstituir decisões transitadas em julgado declarando a inconstitucionalidade de norma que posteriormente venha a ser declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal. As ações rescisórias, ademais, também podem ser utilizadas pelos contribuintes para rescindir decisões que declararam válidas exações fundadas em texto legislativo posteriormente declarado inconstitucional.

⁶⁸ Foi o que ocorreu no julgamento da ADI 939/DF, que analisou a constitucionalidade do IPMF, conforme verifica-se no acórdão proferido pelo Pleno do STF e publicado no DJU I de 18/03/94, p. 5.165.

Capítulo 5 - Efeitos da decisão prolatada na ação rescisória em face da coisa julgada e do controle de constitucionalidade

Estudados os pressupostos para a rescisão, bem como os efeitos da coisa julgada e ainda os meios de controle de constitucionalidade, falta concluir o presente estudo com os efeitos da decisão na ação rescisória.

Ressalte-se que em razão de tudo quanto exposto, a ação rescisória, com fundamento no inc. V, do art. 485, do CPC, nos casos de interpretação de dispositivo constitucional, caberá sempre que o STF determinar o sentido de uma norma, seja em última ou única instância.

A decisão que julga a rescisória procedente desfaz o ato que pôs fim ao processo em que a sentença foi proferida, o que pode tornar necessária a prolação de nova sentença, como conseqüência também são desfeitos os efeitos condenatórios⁶⁹ produzidos pela sentença rescindida. Por último, a decisão que transita em julgado na rescisória desfaz os efeitos processuais do trânsito em julgado da ação originária, retirando a imutabilidade e a indiscutibilidade daquela decisão.

O Código de Processo Civil é omissivo a respeito do tema relativo aos efeitos da decisão proferida na ação rescisória já que não há norma expressa que diga dos efeitos da decisão rescisória, em particular quanto ao seu caráter "ex nunc" ou "ex tunc".

Há apenas a disposição genérica do art. 494, segundo a qual "julgando procedente a ação, o tribunal rescindirá a sentença, proferirá, se for o caso, novo julgamento e determinará a restituição do depósito⁷⁰."

A doutrina processualista, como visto, tem como assentados alguns pontos, a saber: só é passível de ação rescisória decisão de mérito que tenha transitado

⁶⁹ Todo e qualquer efeito. Não estamos diante tão somente daqueles efeitos condenatórios típicos. Aqui se incluem efeitos declaratórios, por exemplo.

⁷⁰ O depósito é aquele realizado na inicial correspondente a 5% do valor da causa, que será revertido ao réu, na hipótese de decisão unânime contrária ao autor

em julgado e a decisão final na ação rescisória, ao rescindir o acórdão anterior, é sempre constitutiva, podendo haver outros efeitos.

Estas duas colocações poderiam levar à conclusão de que, havendo coisa julgada na primeira ação, e efeito constitutivo na segunda, os efeitos desta última se manifestariam apenas para o futuro, ficando, no aspecto tributário, os fatos geradores anteriores ao trânsito em julgado do acórdão rescisório imunes à incidência fiscal, no caso de rescisão de decisão favorável e nova decisão desfavorável. Por outro lado, se a segunda decisão for desfavorável ao fisco, também não poderiam os fatos geradores anteriores à decisão da rescisória sujeitos à incidência tributária.

Todavia, a conclusão não é esta, nem a matéria é tão simples assim.

A doutrina também reconhece unanimemente um outro ponto fundamental: na ação rescisória. Após a verificação do preenchimento das condições da ação, bem como dos demais pressupostos processuais, isto é, ultrapassadas as questões processuais propriamente ditas, há dois julgamentos sucessivos, um juízo sobre a rescisão ou não do acórdão ("iudicium rescindens"), e, caso positivo o primeiro, um possível rejuízo do mérito ("iudicium rescissorium"). Este segundo pode não ocorrer, pois, dependendo do assunto, é suficiente e necessário apenas o primeiro, como no caso do primeiro acórdão ter ferido prévia coisa julgada, hipótese em que na ação rescisória somente se rescinde aquele acórdão e nada se decide no mérito, porque este já era objeto da primitiva coisa julgada. No entanto, nos casos de rescisória por violação a literal dispositivo de lei é bem provável que ao se afastar a decisão fundada em dispositivo inconstitucional seja necessária a prolação de novo julgamento. Essas são conclusões que somente podem ser adotadas caso a caso.

A possível dualidade de juízos pode ser notada claramente no art. 494, do Código de Processo Civil.

A partir deste ponto, é necessário bem entender os efeitos da decisão, inclusive distinguindo mais especificamente o efeito constitutivo, acima referido.

Barbosa Moreira (1998, p. 187 a 190), sintetiza o entendimento que prevalece sobre a matéria. Primeiro, ao tratar da natureza do "iudicium rescindens" e no "iudicium rescissorium" afirma que:

"125. NATUREZA DAS DECISÕES NO "IUDICIUM RESCINDENS" E NO "IUDICIUM RESCISSORIUM" - No "iudicium rescindens", a decisão que julga procedente o pedido, rescindindo a sentença, é constitutiva: cria situação jurídica nova, diversa da anterior. Daí dizer a melhor doutrina, tendo em vista o "iudicium rescindens", que é constitutiva (negativa) a ação rescisória. A decisão que julga improcedente o pedido de rescisão é, naturalmente, declaratória negativa: cinge-se a declarar que inexistia o alegado direito (potestativo) à invalidação da sentença.

No "iudicium rescissorium", a decisão de mérito será declaratória, constitutiva ou condenatória, conforme o caso. Recorde-se que, rescindida a sentença, ressurgem a lide por ela composta no feito anterior. Compete em regra ao tribunal rejulgar a causa, apreciando-a nos mesmos limites em que a apreciara a sentença invalidada. Pode acontecer que a nova decisão coincida no teor (e, portanto, na natureza) com a rescindida; pode também acontecer que se revista de teor contrário: seja, v.g., condenatória, quando a outra era declaratória negativa, ou vice-versa. Não há determinação "a priori" da classe a que pertencerá a decisão no "iudicium rescissorium".

O que se extrai desse trecho é a idéia de que num primeiro momento há a decisão que julga procedente o primeiro pedido da ação rescisória e inova no ordenamento jurídico trazendo uma nova situação jurídica. Já no rejulgamento da matéria – o "*iudicium rescissorium*" – o pedido sucessivo realizado, há nova decisão de mérito que tratará, via de consequência, da lide anterior – aquela submetida anteriormente ao Poder Judiciário e que foi invalidada.

E conclui mais adiante afirmando que não há previsão no Código de Processo Civil sobre os efeitos e que é necessária a análise do direito material para a "modulação" dos efeitos desta decisão:

"126. EFEITOS DA DECISÃO DE PROCEDÊNCIA NO "IUDICIUM RESCINDENS" - A decisão que, no "iudicium rescindens", acolhe o pedido de rescisão da sentença é, como se disse, constitutiva. Ensino tradicional, muito difundido entre nós, atribui às sentenças constitutivas eficácia apenas *ex nunc*, com ressalva de expressa disposição legal em contrário. Uma vez que inexistia no Código tal disposição, ter-se-ia de concluir que a anulação da sentença, no "iudicium rescindens", embora a faça desaparecer daí em diante, não a apaga no passado. Levando o raciocínio às últimas consequências, forçoso seria convir que sempre subsiste todo e qualquer efeito da sentença rescindida, cuja produção remonte ao lapso de tempo anterior à rescisão.

Em posição diametralmente oposta, haveria de colocar-se quem tivesse por aplicáveis aqui princípios consagrados em leis substantivas com referência à anulação de atos jurídicos. Em nosso ordenamento, v.g., conforme estatui o art. 158 do Código Civil, "anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado, em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las serão indenizadas com o equivalente". Partindo de tal premissa, afirmou-se, na doutrina pátria, que "a sentença proferida na ação rescisória retroage os seus efeitos à época da sentença rescindida". Também na Alemanha, e com imensa autoridade, invocou-se ao propósito o disposto no parágrafo 142 (1a. alínea) do BGB. E, ainda hoje, é forte, na literatura processual germânica, a tendência a considerar que a decisão rescindente atua com força retrooperante ("mit rückwirkender Kraft").

As soluções radicais (eficácia "ex tunc" - eficácia só "ex nunc") seduzem pela simplicidade, mas nenhuma delas se mostra capaz, de atender satisfatoriamente, em qualquer hipótese, ao jogo de interesses contrapostos. Daí as atenuações com que os escritores habitualmente se furtam a uma aplicação muito rígida de princípios. Parece impossível resolver bem todos os problemas concretos à luz de regras apriorísticas inflexíveis. Muitas vezes ter-se-ão de levar em conta dados do direito material, como ocorrerá em tema de propriedade imobiliária com as normas concernentes ao registro e à proteção de terceiros que porventura hajam adquirido o bem antes da rescisão.

