

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Tamara Ambra Ciorniavei Nannini

**A vinculação da Administração Pública Federal à tese fixada em recurso extraordinário
repetitivo**

Mestrado em Direito

São Paulo

2022

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

PUC-SP

Tamara Ambra Ciorniavei Nannini

**A vinculação da Administração Pública Federal à tese fixada em recurso extraordinário
repetitivo**

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 do Professor Doutor Robson Maia Lins.

São Paulo

2022

Banca Examinadora

.....

.....

.....

À Nossa Senhora, sob o título de "Virgen de La Vega Salamanca", fiel companheira de muitas manhãs, tardes e noites as quais me dediquei a este estudo.

À minha família, a quem devo muito do que sou, ao João e ao Matheus, minhas grandes alegrias e à Rebeca, minha grande inspiração.

Ao Érico, pelo companheirismo e apoio incansáveis na realização deste sonho.

O presente trabalho foi realizado com bolsa dissídio da Fundação São Paulo, mantenedora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP.

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é a realização de um sonho. Um sonho que começou na faculdade, quando nasceu em mim o encanto pela pesquisa por meio da iniciação científica e da atuação junto à coordenação de pesquisa do Centro Acadêmico João Mendes Júnior, em que tive o privilégio de conviver e compartilhar as alegrias e dificuldades da vida acadêmica. Um sonho que cresceu através da admiração que nutro no privilégio da convivência com grandes professores, com os quais aprendi que, mais do que ensinar, ser professor é aprender. Um sonho que precisou amadurecer para ser bem vivido.

Este sonho não se realiza apenas agora, mas se concretiza desde o dia em que nasceu em meu coração, e mais do que resultado de muito estudo, dedicação, renúncias, cansaço, reflexão, luz e sombras, mais do que gestos externos, são inúmeras as mudanças internas.

E como um bom sonho, não o vivi, e nem vivo sozinha. Talvez superasse em muito o número de páginas deste trabalho a quantidade de pessoas a quem tenho a agradecer, o apoio, a admiração, as orações, a compreensão, os sábios conselhos, o amor, pessoas que talvez nem imaginem o quanto contribuíram para que este momento fosse possível.

Começo pela minha família, em especial meus avós. Aos maternos, pela forma com que me ensinaram a olhar o Direito e a importância do estudo e da dedicação; aos paternos, que intercedem por mim no céu, e me inspiram a estar atenta ao outro. Aos meus pais, exemplos de fortaleza e persistência, pela descoberta do grande valor das pequenas coisas.

Agradeço à minha irmã Rebeca, que leu cada página e cada vírgula desta pesquisa, com comentários virtuosos e alegres, por todo apoio que me deu desde o desenvolvimento do projeto de pesquisa e por acompanhar de perto cada novo passo e cada nova transformação. Aos meus irmãos, João e Matheus, que nutrem a alegria em meu coração. Ao Érico, meu marido, por compartilhar tantos momentos de dedicação com palavras e atos de incentivo e por ler com tanto cuidado este trabalho.

Ao Dr. José Rodolpho Perazzolo, por cada sábio conselho e por ter apoiado desde o início a realização deste sonho.

Aos grandes amigos, que com ou sem qualquer experiência jurídica, escutaram com interesse e atenção a minha empolgada explicação sobre a pesquisa e os problemas que me incomodam e me impulsionam a refletir e conhecer mais.

Agradeço aos grandes professores com quem convivi, pelos desafios à reflexão e à dúvida, por tornarem ainda maior a admiração pela profissão acadêmica e que são exemplos que carregarei toda a vida.

Agradeço especialmente ao meu orientador, Dr. Robson Maia Lins, por cada encontro e discussão do tema, ampliando os horizontes da pesquisa e as especificidades das problemáticas propostas.

Agradeço ao professor Paulo de Barros Carvalho e à professora Maria Leonor Leite Vieira, que contribuíram ativamente na minha formação acadêmica e profissional, pelo encorajamento para o crescimento da vida acadêmica.

Aos meus colegas de trabalho, aos que tive e aos que tenho, que de alguma forma são parte desta pesquisa e deste sonho.

Principalmente, à Deus e à Nossa Senhora, a quem dediquei o tempo e amor que coloco neste trabalho.

RESUMO

NANNINI, Tamara Ambra Ciorniavei. *A Vinculação da Administração Pública Federal à Tese Fixada em Recurso Extraordinário Repetitivo*. São Paulo: PUC-SP, 2022. Dissertação de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Inspirado no *writ of error* norte-americano, o recurso extraordinário foi concedido como importante instrumento de uniformização interpretativa e controle da ordem jurídica pelo Supremo Tribunal Federal, refletindo atualmente importante instrumento no exercício do controle de constitucionalidade difuso desempenhado pela Corte. Em razão da "crise do recurso extraordinário", decorrente da desproporcionalidade entre a capacidade de julgamento de onze ministros e o volume de recursos diariamente distribuídos perante o Supremo advindos de todo o território nacional, é que tem ganhado cada vez mais espaço o movimento pela objetivação do recurso extraordinário, e a aproximação entre os modelos de controle concentrado e difuso. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o legislador ordinário atribuiu verdadeira eficácia vinculante aos acórdãos proferidos sob o rito de recurso extraordinário repetitivo, do qual advém a norma do precedente. Busca-se analisar com a presente pesquisa, à luz da legislação vigente, de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a vinculação da Administração Pública Federal à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no desempenho da atividade vinculante e privativa do lançamento tributário.

Palavras-Chave: Repartição de Poderes; Lançamento tributário; Princípio da legalidade estrita; Controle de constitucionalidade; Eficácia vinculante; Recurso repetitivo;

ABSTRACT

NANNINI, Tamara Ambra Ciorniavei. *A Vinculação da Administração Pública Federal à Tese Fixada em Recurso Extraordinário Repetitivo*. São Paulo: PUC-SP, 2022. Dissertação de Mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Inspired by the North American writ of error, the extraordinary appeal was granted as an important instrument of interpretative uniformity and control of the legal order by the Federal Supreme Court, currently reflecting an important instrument in the exercise of the diffuse constitutionality control performed by the Court. Due to the "extraordinary appeal crisis", resulting from the disproportionality between the judgment capacity of eleven ministers and the volume of appeals daily distributed before the Supreme Court from all over the national territory, the movement for objectifying of the extraordinary resource, and the approximation between the models of concentrated and diffused control. With the advent of the Code of Civil Procedure in 2015, the ordinary legislator attributed true binding effectiveness to judgments handed down under the rite of repetitive extraordinary appeal, from which the rule of precedent derives. The aim of this research is to analyze, in the light of current legislation, bibliographical and jurisprudential research, the link between the Federal Public Administration and the thesis signed by the Federal Supreme Court in the performance of the binding and exclusive activity of tax assessment.

Keywords: Division of state powers; Release of tax credit; Principle of strict legality; Constitutional review; Binding effect of the decision; Writ of error.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CF	Constituição Federal
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC	Código de Processo Civil
CRJ	Coordenação-Geral de Representação Judicial da Fazenda Nacional
CTN	Código Tributário Nacional
DIRPF	Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadoria
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PIS	Programa Integração Social
RFB	Receita Federal do Brasil
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1. DIREITO POSITIVO E NORMA JURÍDICA	23
1.1 Direito positivo e sistema	23
1.1.1. Ordenamento jurídico como sistema autopoietico	25
1.1.2. Validade, vigência e eficácia: produção normativa e efeitos da norma	30
1.2 Direito Positivo e Norma Jurídica	35
1.2.1. Norma Jurídica em sentido amplo e norma jurídica em sentido estrito	38
1.2.2. Norma jurídica completa: norma primária e norma secundária	45
1.3 Repartição de Poderes e a criação de normas jurídicas	48
1.3.1. Tripartição de Poderes e o Estado Democrático de Direito	48
1.3.2. Fontes do Direito	55
2. A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA	58
2.1. Teoria Hermenêutica tradicional: interpretação como mecanismo para estabelecer o sentido e o alcance da norma jurídica	58
2.1.1. Interpretação como atribuição do sentido e do alcance da norma jurídica	59
2.1.2. Técnicas de interpretação	61
2.2. Construtivismo Lógico Semântico e o Direito Positivo como linguagem	65
2.2.1. O movimento do "giro-linguístico" e a interpretação como construção de sentido	67
2.2.2. O percurso gerador de sentido e a construção da norma jurídica: Há uma interpretação "autêntica"?	69
3. A REPARTIÇÃO DE PODERES E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA	74
3.1. Poder Legislativo e a Regra-Matriz de Incidência Tributária	74