Certas proposições, contudo, podem reputar-se assentes em nossa doutrina. Assim, v.g.: subsistem os atos jurídicos praticados pelo curador, apesar de rescindida a sentença de interdição; a rescisão da sentença que decretara o desquite (hoje, separação) ou anulara o casamento não torna adulterinos os filhos havidos, no intervalo, por qualquer dos cônjuges; a da sentença de anulação do casamento invalida o segundo matrimônio porventura contraído nesse ínterim, mas, dada a boa-fé, o segundo matrimônio continuará a produzir os efeitos do casamento putativo. Os dois últimos exemplos, obviamente, perderam interesse prático em virtude das modificações do nosso ordenamento positivo, a partir da Lei n. 6.515, de 26.12.1977".

Na análise da doutrina sobre o assunto, vemos que há coincidência quanto às conclusões de Barbosa Moreira, embora haja alguma controvérsia entre os estudiosos quando da consideração de situações fáticas dadas como exemplos, ou em algumas particularidades que não afetam o essencial.

Com efeito, há concordância quanto a que:

- a sentença ou o acórdão rescindido fica desconstituído, deixando de produzir efeitos;

- pela rescisão, e em decorrência da desconstituição da sentença ou do acórdão rescindido, as partes devem voltar ao "status quo ante";

- a solução de questões intertemporais varia de caso para caso, conforme o direito substantivo aplicável.

Pontes de Miranda (1973, IV, p. 509, 512, 527, 548) afirma:

"Temos pois: a) A sentença na ação rescisória, quanto ao juízo rescindente, rompe, cinde a sentença: havia sentença; não há mais. Tôda a eficácia, que não depende de novas decisões, se opera. O que depende de nova decisão é do juízo rescisório, que pode satisfazer-se com a prova feita no processo em que se proferiu a sentença rescindenda, ou substituí-la pelo que se acolheu no juízo rescindente, ou foi produzido segundo os princípios. O juízo rescindente é que o marca."

[...]

"A ação rescisória é constitutiva negativa, como a ação de revisão criminal: tende a eliminação da sentença que passou em julgado; é ação para destruir a coisa julgada, formal das sentenças proferidas." [...]

"É erro dizer-se que ação rescisória ou revisão criminal é recurso, como falar-se de reabertura extraordinária da lide trancada pela força do caso julgado. A ação rescisória vai, exatamente, contra a força formal da coisa julgada; quebra essa muralha de eficácia formal, lá está o processado, a relação jurídica processual, que a preclusão fechara e fizera cessar; exsurge, não se reabre; o juízo rescisório não é re-instalação, mas volta à vida, ressurreição."

[...]

"Proposta a ação rescisória e sobrevindo a rescisão da segunda sentença, há a volta ao status quo, com as pertinentes restituições. Se transcorreu o prazo preclusivo sem se propor a ação rescisória da segunda sentença, tal sentença passa a ser incólume. Apenas, com ela, não se vai desfazer o que, em cumprimento da primeira sentença, se fez".

Essas idéias são reiteradas pelo autor na obra que trata especificamente da ação rescisória (PONTES DE MIRANDA, 1957, p. 273),:

"A decisão rescindente não é declarativa, mas sim constitutiva negativa. O que era de ser ou o que não era passa a ser. No momento em que passa em julgado a decisão favorável proferida na ação rescisória, a sentença que existia deixou de existir. Nenhum efeito da sentença rescindida pode perdurar se toda a sentença foi rescindida."

[...]

"Ao desconstituir-se a sentença rescindível, destroem-se efeitos produzidos e destroem-se "ex tunc". Tudo aproxima da anulabilidade a rescisão, exceto o que está no cerne mesmo da diferença conceptual: a sentença rescindível é e vale; o ato jurídico anulável é e não vale! No sistema jurídico brasileiro, não há sentenças anuláveis. A oportunidade, que tinha o legislador, de manter, a respeito de sentenças, a dicotomia, que é comum ao direito (nulidade, anulabilidade), ele a pôs de lado, preferindo o termo e o conceito de rescisão ao de anulação: redigiu mesmo o art. 486 do Código de Processo Civil."

[...]

"A sentença cível, que, "ex hypothesi", foi rescindida, passou a não existir, "ex tunc", por efeito da sentença constitutiva negativa de rescisão".

Da leitura desses trechos, podemos extrair as seguintes idéias: independentemente da classificação adotada para enquadrar a ação rescisória, há substituição da norma individual e concreta veiculada pela sentença rescindida por aquela introduzida na sentença rescindente, razão pela qual os efeitos decorrentes da primeira norma individual e concreta não mais persistem devendo ser substituídos por aqueles oriundos da segunda decisão.

Americano (1926, p.47), ensina:

"A sentença proferida irrecorrivelmente na ação rescisória, tem por efeito primordial anular os atos decorrentes da sentença rescindida.

Ora, anulado o ato, diz o art. 158 do Código Civil, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente.

Portanto, a sentença proferida na ação rescisória retroage os seus efeitos à época da sentença rescindida. A consequência é a obrigação de reequilibrar a situação jurídica desequilibrada pela primeira sentença, colocando as partes no estado em que por ela se deveriam colocar. Restituem-se os frutos e rendimentos percebidos indevidamente; o possuidor responde pelo perecimento ou deterioração da coisa, salvo provando caso fortuito ou força maior; não lhe cabem as acessões e benfeitorias senão as necessárias".

Marques (1982, p. 259), preleciona:

"Válido e irrevogável o julgamento que passou em julgado, a ação rescisória, que se propuser, para invalidá-lo, tem caráter constitutivo. Ela destina-se a anular ato estatal plenamente eficaz e com força de lei entre as partes, e não a declará-lo nulo, pois o julgamento coberto pela "res iudicata" será tão-somente anulável.

O novo Código de Processo Civil não usa a linguagem imprópria e inadequada da legislação que o precedeu, onde se falava em sentença nula, como objeto da rescisória. Com terminologia acertada, escrito está, no art. 485, que "a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida", isto é, anulada ou "desconstituída". A sentença passível de ser atacada pela ação rescisória é, portanto, decisão anulável, e, nunca decisão ou julgamento nulo".

Vidigal (1974, p. 227) também dá útil lição:

"Se a rescisória é julgada procedente, que efeitos produz? Para responder a essa questão, devemos recordar a natureza jurídica da decisão rescindente. A decisão rescindente é de natureza constitutiva e não de natureza declaratória. A distinção é fundamental para se precisarem os efeitos da decisão rescindente. Em geral, os efeitos das sentenças favoráveis ao autor decorrem do princípio enunciado por Chiovenda, de que a necessidade de servir-se do processo para obter a satisfação do seu direito não deve converter-se em prejuízo para quem está com razão. Corolário desse princípio é o de que a sentença que acolhe o pedido do autor deve atuar a lei como se isso acontecesse no próprio momento em que a ação é proposta. Segundo Chiovenda, esse último princípio, que se encontra formulado ou subentendido em numerosos textos do Digesto, foi aceito pelos romanistas alemães e civilistas franceses, estes últimos, sob a fórmula incorreta da retroatividade da sentença ao dia do pedido inicial.

Esses princípios têm aplicação à ação rescisória? Parece-nos que não. Os efeitos das sentenças constitutivas, como ensina Chiovenda, começam somente no momento em que a transformação se produz, o que ocorre quando a sentença passa em julgado. Somente, em alguns casos, por expressa disposição de lei, ela opera "ex tunc", isto é, embora se opere a transformação com a decisão definitiva do juiz, os seus efeitos retroagem.

Ora, admitida a natureza constitutiva da decisão rescindente, e inexistindo expressa disposição legal determinando a sua retroatividade, temos de concluir que, em regra, a decisão rescindente não retroage ao dia da propositura da ação rescisória. Todavia, Pontes de Miranda entende que só o juízo rescisório poderá resolver em definitivo essa questão. A sua solução varia conforme os fundamentos da rescisão.

Assim, normalmente, o réu vencido na rescisória de sentença proferida em ação de reivindicação não está obrigado a restituir os frutos da coisa reivindicada auferidos no período compreendido entre a data das decisões rescindenda e rescindente. Entretanto, responderá por eles se a rescisão se der por ter sido a decisão rescindenda proferida por suborno do juiz ou por se ter baseado em prova falsa, desde que tais ocorrências sejam imputáveis àquele a quem a decisão rescindida dera ganho de causa.