3.1.1. Produção legislativa e veículo introdutor primário e secundário	74
3.1.2. Regra-Matriz de Incidência Tributária	78
3.2. Administração Pública Federal e a interpretação do ordenamento jurídico: lançamento tributário e legalidade	85
3.2.1. Princípio da legalidade e a edição da norma individual e concreta do lançamento tributário	88
3.2.2. Lançamento Tributário: modalidades e definição.	94
3.3. Poder Judiciário e a interpretação do ordenamento jurídico: declarar e aplicar o direito para a solução de litígios	103
3.3.1. Controle de Constitucionalidade: do modelo europeu ao norte-americano	104
3.3.2. Constituição Federal de 1988 e o Modelo Misto de Controle de Constitucionalidade	108
3.3.3. Supremo Tribunal Federal e a interpretação da Constituição Federal	116
4. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO	120
4.1. Breves considerações históricas acerca do Recurso Extraordinário e as hipóteses de Cabimento: Art. 102, III, da CF/88.	120
4.1.1. writ of error norte-americano como inspiração do Recurso Extraordinário	120
4.1.2. Recurso Extraordinário e a Constituição Federal de 1988: hipóteses de cabimento previstas pelo art. 102, inciso III	126
4.2. Repercussão geral e a "objetivação" do Recurso Extraordinário	135
4.2.1. Repercussão geral e a EC 45/2004	135
4.2.2. O julgamento do recurso extraordinário pela sistemática da "repercussão geral": artigos 543-A e 543-B do CPC/73	143
5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPETITIVO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	149
5.1. É possível falar-se em precedente no "Civil Law"?	149
5.1.1. A função dos Tribunais Superiores: funções clássicas e funções contemporâneas	156

5.1.2. A constitucionalidade da sistemática de precedentes: breves considerações sobre o que diz a doutrina	163
5.2. Recurso Extraordinário Repetitivo: julgamento da lide ou fixação de tese?	171
5.2.1. Repercussão geral e o art. 1.035 do Código de Processo Civil	172
5.2.2. Sistemática de julgamento do recurso extraordinário repetitivo	178
5.2.3. Ratio decidendi e a tese jurídica: de onde vem a eficácia vinculante do acórdão firmado em recurso extraordinário repetitivo?	193
5.2.4. Há uma norma jurídica a partir do precedente?	200
6. A INCORPORAÇÃO DA TESE FIRMADA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPETITIVO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL	208
6.1. Há vinculação automática da Administração Pública Federal ao Precedente?	208
6.1.1. Legalidade tributária, autonomia entre os Poderes e os efeitos do controle de constitucionalidade abstrato.	208
6.1.2. Princípio da eficiência na atuação da Administração Pública e o ônus do litígio judicial	219
6.2. A manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) como requisito para a vinculação da Administração Pública Federal: Interpretação do precedente	226
6.2.1. Inesgotabilidade da interpretação: o texto que gera texto.	226
6.2.2. A edição de notas interpretativas pela PGFN: Lei nº 10.522/02 e Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014: a veiculação da "interpretação autêntica" formulada pela Administração Pública sobre o teor do precedente.	229
6.2.2.1. Notas explicativas de decisões que vinculam a Receita Federal do Brasil: uma perspectiva pragmática	240
CONCLUSÕES	247
REFERÊNCIAS	259

INTRODUÇÃO

Dentre as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, tem especial destaque a criação de uma "sistemática de precedentes", por meio da qual se atribui verdadeira eficácia vinculante a determinados pronunciamentos do Poder Judiciário.

Além das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e os enunciados das súmulas vinculantes, aos quais a própria Constituição Federal outorga efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, o legislador ordinário tornou obrigatória a observância, por juízes e tribunais, os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Especificamente quanto ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, que é objeto do presente estudo, a obrigatoriedade de sua aplicação em casos idênticos vai ao encontro da função de guardião da Constituição Federal atribuída ao Supremo Tribunal Federal, a quem compete dar a interpretação final em matéria constitucional.

Desde a sua concepção, inspirado no *writ of error* norte-americano, o recurso extraordinário representa importante instrumento de uniformização da interpretação da ordem jurídica no território nacional, destinando-se à reforma de decisões advindas dos diversos Tribunais Estaduais e Federais.