Em resumo: quando a aplicação dos princípios gerais do direito substancial não levar a conclusão diversa, a decisão rescindente opera "ex nunc", isto é, a partir do momento em que passa em julgado".

Trazendo para o campo tributário as conclusões da doutrina, nos casos em que há rescisória – tanto desconstituindo decisão desfavorável ao contribuinte como favorável - deverão ser levados em conta tanto os prazos prescricionais para a repetição do indébito, como os prazos decadenciais para o direito de lançar. Os fatos geradores estarão sujeitos à correção monetária, juros e multa, conforme dispuser a lei aplicável.

A primeira conclusão decorre do próprio objetivo da ação rescisória, ao passo que a segunda decorre do caráter objetivo da infração consistente no não recolhimento no prazo legal, a teor do art. 161 do CTN⁷¹:

Paralelamente, dispõe o art. 136 do CTN que: "salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato".

Fora da análise sistemática do direito, poderiam soar estranhas as conclusões acima, principalmente quanto à multa, sob a forte impressão de que o não recolhimento do tributo no momento devido se deu por força de sentença transitada em julgado, que tinha efeito de lei entre as partes e não por simples ação ou omissão do contribuinte, nos casos em que a sentença rescindida lhe era favorável e foi substituída pela decisão rescindente.

É até possível tentar-se obter um provimento jurisdicional dispensando a multa por razões de equidade, em consideração mesmo ao erro anterior do próprio Poder Judiciário.

Uma tal solução, contudo, não é garantida, uma vez que, a todo rigor, a multa também é devida porque: (a) se não o fosse, ainda subsistiria um resquício e um efeito residual do acórdão desconstituído; este, entretanto, depois de rescindido, passa a não existir para o sistema jurídico; (b) a desconstituição do acórdão rescindido recoloca as partes no estado anterior, como se o acórdão não tivesse existido e (c) os efeitos "extinct" do acórdão na ação rescisória dependem do direito substantivo aplicável, e no caso se aplica o art. 161 do CTN, ao lado do art. 136, também do CTN.

Não se deve perder de vista que a norma emergente do art. 161 consagra a responsabilidade objetiva pelo simples retardamento no recolhimento, independentemente de culpa do contribuinte, conforme observou o Supremo Tribunal

⁷¹ "Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária".

Federal, 2a. Turma, no recurso extraordinário n. 84.796-SP, julgado em 20.8.1976, quando o Tribunal fixou esse entendimento⁷²: "no "simplice ritardo" não se cogita de infração e nem de contribuinte infrator . a multa resulta do atraso no seu pagamento" . .

Assim, depois de eventual rescisão da sentença final e volta das partes ao estado anterior, o Poder Público vencedor pode exigir o tributo considerado indevido pela primitiva decisão, com todos os acréscimos que forem cabíveis e computados estes desde a data do vencimento original da obrigação.

Ora, a recondução das partes ao "status quo ante" deve ser a mais ampla dentro das possibilidades materiais que existirem, motivo pelo qual não pode militar apenas em favor do autor da ação rescisória, devendo aplicar-se por inteiro às relações jurídicas afetadas pela ação, inclusive na parte em que porventura favorecer ao réu.

Esta reposição integral, ademais, é uma imposição da natureza "ex lege" da obrigação tributária, a qual exige que a autoridade tributária, ao efetuar qualquer lançamento tributário, tenha sempre em vista a sua verdade material haurida da totalidade do ordenamento jurídico aplicável aos fatos ocorridos.⁷³

Todavia, além do já referido efeito necessário da ação rescisória - recondução ao estado anterior – deve-se analisar a fenomenologia do nascimento da obrigação tributária pela ocorrência do fato gerador, que é a seguinte:

- a hipótese de incidência consiste num fato descrito hipoteticamente na lei, o qual faz nascer a obrigação tributária quando ele ocorre efetivamente no mundo fenomênico; a partir da sua ocorrência ele, agora chamado fato imponível, irradia os seus efeitos previstos na lei, vinculando o sujeito ativo e o sujeito passivo na relação jurídica tributária (o CTN espelha este fenômeno nos art. 113 e 114);

⁷² Relator Ministro Moreira Alves, publicado no DJ 24-09-1976, RTJ 80/01 p. 246

⁷³ Ressalvada a hipótese de "interrupção" da incidência da multa de mora prevista no § 2º, do art. 63, da Lei 9.430/96: "A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição."

- o lançamento do crédito tributário sobre esse fato gerador deve reger-se pela lei vigente à data da ocorrência do fato, ainda que posteriormente alterada (art. 144 do CTN);

- a propositura da ação pelo contribuinte, para contestar a validade da lei que então seria aplicável à obrigação tributária, e depois a propositura da ação rescisória pelo ente tributante para invalidar o acórdão inicialmente proferido e sustentar a validade da lei que justifica a cobrança do tributo, não alteram nem a lei - que apenas passa pelo crivo de validade do Poder Judiciário - nem o fato, que materialmente já ocorreu no passado;

- o que ocorre com as duas ações judiciais intentadas é apenas que elas transferem para o término da última delas o momento da exigibilidade e do pagamento da despesa;

- este efeito, contudo, não significa que o fato seja atual, pois o tributo já era devido desde antes, quando ocorreu o respectivo fato gerador, tanto que deve ser pago com acréscimos moratórios;

- portanto, o fato que dá nascimento à obrigação tributária não ocorre agora, ao término da demanda, pois já se materializou em definitivo no passado, só havendo como trazê-lo do passado para o presente na enunciação do fato, mas que não o torna um fato presente;

- daí o fato dever conservar sua subordinação à lei vigente quando ele ocorreu, o que faz com que o tributo seja calculado de acordo com as regras que então estavam em vigor, e não com as normas legais do momento do seu pagamento;

A adotar-se esta premissa ter-se-ia que completar o procedimento de recondução ao estado anterior por meio das retificações de declarações, com eventual apuração de tributo pago a maior e a sua respectiva devolução.

Em reforço à aplicação da lei da época do fato, concluímos que a sentença final da ação rescisória não integra a situação fática que consiste na hipótese de

incidência, mas apenas define o tratamento legal, pondo fim à controvérsia, sem acrescentar qualquer novo ingrediente à hipótese de incidência legal.

A lei que temporariamente existiu entre as partes, consistente na decisão final da primeira ação, apenas retirou do ordenamento a validade da lei que estabelecia o tributo objeto desta decisão, mas sua rescisão apaga seus efeitos, retornando-se à disciplina da lei agora reconhecida como válida.

Nem a decisão da primeira ação, nem a da segunda criam o direito do fisco cobrar o tributo ou do contribuinte ver devolvida a quantia indevidamente paga, o que decorre apenas das respectivas leis de regência; por isso, a sentença final da ação rescisória somente confirma que o fato já existiu e que deve ser tributado de acordo com a lei da época de sua ocorrência.

É, pois, a lei da data do fato que o rege, mesmo em seus efeitos futuros a uma nova lei.

Entretanto, lembre-se que a doutrina nunca encontrou uma solução ideal e geral para os fatos situados no espaço de tempo entre o acórdão rescindido e o acórdão rescisório, e também no período anterior quando for o caso, tendo as soluções aventadas pelos vários juristas que trataram do assunto variado de acordo com critérios de direito material.

Neste ponto, é muito importante lembrar que a decisão final da ação tem força de lei entre as partes, segundo expressa norma constante do art. 468 do Código de Processo Civil. Em virtude disso, e ao contrário dos casos em que se discute se há ou não há lei válida a justificar a exigência tributária, no caso em que há o acórdão transitado em julgado, inequivocamente há uma norma individual e concreta que declara ser indevido ou devido o tributo.

Por outro lado, e como que sendo um corolário das anteriores afirmações, embora não haja propriamente uma medida de suspensão da exigibilidade, dentre aquelas listadas no art. 151 do CTN, o efeito jurídico do acórdão final da ação

anterior é exatamente o mesmo, ou seja, o de impedir qualquer cobrança de um eventual crédito tributário, porque este foi declarado inexistente.

Finalmente, cabe observar que a aplicação prática das conclusões acima depende de muitas variáveis.

Assim, a aplicação do acórdão rescisório a fatos geradores anteriores não atinge aqueles já alcançados pela decadência. Ora, a decadência depende de ter ou não ter havido lançamento em tempo oportuno. Na prática, contudo, poderia haver a discussão sobre se a simples entrega da declaração de rendimentos, por exemplo, ou da GIA, no caso do ICMS representaria lançamento notificado. Neste caso, como também em geral, ainda haveria que se verificar se a União ou Estado teria proposto ação de cobrança dentro do respectivo prazo prescricional. Ademais, a União ou o Estado poderia invocar que a rescisória é o instrumento de cobrança formulado em tempo hábil. Tal invocação dependeria essencialmente dos termos do pedido na ação e também de sua decisão final.

Caso os tributos fossem pagos espontaneamente após a ação rescisória, também poder-se-ia invocar precedentes que, aplicando o CTN, art. 138, entendem indevida qualquer multa na denúncia espontânea desde que não seja tributo sujeito ao lançamento por homologação e não haja qualquer pagamento antecipado (por exemplo, AgRg no REsp 851381, AgRg no AgRg no Ag 721771).

Podemos também analisar efeitos de uma eventual decisão de procedência na ação rescisória, que venha a modificar a decisão transitada em julgado que amparava as operações de compensação realizadas.

Se a sentença que permite as compensações vier a ser rescindida no futuro, serão nulos todos os atos de execução realizados com fundamento em seus comandos. Isso implica em as operações de compensação acabarem por terem sido realizadas indevidamente e, conseqüentemente, em serem devidos os tributos compensados com juros e multa.

O fundamento legal para esse entendimento é encontrado no artigo 574 do Código de Processo Civil que determina: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”. Entendemos que esse dispositivo trata das situações de reparação de danos decorrentes de execução de sentença definitiva, que posteriormente é anulada em face de superveniente pronunciamento de procedência de ação rescisória, como no exemplo dado.

Na esfera da compensação tributária, sobre essa questão Bianco (1994, p. 247) entende que:

“a compensação, da mesma forma que o pagamento, extingue a obrigação tributária (art. 156, incisos I e II do CTN). Se o pagamento é inválido por qualquer motivo, não há extinção da obrigação tributária e o contribuinte, após o prazo de vencimento, está em mora. Da mesma forma, se a compensação é inválida por qualquer motivo, o contribuinte não extinguiu a sua obrigação, permanecendo devedor do fisco e devendo assumir os encargos da mora”.

O fato de estar *sub judice* ação rescisória não impede a realização da compensação, desde que não tenha sido deferida nenhuma medida tendente a suspender a execução da sentença rescindenda, mas se acaso for rescindida a decisão que a autorizava, provavelmente deverá ser pago o tributo com multa e juros .

Não se pode deixar de levar em consideração o fato de que as conseqüências da ação rescisória são importantes também para a delimitação do aproveitamento de créditos e do reconhecimento de certas situações que podem influir em outros tributos que não só aquele objeto da própria ação.

No caso do Imposto sobre a renda é importante porque devemos estabelecer o momento para reconhecimento da despesa e lei aplicável já que não é possível proceder ao reconhecimento contábil e à dedução da despesa enquanto a ação rescisória estiver pendente, uma vez que o anterior acórdão transitado em julgado excluiu a existência do débito fiscal, e tal verdade subsiste no mundo jurídico, como lei entre as partes, enquanto não houver rescisão daquele acórdão.

Ainda em face de tudo o que foi visto a respeito da coisa julgada e dos efeitos da ação rescisória, a conclusão conseqüente que se tira é no sentido de que o momento certo para debitar o resultado e creditar uma conta a pagar no passivo será aquele em que vier a transitar em julgado a decisão final da ação rescisória que declare rescindido o acórdão anterior.

Nesse momento, haverá efeito constitutivo derivado do "iudicium rescindens", e efeito constitutivo, declaratório ou condenatório derivado do "iudicium rescissorium". Por força de qualquer desses efeitos, nesse exato momento a companhia terá incorrido na despesa da qual até então ela não era devedora, ou dela estava excluída, em virtude do acórdão que até então fazia lei entre as partes.

Ficam demonstrados, portanto, alguns exemplos da diversidade de conseqüências que podem se dar em razão do julgamento de ações rescisórias.

Capítulo 6 – Análise das Súmulas do Supremo Tribunal Federal sobre a ação rescisória

Há várias súmulas do Supremo Tribunal Federal que tratam da ação rescisória:

Súmula 515

“A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.”⁷⁴

⁷⁴ Data de Aprovação Sessão Plenária de 03/12/1969, Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5933; DJ de 11/12/1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997.
Precedentes: AR 371 Publicação: DJ de 19/11/1964; AR 517 Publicações: DJ de 27/10/1967, RTJ 43/428; AR 625 Publicações: DJ de 15/3/1968, RTJ 46/523; AR 531 Publicações: DJ de 18/10/1968, RTJ 46/623; AR 659 Publicação: DJ de 27/12/1968

Essa súmula foi editada antes da Constituição Federal. À época não havia sido instituído o Superior Tribunal de Justiça, as matérias federais eram de competência do STF.

Súmula 514

“Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos.”⁷⁵

Para a interposição da rescisória, não é necessário que sejam esgotadas as vias recursais. Note-se que esse é um dos requisitos para a interposição dos recursos extraordinários “*lato sensu*”.

Súmula 343

“Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.”⁷⁶

A Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal considera ser descabida a ação rescisória em relação à decisão que, à época em que tomada, era controvertida nos tribunais, ainda que depois a jurisprudência tenha pacificado entendimento em sentido contrário. Nesses casos a súmula reflete o entendimento de que não há violação de literal disposição de lei.

Todavia, em vários casos o Supremo Tribunal considerou inaplicável a súmula - vale dizer, admitiu a rescisória - quando se tratou de interpretação de texto constitucional.

⁷⁵ Data de Aprovação Sessão Plenária de 03/12/1969, Fonte de Publicação DJ de 10/12/1969, p. 5932; DJ de 11/12/1969, p. 5948; DJ de 12/12/1969, p. 5996.

Precedentes: AR 172 Publicações: DJ de 25/10/1968, RTJ 47/70; RE 6364 Publicação: DJ de 29/12/1949

⁷⁶ Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/12/1963, Fonte de Publicação Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 150.

Precedentes: RE 41407 Publicações: DJ de 3/9/1959, RTJ 10/570; RE 50046 Publicação: DJ de 14/6/1963; AR 602 embargos Publicação: DJ de 9/7/1964

O próprio Tribunal Pleno, no recurso extraordinário n. 89.108-GO, julgado em 28.8.1980, admitiu caber ação rescisória de acórdão em que se aplicou texto constitucional. No caso, além de entender inaplicável a súmula, o Tribunal levou em conta que não havia dissídio jurisprudencial no próprio Supremo Tribunal.

No recurso extraordinário n. 101.114-SP, em 12.12.1983, a 1a. Turma voltou a afastar a Súmula n. 343 em se tratando de texto constitucional, mesmo sendo controvertida a interpretação nos tribunais. Entendeu a Turma que a matéria constitucional, "pela supremacia jurídica, não pode ficar sujeita à perplexidade".

A Súmula n. 343 igualmente foi afastada em interpretação de texto constitucional, no recurso extraordinário n. 103.880-SP, decidido em 17.12.1984 pela mesma 1a. Turma do STF.

Em recentíssima decisão, de 6 de março de 2008, publicada na Imprensa Oficial em 25 de março, o Supremo Tribunal Federal confirmou essa posição, ao julgar os embargos declaratórios opostos no Recurso Extraordinário (RE) 328812.

Os embargos foram opostos por segurada do INSS contra acórdão do STF que afastou a aplicação da súmula 343/STF e proveu um agravo regimental do referido instituto. A decisão do Supremo determinou que o Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região (TRT-11) deveria apreciar uma ação rescisória ajuizada pelo instituto contra uma decisão transitada em julgado daquela corte trabalhista, discutindo suposta violação ao direito adquirido (artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal), referente a reajustes decorrentes dos planos Bresser e Verão.

O relator do processo, ministro Gilmar Mendes, reafirmou sua posição de que realmente não se aplica, neste caso, o enunciado da súmula 343 do STF porque é objeto da rescisória matéria constitucional – a questão do direito adquirido previsto no referido dispositivo constitucional. Afirmou o ministro que: “Se ao STF cabe guardar a Constituição, sua interpretação da Constituição Federal deve ser acompanhada pelos demais tribunais”.

Nas hipóteses em que o STF decide a correta interpretação de uma norma infraconstitucional, ajustando seu texto à ordem constitucional, o ministro disse acreditar que cabe ação rescisória sempre que uma decisão, mesmo que definitiva e irrecorrível, contrariar essa interpretação do Supremo, ainda que a interpretação da Corte seja definida em momento posterior à sentença transitada em julgado. Gilmar Mendes ressaltou, contudo, que devem continuar sendo observado o prazo - que é de dois anos, a partir da decisão definitiva - para a interposição da ação rescisória, como forma de garantir a segurança jurídica e cumprir os demais princípios do nosso sistema.