Não tardou, contudo, para que o bom desempenho dessa finalidade restasse fragilizado frente à quantidade de recursos distribuídos perante o Supremo, aumentando exponencial do acervo de processos e da morosidade para a obtenção da tutela judicial definitiva, culminando na "crise do recurso extraordinário".

Dentre as soluções amplamente discutidas, prevaleceu a criação pela Constituição Federal de 1988 do Superior Tribunal de Justiça, com o desmembramento da competência

infraconstitucional federal através do recurso especial, a qual se mostrou insuficiente para pôr termo à problemática, antes vivenciada por um Tribunal, e que passou a ser uma dura realidade para ambas as Cortes.

A fim de primar pela atuação do Supremo Tribunal Federal para o controle da ordem jurídica e para a formulação da interpretação final em matéria constitucional, associada à impossibilidade de absorção pelo Tribunal dos inúmeros recursos diariamente distribuídos e provenientes dos diversos Estados e Município do Brasil, é que ganha cada vez mais força a corrente pela objetivação do recurso extraordinário.

Ainda que a sua defesa tenha se iniciado em âmbito doutrinário e jurisprudencial, o próprio Poder Legislativo têm inserido modificações ao direito positivo tendentes ao reconhecimento da predominância do aspecto objetivo do recurso em detrimento da simples resolução da lide subjetiva pelo Supremo. Exemplo disso é o requisito de admissibilidade da repercussão geral, que impõe a demonstração pela parte recorrente de que o direito que pretende ver tutelado transcende o interesse subjetivo das partes, possuindo relevância política, social, jurídica e econômica.

A tendência de objetivação do recurso extraordinário encontra-se igualmente presente na vinculação dos juízes e tribunais ao acórdão proferido pelo rito de julgamento de recurso extraordinário repetitivo (art. 927, III, CPC/15), o que acaba por aproximar os modelos de controle difuso e concentrado, já que também no formato difuso a Suprema Corte, além de solucionar uma lide concreta, realiza o controle de constitucionalidade da norma em seu aspecto abstrato e com efeitos para além das partes.

Exsurge daí a problemática que se pretende enfrentar através deste estudo: diante da aproximação entre os modelos concentrado e difuso, poderia também o acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo vincular a Administração Pública Federal, especificamente quanto ao exercício da competência privativa de efetuar o lançamento tributário? E mais, qual seria a função dos Pareceres e Notas Explicativas editadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre a orientação firmada pelo Supremo? Poderiam, na condição de veículo introdutor secundário, atribuir eficácia vinculante ao acórdão perante a Administração?

Esclareça-se, de antemão, que a atividade desempenhada pela Administração através do lançamento tributário se dá nos estritos termos da legislação tributária, à luz do princípio da legalidade estrita (art. 150, I, da CF/88) que permeia todas as relações jurídico tributárias. Isto não significa afastar a existência de interpretação pela Fazenda do texto legal. Em sentido contrário, a interpretação da lei é imprescindível para a construção da norma jurídica e sua posterior aplicação ao caso concreto.

Adotando-se os ensinamentos do Construtivismo Lógico-Semântico, tem-se que o texto, por si mesmo, não expressa um sentido, cabendo ao intérprete construí-lo mentalmente a partir do suporte físico, ou seja, do texto do direito positivo. Por sofrer interferências de ordem subjetiva e objetiva, como a depender do contexto em que o texto se encontra, é possível que a partir de um mesmo enunciado sejam construídas duas ou mais interpretações distintas.

Exemplo disso é a formulação de interpretações conflitantes pela Administração Pública e pelo contribuinte acerca da legislação tributária, ensejando, não poucas vezes, o ajuizamento de ações objetivando sanar tal controvérsia. É inconcebível, contudo, que a propositura de demandas envolvendo idêntica controvérsia, ajuizada por sujeitos que se encontrem em igualdade de condições e submetidos à mesma lei, possam resultar em decisões judiciais distintas.

A obtenção da tutela jurisdicional não pode se caracterizar como uma "loteria", na qual um contribuinte de mais sorte obtém provimento favorável à sua pretensão, e outro não, configurando a redução da carga tributária verdadeira vantagem concorrencial, por admitir maior margem de negociação de lucro, o que vai de encontro à liberdade econômica e livre concorrência.

Nesta senda, precisamente em vista da especificidade com que se dedicou o Poder Constituinte à regulamentar a competência tributária e os princípios constitucionais que regem a arrecadação de tributos, é que os conflitos tributários com certa frequência envolvem controvérsias constitucionais, seja quanto à interpretação da norma conforme a Constituição, seja quanto ao questionamento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma jurídica.

Tal cenário bem atesta a importante função desempenhada pela Suprema Corte por meio do controle de constitucionalidade difuso, realizado através do rito do recurso extraordinário repetitivo envolvendo questões tributárias, a fim de que se estabeleça a interpretação que deve prevalecer à luz dos ditames constitucionais, de forma uniforme e isonômica.

E, estando atrelada à estrita legalidade, poderia a Administração Pública, diante da constitucionalidade ou inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal - a quem compete a interpretação final em matéria constitucional - autorizada a proceder o lançamento de forma distinta da orientação firmada pelo Supremo? E em caso de norma declarada inconstitucional?

Ainda que não exista previsão constitucional expressa autorizando a vinculação da Administração ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo - nem mesmo à acórdão proferido em recurso extraordinário - a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a função precípua do Supremo Tribunal Federal, a objetivação do recurso extraordinário e os princípios constitucionais da eficiência e da proporcionalidade, que orientam a conduta fazendária, vão ao encontro desta vinculação.

Tal conclusão, cabe notar, perpassa por dois importantes questionamentos. Ao se admitir que haveria vinculação também à Administração, deve-se estabelecer a que esta estará vinculada, ou seja, a que parcela do precedente se refere a vinculação. Há ainda, neste ponto, a ponderação acerca da produção de uma norma a partir do precedente, de caráter geral e abstrato, que esbarra no tema da tripartição de poderes e na função tipicamente desempenhada por cada um.

O segundo ponto diz respeito à finalidade da resolução do Senado Federal prevista pelo artigo 52, inciso X, da CF/88 e a mutação constitucional do dispositivo, admitido atualmente como mecanismo para dar publicidade ao julgamento do Supremo.

A fim de embasar a hipótese proposta, é imprescindível ter claras algumas premissas que lhe servirão de base, partindo-se da concepção que será adotada para Direito Positivo e norma jurídica, a fim de delimitar o objeto de estudo, já que nos dedicamos a analisar

somente as normas positivadas, sendo relevante considerar a distinção entre norma jurídica e norma não jurídica.

Além disso, cabe notar a classificação das normas jurídicas em sentido amplo e em sentido estrito, norma primária e norma secundária (processual) e se individuais e gerais ou concretas e abstratas, estando este último ponto intrinsecamente relacionado à tripartição de Poderes, às fontes do direito positivo, e a delimitação das funções típicas e atípicas desempenhada pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo Judiciário, assim como, para que ao final possamos classificar a norma do precedente (proveniente do acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo) e os efeitos que produz em nosso sistema, especialmente em relação à Administração Pública.

Diante da relevância da interpretação para a aplicação da norma jurídica, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário, nos dedicamos à abordar a teoria hermenêutica tradicional e a percepção de interpretação dada pela Escola do Construtivismo Lógico-Semântico, traçando os pontos de aproximação e de distinção, a fim de estabelecer um sentido para a expressão "interpretação autêntica", que servirá tanto para analisarmos a interpretação da norma jurídicas e a sua relação com os feixes de atuação de cada Poder.

Verificaremos a relação entre o princípio da legalidade estrita, que vigora em matéria tributária, e a produção legislativa, especialmente quanto à regra-matriz de incidência tributária e os critérios que a compõem. Em seguida, será tratada a atividade interpretativa da Administração e a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, reforçando a ideia de que o ato de aplicação da norma é, igualmente, ato de produção, e os limites em que o lançamento é efetuado.

Dentre as funções desempenhadas predominantemente pelo Poder Judiciário, em vista do recorte metodológico proposto, daremos ênfase ao controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando a perspectiva histórica do recurso extraordinário como elemento que venha a confirmar o papel que o recurso desempenha em nosso ordenamento, assim como, as especificidades do modelo concentrado e a atuação da Corte, a fim de estabelecer as diferenças e semelhanças entre os modelos.