Ressaltou, ainda, o relator a peculiaridade da discussão:

“Não é a mesma coisa vedar a rescisória para rever uma interpretação razoável de lei ordinária que tenha sido formulada por um juiz em confronto com outras interpretações de outros juízes, e vedar a rescisória para rever uma interpretação da lei que é contrária àquela fixada pelo STF em questão constitucional”.

“Considera-se a melhor interpretação, para efeitos institucionais, a que provém do Supremo, guardião da Constituição, razão pela qual sujeitam-se à ação rescisória, independentemente da existência de controvérsia sobre a matéria nos tribunais, as sentenças contrárias a precedentes do STF, sejam eles [precedentes] anteriores ou posteriores ao julgado rescindendo”, concluiu o ministro.

Todos os ministros presentes à sessão acompanharam o voto do relator. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito disse entender que, se em determinado tema houver evolução da jurisprudência constitucional do STF, nada é mais certo do que admitir a ação rescisória.

Para o ministro Celso de Mello, também acompanhando o relator, ressaltou que o voto do ministro Gilmar Mendes fortalece o papel do Supremo, “e confere meio instrumental expressivo destinado a implementar a autoridade de suas próprias decisões e tornar efetivos e reais o primado e a força normativa da Constituição”.

O ministro Cezar Peluso salientou que, em seu entender, a súmula 343, que não permite a admissão de ação rescisória em situações de interpretação

controvertida de leis infraconstitucionais, poderia até mesmo ser cancelada. “Não pode existir na sociedade interpretações disformes da mesma norma”, explicou.

Súmula 295

“São inadmissíveis embargos infringentes contra decisão unânime do Supremo Tribunal Federal em ação rescisória.”⁷⁷

Súmula 264

“Verifica-se a prescrição intercorrente pela paralisação da ação rescisória por mais de cinco anos.”⁷⁸

Súmula 252

“Na ação rescisória, não estão impedidos juízes que participaram do julgamento rescindendo.”⁷⁹

Súmula 249

“É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.”⁸⁰

⁷⁷ Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/12/1963, Fonte de Publicação Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 132.

Precedentes: AR 366 embargos Publicações: DJ de 2/6/1958, RTJ 4/16; AR 512 EI-AgR Publicações: DJ de 27/1/1960, RTJ 12/238; AR 516 embargos Publicação: DJ de 12/4/1962; AR 524 AgR Publicação: DJ de 14/12/1961; AI 26909 Publicação: DJ de 22/6/1962; AR 114 AgR Publicação: DJ de 3/5/1950; AR 167 embargos Publicação: DJ de 3/5/1950; RE 12332 Publicação: DJ de 18/1/1951

⁷⁸ Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/12/1963 Fonte de Publicação Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 122.

Precedentes: RE 37016 Publicações: DJ de 23/10/1958, RTJ 6/769; RE 37016 embargos Publicações: DJ de 19/7/1963, RTJ 29/267

⁷⁹ Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/12/1963, Fonte de Publicação
Precedentes: AI 26178 Publicação: DJ de 1º/6/1962

⁸⁰ Data de Aprovação Sessão Plenária de 16/12/1969 Fonte de Publicação Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 117.

Precedentes: AR 411 Publicações: DJ de 29/6/1961, RTJ 18/3; AR 490 Publicações: DJ de 9/7/1959, RTJ 10/8; AR 526 Publicações: DJ de 29/6/1961, RTJ 18/29; AR 554 Publicação: DJ de 22/11/1962

Essa súmula também foi editada sob a égide de Constituição anterior em que não havia o Superior Tribunal de Justiça a quem compete julgar as questões federais, em sede de recurso especial.

Súmula 239

“Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”⁸¹

Essa súmula é de extrema importância na análise da extensão da coisa julgada e é analisada naquele capítulo.

⁸¹ Data de Aprovação Sessão Plenária de 13/12/1963 Fonte de Publicação Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 114.
Precedentes: AI 11227 embargos Publicação: DJ de 10/2/1945; RE 59423 embargos Publicação: DJ de 12/6/1970

Conclusões

Em razão da alteração de entendimento, em matérias tributárias, promovida pelo Supremo Tribunal Federal, nos últimos tempos, ficou evidenciada a importância de se retomar a discussão sobre as ações rescisórias e, por consequência, acerca dos limites e alcance da coisa julgada em matéria tributária, bem como do estudo sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade de normas⁸².

O tempo é essencial nessa análise porque estabiliza as relações jurídicas, no sentido de impedir a rediscussão de matérias acobertadas pelo trânsito em julgado, cria, assim, realidades imutáveis, tudo isso justificado pelo princípio da segurança jurídica conceituado como garantia das expectativas para todos aqueles sujeitos ao ordenamento jurídico (aspecto do conteúdo e da destinação da norma).

As definições trazidas pelo Direito são maleáveis, na medida em que revelam os interesses, as interpretações consideradas como corretas por aqueles que detêm o poder para realizá-las ou que são aceitas pela “participação forjada” dos cidadãos.

Por outro lado, nosso sistema privilegia a Constituição que é, nessa construção, fundamento de validade de toda a ordem jurídica instituída, isto é, das normas infraconstitucionais.

Assim, em última análise, quem detém a competência para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas, tem o poder para definir o que é o direito naquele sistema de direito positivo.

A Constituição Federal prevê a existência de dois métodos de controle de constitucionalidade.

⁸² Aqui em sentido amplo, quer significando enunciados, quer veículos introdutórios, quer normas em sentido deontológico completo.

O controle difuso efetiva-se por meio de declarações incidentais em quaisquer ações, proferida por juízos monocráticos ou colegiados de qualquer jurisdição do País, com efeito apenas *inter partes*, a argüição da inconstitucionalidade da lei realizada pela parte é sempre, neste tipo de controle, *incidenter tantum* e constitui questão prejudicial, não fazendo coisa julgada material.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, com efeito *erga omnes* em sede de ação direta de inconstitucionalidade, de ação declaratória de constitucionalidade ou de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Regra geral, a decisão proferida em controle concentrado tem efeitos *ex tunc*, isto é, desde a vigência da norma “controlada”. O Supremo Tribunal Federal pode, excepcionalmente, conferir aos seus julgamentos de mérito em controle concentrado a produção de efeitos a partir do julgamento ou de um outro momento futuro, *ex nunc* ou *pro futuro*.

Ter efeito *erga omnes* significa que qualquer dos jurisdicionados, ainda que não tenha proposto ação para afastar a norma inconstitucional, será pela decisão beneficiado.

Já efeito vinculante, restrito aos órgãos dos Poderes Judiciário e Executivo, corresponde na primeira esfera de poder, impedir os juízes, em cada caso concreto, de exercitar o controle difuso de constitucionalidade, limitando a autonomia e o princípio do livre convencimento. Para o Executivo, determina que as funções sejam executadas de acordo com a declaração veiculada na decisão prolatada no controle concentrado.

A ação rescisória é a faculdade de exigir do Juiz-Estado o exercício da atividade jurisdicional no sentido de desconstituir a eficácia da decisão – sentença ou acórdão - coberta pela coisa julgada, com possibilidade de rejuízo.

Permite-se por meio da rescisória, a discussão de matéria que não mais poderia ser discutida porque decorria de situação já submetida ao crivo do Poder

Judiciário e objeto de sentença final irrecurável, há autorização para que se busque a nulidade dos efeitos dessa decisão que fez coisa julgada.

A coisa julgada é limitada pelo pedido. Destarte, se o mandado de segurança visa a coibir um ato atual ou iminente, não pode, em tese, alcançar atos ainda não praticados e que ainda não possam ser praticados, seria contraditório com o fim colimado com a impetração do mandado de segurança extrair de sua decisão efeito de coisa julgada para abranger fatos futuros.

Por outro lado, a ação declaratória pode tratar de relação jurídica determinada que venha a ocorrer no futuro, já que além de não haver norma que proíba, essa situação pode decorrer do pedido veiculado na ação.

O interesse de agir corresponde à utilidade do provimento jurisdicional, portanto, só estará presente na ação rescisória se houver necessidade de impedir a produção de efeitos da decisão – sentença ou acórdão – que transitou em julgado.

No que se refere à legitimação, isto é, a comprovação da titularidade dos interesses em conflito poderá propor ação rescisória aquele que foi parte na ação original ou o terceiro interessado, ou seja, é legitimado todo aquele que estiver sujeito aos efeitos da decisão prolatada na ação primitiva.

A possibilidade jurídica do pedido significa a compatibilidade do pedido com o ordenamento jurídico.