Precisamente por nos dedicarmos ao recurso extraordinário repetitivo, cabe primeiro abordar os aspectos gerais do recurso e a sua regulamentação, hipóteses constitucionais e legais de cabimento, requisitos de admissibilidade e as modificações decorrentes do movimento pela "objetivação" da via recursal, em especial, a instituição da repercussão geral e a sistemática de julgamento estabelecida sob a vigência do Diploma Processual de 1973.

Passaremos à regulamentação do recurso extraordinário pelo Código de Processo Civil e a criação do rito de julgamento para recursos extraordinários múltiplos, em que exige-se a multiplicidade de demandas versando sobre idêntica controvérsia. Antes, porém, para melhor tratar, ainda que brevemente, da controvérsia existente na doutrina acerca da constitucionalidade da sistemática de julgamento, assim como, da sua legitimidade frente ao feixe de competência outorgado ao Supremo pela Magna Carta, abordaremos as funções dos Tribunais Superiores, classificadas em clássicas e contemporâneas, buscando identificar àquelas desempenhadas pelo Supremo por meio do recurso extraordinário.

Admitindo-se a vinculação do acórdão proferido em atenção ao rito de recurso extraordinário repetitivo, buscaremos delimitar a que parcela do acórdão recai a vinculação, tratando da figura da tese jurisprudencial expressamente definida pela Corte e da *ratio decidendi*, para então afirmar que há, de fato, uma norma advinda do precedente e a sua natureza geral e abstrata. Aqui se pretende enfrentar a primeira problemática.

A segunda, que é o coração deste trabalho, será enfrentada no último capítulo, em vista das conclusões alcançadas nas premissas e no desenvolvimento da pesquisa, que tem o importante pressuposto da inesgotabilidade da interpretação e de que, mesmo a norma do precedente, demanda a interpretação para posterior aplicação.

Retomando a legalidade tributária e a autonomia entre os Poderes, abordaremos primeiro os efeitos do controle de constitucionalidade abstrato, que pode ser realizado de forma principal (modelo concentrado) ou incidental (modelo difuso), trazendo os pontos que refletem a aproximação entre os modelos existentes e a vinculação da Administração fazendária.

A confirmar a necessidade de vinculação também à orientação firmada pelo Supremo Tribunal por meio do recurso extraordinário repetitivo para fins de lançamento

tributário, cabe ressaltar os princípios que regem a atuação da Administração, em especial os princípios da eficiência e da proporcionalidade, e como estes valores se relacionam com os dados numéricos atuais sobre a ineficiência da arrecadação tributária pela via da execução fiscal.

Da análise destes dados, é que se conclui pela necessidade latente da adoção de medidas que tornem a gestão de débitos pendentes mais eficiente e se deem em âmbito administrativo, utilizando os recursos públicos para custear a constituição e a exigência de valores efetivamente devidos.

Insistir na fiscalização e constituição através do lançamento de crédito fundado em norma jurídica declarada inconstitucional ou em desconformidade com a interpretação constitucional firmada em sede de recurso extraordinário repetitivo, que será necessariamente cancelada judicialmente, importa em ônus infundado à Administração e aos particulares.

Neste passo, é que buscaremos na legislação vigente, em especial na Lei nº 10.522/2002, e nas Portarias expedidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, com destaque para a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014, de que forma as orientações da Suprema Cortes nestes julgamentos têm sido adotadas e as medidas propostas em vista do melhor aproveitamento da atuação do ente fazendário.

Por fim, trataremos de alguns Pareceres e Notas Explicativas formuladas pela Administração Pública Federal sobre julgados da Suprema Corte a fim de analisar a sua finalidade e a veiculação da interpretação "autêntica" do precedente, assim compreendida como a interpretação, dentre as possíveis, que deve prevalecer em âmbito administrativo, trazendo uniformidade e previsibilidade na atuação fazendária.

1. DIREITO POSITIVO E NORMA JURÍDICA

1.1 Direito positivo e sistema

Portador de grande sabedoria, há um antigo ensinamento que diz que "a sua liberdade termina onde a do outro começa". A profundidade desta frase pode, por vezes, passar despercebida pela simplicidade aparente de suas palavras e pela pequena extensão da oração.

Mas, a partir de um olhar reflexivo, é possível perceber o grau de profundidade que carregam tão singelas palavras, e que expressam uma forma bastante concreta de viver bem em sociedade, exercendo cada qual os direitos e deveres que lhes cabem, com liberdade de decisão, sem que isso implique a violação dos direitos do outro.

Em um mundo ideal, tal ensinamento seria apenas a descrição da postura adotada para a convivência social plena e pacífica. Tal percepção idealizada, contudo, passa ao largo da realidade social, repleta de complexidade, subjetividade, interesses individuais e coletivos por vezes conflitantes e que, em situações extremas, poderiam tornar insustentável a convivência humana.

A despeito dos conflitos que possam surgir, o ser humano é, por essência, um ser social, que vive a sua individualidade inserido no contexto de certa sociedade. Neste cenário, o direito atua como mecanismo que busca a estabilização das relações sociais, prescrevendo condutas no plano do "dever-ser", modalizadas deonticamente como obrigatórias, permitidas ou proibidas.

Mas, não somente as normas jurídicas se destinam a regulamentar condutas, existindo inúmeros outros regramentos inseridos no seio da complexidade social que atuam como orientadores do ser humano, seja considerado em sua individualidade, seja dentro de uma certa coletividade. Tais regramentos, ainda que expressem valores de extrema relevância - como as normas morais e éticas - e de fato atuem no âmbito social orientando a adoção de certas posturas, são desprovidas de juridicidade - ao menos no âmbito do direito positivo.

Pode-se pensar, por exemplo, no contexto de um estudante, a quem são postas diversas normas de conduta dentro da sala de aula, como o dever de entregar tarefas escolares,

realizar apresentações em sala, ter respeito no relacionamento com os professores e colegas de turma, dentre outros.

O cumprimento ou o descumprimento desses deveres poderão ensejar consequências positivas ou negativas, como a atribuição de uma nota melhor ou pior, o reconhecimento pessoal do esforço empreendido nos estudos ou a advertência em razão da inobservância das obrigações estudantis, sendo o objetivo principal o desenvolvimento pessoal e o aprendizado.

Dessa ilustrativa narrativa, pode-se inferir que a adoção desta ou daquela postura pelo nosso estudante pode desencadear efeitos positivos ou negativos, de modo inclusive a estimular ou desestimular certas condutas.

Imagine-se ainda que, submetido a uma avaliação escrita, este tenha sido surpreendido pelo professor copiando as respostas de outro colega. No âmbito escolar, este aluno poderá receber um tipo de sanção, como ter a nota da avaliação zerada, receber advertência ou até mesmo ser reprovado naquela matéria.

No âmbito do direito positivo, contudo, não necessariamente tal "cópia" possui relevância ou consequências jurídicas. Isso porque, as normas escolares editadas no âmbito do Colégio não possuem juridicidade, impondo que a eventual atuação estatal encontre amparo em prescrições contidas no ordenamento jurídico.

O que se pretende dizer, com isto, é que por mais relevante que possam ser as regras escolares e, por mais que possam produzir efeitos concretos na vida dos envolvidos, estas não serão consideradas como normas jurídicas.

Mas, o que torna certa norma "jurídica"? Se tanto a norma jurídica como a não jurídica podem ensejar consequências concretas no plano do "ser", o que as diferencia na regulação das relações intersubjetivas? E, ainda, qual a relevância de se estabelecer as normas que compõem e as que não compõem o ordenamento jurídico? Estas são algumas das questões que nos propomos a enfrentar neste capítulo inicial, e que servirão de fio condutor para o desenvolvimento desta pesquisa.

1.1.1. Ordenamento jurídico como sistema autopoietico

Como ensina Fabiana Del Padre Tomé¹, originariamente a teoria do conhecimento se dedicava ao estudo da relação entre o sujeito e o objeto, a partir do objeto (ontologia), do sujeito (gnosilogia) ou da relação de ambos (fenomenologia).

Para a filosofia do conhecimento, a linguagem corresponderia ao vínculo entre o sujeito e o objeto, de modo que, o conhecimento da verdade resultaria da correspondência entre a proposição linguística e o objeto referido.

Essa percepção foi modificada a partir da filosofia da linguagem, que tem como marco inicial a obra de Wittgenstein, passando a linguagem a ser considerada como independente do mundo da experiência, o que originou o movimento conhecido como "giro linguístico".