Na hipótese de rescisória cuja causa de pedir corresponda à violação a literal dispositivo constitucional, é permitida a rediscussão de decisão que deu interpretação equivocada à norma. Interpretação é a ligação entre a realidade e o direito, é escolher e só pode realizar essa escolha quem tem poder para tanto, qual é dentro de um conjunto de possibilidades, a interpretação mais adequada, sempre do ponto de vista do sistema, isto é, do fundamento de validade da norma.

Razão pela qual, a súmula 343 do STF que estabelece ser inadmissível a ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não pode ser aplicada ao presente estuo.

A interpretação dada na edição desse enunciado sumular foi no sentido de que a ação rescisória não visa à manifestação do simples inconformismo porque uma decisão veiculou um entendimento dentro do quadro de entendimentos possíveis, essa ação é para afastar a interpretação impossível dentro das regras estabelecidas pelo sistema.

No entanto, na hipótese de interpretação de normas constitucionais, é o Supremo Tribunal Federal quem detém a competência para em última ou única instância definir o sentido, as notas de cada conceito trazido na Constituição.

Ainda que se autorize o controle concentrado, este é realizado sempre de forma incidental ao pedido, não fazendo coisa julgada. O que faz coisa julgada é a decisão dada em sede de controle concentrado.

Assim, em face de tudo quanto exposto, é imprescindível que se afaste a aplicação da súmula 343, nos casos de ação rescisória por violação a literal dispositivo de norma constitucional, naquelas hipóteses em que havia controvérsia jurisprudencial à época da prolação da decisão original.

Isso tudo para corrigir eventual percepção de que o controle da constitucionalidade das normas fugiria ao Supremo Tribunal Federal, concluindo que a interpretação que foi dada por qualquer outro tribunal ou juiz, em sentido contrário aquela dada pelo STF, corresponde à violação.

Ressalte-se, contudo, que a autorização para propositura da ação rescisória por violação a literal dispositivo constitucional, independe dos efeitos dados às decisões no controle concentrado, ou se a decisão ocorreu por meio do controle difuso.

O que importa a existência de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.

Cabe ação rescisória quando decisão definitiva viola interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal, mesmo que a interpretação seja posterior ao julgado, adotadas as premissas aqui trazidas, se o Supremo Tribunal Federal se manifestar, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade, é essa a interpretação do texto constitucional que vale.

É a esse tribunal que compete declarar qual é o sentido literal de determinado dispositivo.

Afasta-se com isso o enunciado 343 da Súmula do STF que estabelece não caber ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Em recentíssima decisão prolatada nos autos do Recurso Extraordinário nº 328.812⁸³, o Supremo Tribunal Federal referendou essa posição⁸⁴ por entender não ser possível deixar de afastar o referido enunciado, nessas hipóteses, como medida de instrumentalização da força normativa da Constituição.

Por outro lado, ficou evidenciado que a ação rescisória é, no sistema jurídico brasileiro, a última tentativa de correção das decisões judiciais. Na hipótese do inciso V do art. 485 do CPC, o objetivo imediato é o de garantir a máxima eficácia da ordem legislativa em sentido amplo.

Assim, nos casos em que o Supremo Tribunal Federal 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.

⁸³ Publicado no DJE em 24 de março de 2008.

⁸⁴ Foram citados os seguintes precedentes na decisão do RE: RE 89108/GO (DJU de 19.12.80); RE 101114/SP (DJU de 10.2.84); RE 103880/SP (DJU de 22.2.85); AR 1572/RJ (DJU de 21.9.2007).

Ressaltou-se que negar a via da ação rescisória para fins de fazer valer a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal implicaria admitir uma violação muito mais grave à ordem normativa, pois a afronta se dirigiria a uma interpretação que poderia ser tomada como a própria interpretação constitucional feita.

Delimitada essa hipótese de cabimento, é importante ressaltar que o prazo decadencial para a propositura da ação rescisória é de dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão, momento esse que corresponde aquele em que não caiba mais recurso extraordinário ou ordinário, nem esteja a sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição.

Se a sentença for originariamente irrecorrível, isso ocorre na data da publicação. Se recorrível, no momento em que deixar de sê-lo.

Não entendo possível alterar o termo inicial da contagem desse prazo para que o início da contagem se dê com a decisão do STF que declare a inconstitucionalidade.

Passado o prazo para a propositura da ação rescisória, somente restaria a hipótese prevista no parágrafo único, do art. 741, do CPC, que estabelece a 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.

É ainda essencial para que se aprecie a petição inicial da rescisória que seja realizado depósito correspondente a 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente. A União, o Estado, o Município e o Ministério Público estão dispensados dessa condição.

Até a edição da Lei nº 11.280, de 2006, a propositura da ação rescisória não impedia o cumprimento da sentença ou acórdão rescindendo, essa lei autorizou a concessão de medidas de natureza cautelar ou antecipatória de tutela.

A competência para conhecer e julgar rescisória é sempre do tribunal (mesmo que a sentença seja do primeiro grau).

Os recursos cabíveis da decisão que julga a ação rescisória são os embargos de declaração, os embargos infringentes, além dos recursos excepcionais (especial e extraordinário, conforme o exija a espécie), verificadas as hipóteses legalmente previstas para tanto e o recurso hierárquico.

Por último, tratemos dos efeitos da decisão prolatada na ação rescisória. Entendo que no caso de declaração de inconstitucionalidade com efeitos *extunc*, verificadas as condições da ação, outro não destino não pode ter a ação rescisória que não seja a procedência do pedido de rescisão, em relação ao novo julgamento, a decisão dependerá das situações do caso concreto.

A decisão que julga a rescisória procedente desfaz o ato que pôs fim ao processo em que a sentença foi proferida, o que pode tornar necessária a prolação de nova sentença, como conseqüência também são desfeitos os efeitos condenatórios⁸⁵ produzidos pela sentença rescindida. Por último, a decisão que transita em julgado na rescisória desfaz os efeitos processuais do trânsito em julgado da ação originária, retirando a imutabilidade e a indiscutibilidade daquela decisão.

O Código de Processo Civil não traz expressamente os efeitos da decisão proferida na ação rescisória, conclui-se que a sentença ou o acórdão rescindido fica desconstituído, deixando de produzir efeitos; pela rescisão, e em decorrência da desconstituição da sentença ou do acórdão rescindido, as partes devem voltar ao "status quo ante"; a solução de questões intertemporais varia de caso para caso, conforme o direito substantivo aplicável.

⁸⁵ Todo e qualquer efeito. Não estamos diante tão somente daqueles efeitos condenatórios típicos. Aqui se incluem efeitos declaratórios, por exemplo.

Há substituição da norma individual e concreta veiculada pela sentença rescindida por aquela introduzida na sentença rescidente, sujeitando-se os créditos tributários aos prazos decadencial ou prescricional, estando sujeitos à correção monetária, juros e multa, conforme dispuser a lei aplicável.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo. Boitempo, 2004.

ARRUDA ALVIM, José Manoel. *Manual de Direito Processual Civil*. 6ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1997.

ARRUDA ALVIM, Eduardo Arruda. *Mandado de Segurança no Direito Tributário*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1997.

ALVIM, Thereza. *O Direito Processual de Estar em Juízo*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1996.

AMERICANO, Jorge. *Da Ação Rescisória*. 2ª. edição . São Paulo. Saraiva. 1926.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II*. 9ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1998.

ARENDT, Hannah. *Homens em Tempos Sombrios*. São Paulo. Companhia das Letras. 1987.

ARISTÓTELES de Estagira. *A Política*. São Paulo. Martins Fontes. 1998.

ASSIS, Araken. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. Revista Dialética de Direito Processual nº 4. São Paulo. Dialética. 2003.

ATALIBA, Geraldo. *Direito Material Tributário. Relação Jurídica Tributária e Hipótese de Incidência em “Elementos de Direito Tributário”*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1978.

_____. *Estudos e Pareceres de Direito Tributário, vol. 3*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1980.

_____. *Hipótese de Incidência Tributária*. 5ª ed. São Paulo. Malheiros Ed. 1999.

_____. (atualizado por Rosalea Miranda Folgosi). *República e Constituição*. 2ª ed. São Paulo. Malheiros. 1998;

_____. *Princípios Constitucionais do Processo e Procedimento em Matéria Tributária* in Revista de Direito Tributário nº 46. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1988.

BACHELARD, Gaston. *O Novo espírito científico*, trad. Remberto Francisco Kuhnen. Abril Cultural. São Paulo. 1974.

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*. Coimbra. Livraria Almedina. 1994.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1970.

_____. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*, com notas de DERZI, Misabel Abreu Machado. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo. 20. ed., São Paulo, : Malheiros Editores, 2006.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. I*. 10ª ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 1998.

_____. *Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil*, in RDP nº 4, p. 34. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 04-06/1968.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V*. 7ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1998.

_____. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 19ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1997.

_____. *A eficácia preclusiva da coisa julgada material*. Revista Forense. Rio de Janeiro. v. 238. 1972.

BASTOS, Celso Ribeiro. *A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Processo nº 23. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1981.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 1999.

_____. *O Controle Judicial da Constitucionalidade das Leis e Atos Normativos Municipais*. Revista de Direito Público 37/38. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1976.

BAUDRILLARD, Jean. *Le Miroir de la production ou l'illusion critique du matérialisme historique*. Collection Mutations Orientations, 27. Casterman. Paris, 1973.

_____. *O Sistema dos Objetos*. São Paulo: Perspectiva, 1997.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Lejus, 1998.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1994.

BENJAMIN, Walter. *O narrador: considerações sobre a obra de Nikolai Leskov. Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura*. São Paulo. Brasiliense. 1994.

BIANCO, João Francisco e outros. *Decisões Judiciais e Tributação - Caderno de Pesquisas Tributárias, vol. 19*. São Paulo. Resenha Tributária. 1994.

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*. Rio de Janeiro. Forense. 1949.

BOBBIO, Norberto. *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico*. Milano. Edizioni di Comunità. 1965.

_____. *O Positivismo Jurídico*. São Paulo. Ícone Ed. 1995.

_____. *Hacia una teoría funcional del derecho, in Derecho, Filosofía y Lenguaje*, Homenaje a Ambrosio L. Rioja. Ed. Astrea. Buenos Aires. 1976.

_____ e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 3ª ed. São Paulo Ed. Brasiliense. 1991.

BORGES, José Souto Maior. *Isenções Tributárias*. São Paulo. Sugestões Literárias. 1969.

_____. *Lançamento Tributário*. 2ª ed. São Paulo. Malheiros Ed., 1999.

_____. *Normas Gerais de Direito Tributário, em Elementos de Direito Tributário*. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1978.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Efeitos de Liminar Concedida em Ação Direta de Inconstitucionalidade e Recurso Especial*. Revista de Processo nº 86. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1997.

_____. *Código de Processo Civil interpretado, coordenação de Antonio Carlos Marcato*. 2ª edição. Ed. Atlas. São Paulo. 2005.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *A Lei nº 9.868/99 e a Possibilidade de Restrição dos Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. São Paulo. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 59, p. 113. Ed. Dialética. 2000.

BUZAID, Alfredo. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo. Ed. Saraiva. 1958.

CAIS, Cleide Previtalli. *O Processo Tributário*. 3ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2001.

CAMPOS, Dejalma de. *Direito Processual Tributário*. 5ª ed. São Paulo. Atlas. 1998.

CANGUILLEM, Georges *O normal e o patológico*. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 1990.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra. Livraria Almedina. 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. 9ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 1997.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 14ª ed. São Paulo. Malheiros Ed. 2004.

_____. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo. Malheiros. 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 10ª ed. São Paulo. Ed. Saraiva. 1998.

_____. *Direito Tributário Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 2ª ed. São Paulo Ed. Saraiva. 1999.

_____. *Teoria da Norma Tributária*. Max Limonad. São Paulo. 1998.

CARVALHOSA, Modesto. LATORRACA, Nilton. *Comentários à lei de sociedades anônimas: artigos 138 a 205*. São Paulo: Saraiva. 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 1ª ed. São Paulo. Saraiva e Cia. Editores. 1942.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV*. Rio de Janeiro. Forense. 2001.

_____. *Direito Tributário Atual*, volume 4. IBDT. Ed. Resenha Tributária. 1986.

_____, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros. 1997.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 2000.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *O Controle da Constitucionalidade das Leis e o Poder de Tributar na Constituição de 1.988*. 3ª ed. Belo Horizonte. Del Rey. 1999,

_____. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro. Forense. 1999.

_____. *Comentários à Constituição de 1988: sistema tributário*. 6ª. ed. Rio de Janeiro. Forense. 2000.

COLLINSON, Diané. *Fifty Major Philosophers*. 1a. ed. Difel. São Paulo. 1987.

COMMELIN, Pierre. *Mitologia Grega e Romana*. Tradução Eduardo Brandão. Martins Fontes. São Paulo. 1997.

COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e Justiça Tributária*. Malheiros Editores. São Paulo, 2007.

DERRIDA, Jacques. *Force de loi: Le 'fondement mystique de l'autorité*. Galilée. Paris. 1994.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo. Malheiros Editores. 3ª. edição, revista e atualizada. 1993.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil, volumes I a IV*. São Paulo. Malheiros Editores, 5ª. edição, revista, atualizada, de acordo com a emenda constitucional nº 45/04. 2005.

_____. *Fundamentos do Processo Civil Moderno, tomo I*, 2ª. Edição. RT. São Paulo, 1986.

ECO, Umberto, *Como se Faz uma Tese*, 15ª ed., São Paulo, Ed. Perspectiva, 1999.

ENGISCH, KARL, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 7ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

FAYT, Carlos S., *La Supremacia Constitucional y la Independencia de los Jueces*, Buenos Aires, Depalma, 1994.

FERRAGUT, Maria Rita, *Responsabilidade Tributária e o Código Civil de 2002*, Ed. Noeses, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Sérgio, *Mandado de Segurança (Individual e Coletivo) aspectos Polêmicos*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo, Ed. Atlas, 1991.

_____. *Segurança Jurídica e Normas Gerais Tributárias*, São Paulo, Revista de Direito Tributário nº 17/18, 1981.

FIEDLER, Herbert. *Derecho, lógica, matemática*, Centro Editor de América Latina S.A., Buenos Aires, 1968.

FORNACIARI JÚNIOR, Clito. *Pedido Contraposto*, em Tribuna do Direito nº 75, caderno de jurisprudência, p. 297, São Paulo. 2001.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê, *A Inconstitucionalidade da Regulamentação dos Efeitos de Controle de Constitucionalidade em Abstrato através de Lei Ordinária*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 56, 2000.

GIDI, Antonio, *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

GODOI, Marciano Seabra de, *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*, São Paulo, Ed. Dialética, 1999.

GRECO, Marco Aurélio, *Planejamento Fiscal e Interpretação da Lei Tributária*, São Paulo, Dialética, 1998.

_____e PONTES, Helenilson Cunha, *Inconstitucionalidade da Lei Tributária*, São Paulo, Dialética, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Da intervenção de terceiros*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Ação Declaratória Incidental*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, Ed. da Universidade de São Paulo, 1972.

_____. *Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional*, Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº. 8/9, São Paulo, 1996.

_____. *Controle da Constitucionalidade*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Processo nº 90, p. 11, abril-junho 1998.

GUERRA FILHO, WILLIS SANTIAGO, *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos, 2001.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, Trad. Flávio Beno S. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Era das Transições*. Trad. Fábio Sienbeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *A Inclusão do Outro; estudos de teoria política*. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HART, Herbert L.A. *El Concepto de Derecho*”, tradução de Genaro R. Carrio, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968

HAURIOU, Maurice. *apud* Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

_____. *A força normativa da constituição*, Sérgio Antonio Fabris, Editor, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, 1991.

HOBBS, Thomas, *O Leviatã*. São Paulo, Abril Cultural, 1982.

HORVATH, Estevão e RODRIGUES, José Roberto Pernomian, *Efeitos da Modificação de uma Decisão Judicial em Matéria Tributária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Processo nº 89, p. 43, janeiro-março 1998.

IHERING, Rudolf Von, *A Luta pelo Direito*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.

JARACH, Dino, *Curso Superior de Derecho Tributario*, Buenos Aires, Liceo Profesional Cima, 1969.

_____. *O Fato Imponível*, 1ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989.

JOBIM, Nelson e MENDES, Gilmar Ferreira, *O Supremo Tribunal Federal na Revisão Constitucional de 1.994*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 202, 1995.

KANT, Immanuel 1781: *Crítica da razão pura*. São Paulo. Abril. 1980

KELSEN, Hans *A Ilusão da Justiça*, 3ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria Geral das Normas*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. *Teoria Pura do Direito*, 6ª ed., Coimbra, Armênio Amado, 1984,

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges, 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LACERDA, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

LACERDA, Galeno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VIII, tomo I, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Calouste Gulbenkian, 1996.

LECHTE, John. *50 Pensadores Contemporâneos Essenciais*, 1a. ed., Rio de Janeiro, Difel, 1994.

LEFEBVRE, Henri. *Lógica Formal/Lógica Dialética*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 5 edição, Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1991.

LIEBMAN, Enrico Tulio, *Manuale di Diritto Processuale Civile*, 5ª ed., Milão, Giuffrè, 1992.

_____. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro - Limites Objetivos da Coisa Julgada*, Ed. Bushatsky, 1977.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo Civil*. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

LOURENÇO, Rodrigo Lopes, *Controle da Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do ST*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LUHMANN, Niklas. *El derecho como sistema social*. In: No Hay Derecho, ano V, nº.11, 1994.

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Participación y legitimación: ideas y experiencias. in: *La Participación. Anuari de la Facultat de Derecho*. Barcelona: Estudi general de Lleida, 1985.

MACHADO, Hugo de Brito, *Aspectos da Coisa Julgada em Matéria Tributária*, Revista dos Tribunais, 663/10, 1991.

_____. *Aspectos da Ação Rescisória em Matéria Tributária*, São Paulo, Repertório IOB de Jurisprudência, nº 11/95, p. 201, junho de 1995.

_____. *Curso de Direito Tributário*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999.

_____. *Declaração de Inconstitucionalidade e Direito Intertemporal*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 57, junho de 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

MARINS, James, *Notas acerca da Recente Lei das Ações Diretas - LAD*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 57, 2000.

_____. *Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário*, São Paulo, Dialética, 1998.

MARQUES, José Frederico, *Manual de Direito Processual Civil*, 3º. vol., Ed. Saraiva, 9a. edição, São Paulo, 1982.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.), *Direitos Fundamentais do Contribuinte*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Eficácia das Decisões do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Processo nº 97, p. 241, 2000.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer, *Efetividade da Jurisdição e Princípio da Eficiência na Administração Pública*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Processual nº 3, 2003

MEIRELLES, Hely Lopes, *Mandado de Segurança*, 22ª ed., São Paulo, Malheiros, 2000.

MELO, José Eduardo Soares de, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, 1ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1969.

MENDES, Gilmar Ferreira, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 2ª ed., São Paulo, Celso Bastos, 1999.

_____. *Jurisdição Constitucional*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de, *O Desmantelamento do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, AASP, Revista do Advogado nº 67, agosto de 2002.

_____, *Da ação rescisória*, in Revista do Advogado, São Paulo, vol. 27, pag. 48, 1989.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, 3ª ed., Coimbra, Coimbra, 1996.

MONTESQUIEU, Barão de. *O Espírito das Leis*. São Paulo, Martins Fontes, 1993.

MORAES, Alexandre de, *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de, *Compêndio de Direito Tributário*, Rio de Janeiro, Forense, 1987.

MORAES, Germana de Oliveira, *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade do Processo Legislativo*, São Paulo, Dialética, 1998.

MORETTI, Franco, *Conjecturas sobre a literatura mundial*, in: SADER, Emir. *Contracorrente: o melhor da New Lett Review*, em 2000. Rio de Janeiro: Record, 2001.

MOTTA, Sylvio e DOUGLAS, William, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2000.

NASCIMENTO FILHO, Firly, *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996

NEGRÃO, Theotônio, *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 29ª ed., São Paulo, Saraiva, 1998.

NEGRI, Guglielmo, *Il Quadro Costituzionale*, 2ª ed., Milão, Giuffrè, 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson, *Princípios de Processo Civil na Constituição Federal*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

NEVES, Celso, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VII, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, *Direito Tributário Atual*, volume 4, IBDT , Ed. Resenha Tributária, 1986.

NUNES, Antonio Rizzatto Nunes, *Manual da Monografia Jurídica*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999.

NUNES, Cleucio Santos, *Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo - Inconstitucionalidade de Eficácia contra todos e Efeito Vinculante*, São Paulo, Revista Dialética de Direito Tributário nº 56, maio de 2000.

OST, François. *O tempo do Direito*. Lisboa: Piaget, 1999.

PAULA, Alexandre de, *Código de Processo Civil Comentado*, vol. II, 2ª. Edição, revista e atualizada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.

PALU, Oswaldo Luiz, *Controle de Constitucionalidade: Conceitos, Sistemas e Efeitos*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

PASSOS, José Joaquim Calmon de, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. III, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993.

_____. *Instituições de Direito Civil*, vol. II, 15ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996.

PEREIRA, Milton Luiz, *Amicus Curiae – Intervenção de Terceiros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Processo nº 109, p. 39, janeiro-março 2003.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio, *Efeitos da Decisão de Inconstitucionalidade em Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, 2002.

_____. *Embargos à Execução e Decisão de Inconstitucionalidade – Relatividade da Coisa Julgada*, São Paulo, Dialética, RDDP nº 2, p. 99, 2003

PLATÃO de Atenas. *A República*. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1990.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *Comentários ao Código de Processo Civil – Vol. IV – Arts. 675-807*, Revista Forense, Rio de Janeiro, 1949.

_____. Francisco Cavalcanti, *Tratado da ação rescisória das sentenças e outras decisões*, Rio de Janeiro: Borsóí, 1957.

_____. Francisco Cavalcanti, *Tratado das Ações, tomo IV*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1973

_____. *Comentários à Constituição de 1967: com a emenda n. 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.

RAMOS, Dircêo Torrecillas, *Controle de Constitucionalidade por Via de Ação*, São Paulo, Madras, 1998.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa, *O Controle Concentrado de Constitucionalidade das Lei no Brasil*, São Paulo, Celso Bastos, 2000.

ROSAS, Roberto, *Direito Processual Constitucional*. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

ROSS, Alf, *Direito e Justiça*, Bauru, Edipro, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

SÁ, Djanira Maria Radamés de, *Duplo Grau de Jurisdição*, São Paulo, Saraiva, 1999.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de, e CONRADO, Paulo César, *Controle direto de constitucionalidade e repetição do indébito tributário*, Revista Dialética de Direito Tributário, n.º 86/27, 2002.

SANTIAGO, Myrian Passos, *Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Tempo e a Coisa Julgada em Matéria Tributária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, Revista de Processo nº 94, p. 109, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral, *Direito Processual Civil, volume 3*. 4ª. edição, São Paulo, Max Limonad, 1969.

SANTOS, J. M. de Carvalho, *Código de Processo Civil Interpretado, vol. IX*, São Paulo, Livraria Editora Freitas Bastos, 1947.

SAVIGNY, Friedrich Karl von, *Metodologia Jurídica*, Editora Rideel, São Paulo, 2005

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1996.

SILVA, De Plácido e, *Vocabulário Jurídico*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1967.

SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., 2000.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes, *Coisa Julgada: Direito Facultativo ou Imperativo?*, in Revista de Processo nº 95, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

SILVEIRA, Néri da, *A Dimensão Política do Judiciário e a Nova Constituição*, in *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 173, pp. 49-66, 1988.

SOUZA, Rubens Gomes de, *Compêndio de legislação tributária*, São Paulo. Ed. Resenha Tributária, 1975.

TALAMINI, Eduardo, *Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade*, Revista de Processo nº 106, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

TAVARES, André Ramos, *Tribunal e Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Celso Bastos, 1998.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. Malheiros. 22ª edição. São Paulo. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil*, 21ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1997.

_____. *Processo Cautelar*, 17ª ed., São Paulo, LEUD, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo, *Legalidade Tributária e Riscos Sociais*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 59, p.95, São Paulo, Ed. Dialética, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e, *Tempo e Processo*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *A causa petendi no processo civil*, 2ª. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

TUCCI, Rogério Lauria, e TUCCI, José Rogério Cruz e, *Devido Processo Legal e Tutela Jurisdicional*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1993.

UCKMAR, Victor, *Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário*, 2ª ed., São Paulo, Ed. Malheiros, 1999.

VIDIGAL, Luís Eulálio de Bueno, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1974.

VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e sistema de direito positivo*. 3ª ed., SP: RT, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, e TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1997.

WEFFORT, Francisco C., *Os Clássicos da Política*, 3ª ed., São Paulo, Ed. Ática, 1991.

WEBER, Max. *Objectivity in Social Science and Social Policy 1904*, in *The Methodology of Social Sciences*, Nova York, 1949.

ZAVASCKI, Teori Albino, *Ação rescisória em matéria constitucional*, em *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis*, vol .4, p. 1041, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Eficácia das liminares nas ações de controle concentrado de constitucionalidade*, Revista de Processo nº 98, p. 275, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

ŽIŽEK, Slavoj, *Por que todos adoramos Odiar Haider*, in: SADER, Emir. *Contracorrente: o melhor da New Lett Review*, em 2000. Rio de Janeiro: Record, 2001.

ZOHAR, Itamar Even, *Laws of Literery Interference*, in *Poetics Today*, 1990.