Para esta concepção, o conhecimento é fruto da relação entre linguagens, entre significações. Assim, o objeto do conhecimento deixa de ser as coisas em si mesmas, e passa a ser as proposições que as descrevem, sujeitas a valoração de verdade ou falsidade.

A realidade já não antecede mais a linguagem, sendo por ela descrita, mas passa a ser constituída, criada pela própria linguagem. Sem a linguagem, os eventos se esvaziam no tempo e no espaço, e, embora exatamente por isso sejam inalcançáveis plenamente, poderão ser conhecidos a partir da sua construção por ato linguístico. Neste sentido, não há como conceber um conhecimento pleno dos eventos, mas apenas da parcela convertida em linguagem:

"O conhecimento pressupõe a existência de linguagem. A realidade do ser cognoscente caracteriza-se exatamente por esse conhecimento do mundo, constituído mediante linguagem. Não é possível conhecermos a coisa tal como se apresentam fisicamente, fora dos discursos que a elas se referem. Por isso, nossa constante afirmação de que a linguagem cria ou constitui a realidade."²

¹ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4. ed.rev, atual. São Paulo: Noeses, 2016. p. 08/09.

² *Ibidem*, p. 13.

Nessa mesma toada, ao tratar da forma pela qual o ser humano conhece o mundo que o circunda, Robson Maia Lins, firme na premissa de que o conhecimento se opera mediante a construção linguística, chega a afirmar que não existe um fato antes da interpretação. Para tanto, não nega que exista um objeto físico independente da linguagem, contudo, o seu acesso pelo sujeito cognoscente depende necessariamente da linguagem.

"Na firme convicção de que o conhecimento se opera mediante construções linguísticas, podemos afirmar que um fato inexistente antes da interpretação. São mediante interpretações, construções de sentido e significações que o homem chega aos eventos, aos acontecimentos do mundo circundante, sendo imprescindível a existência de um corpo linguístico para fazer conexão entre o homem e a realidade. Todavia, isto não significa que inexistente qualquer objeto físico quando não houver linguagem. O que estamos falando é que só teremos acesso às coisas que existem no mundo através da linguagem (...)"³.

Importa notar, com isto, que não há a negação da existência dos objetos físicos externos ao ser humano, e, sim a percepção de que o conhecimento sobre este determinado objeto não pode se dar por outro meio senão pela linguagem.

Os sentidos e a percepção são imprescindíveis para o ato do conhecimento, em que pese o contato físico, por si só, não se mostre suficiente para que se possa conhecer algo. Neste sentido, Fabiana Del Padre Tomé⁴ cita as lições de Leonidas Hegenberg que, em aprofundamento sobre o estudo do conhecimento, identifica três espécies de saber: (i) saber de; (ii) saber como; e o (iii) saber que.

A primeira fase do ato do conhecimento corresponde ao "saber de", que seria a forma mais rudimentar de compreender o mundo, a atribuição de um sentido mínimo às coisas que circundam o ser cognoscente, permitindo identificá-la mediante a percepção.

O "saber como", por sua vez, corresponde ao conhecimento mais claro e complexo das coisas, abrangendo as relações de causa e efeito. Por fim, o "saber que" é o grau mais avançado do ato de conhecimento, resultado da vivência, aliada a interferências intelectivas.

³ LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 21.

⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A Prova no Direito Tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015*. 4ª. Ed., rev., atual. São Paulo: Noeses, 2016. p. 15.

Tal é a importância do sistema de referência para o ato de conhecimento que é possível afirmar que o segundo não existe sem o primeiro. Os objetos adquirem significado exatamente por estarem colocados dentro de um sistema de referência, pois "é algo inteligível à medida que é concebida sua posição em relação a outros elementos, tornando-se clara sua postura relativamente a um ou mais sistemas de referência"⁵.

Nesse passo, podemos concluir que sistema é o conjunto de elementos estruturados e relacionados entre si e aglutinados perante um referencial comum⁶, dentre os quais nos interessam, neste momento, o sistema do direito positivo e o sistema da ciência do direito.

A ciência pode ser concebida como a atividade de construir novos enunciados linguísticos - obedecendo os modelos artificiais para a comunicação científica - sobre determinado objeto de estudo, dedicando-se, a ciência do direito, à emissão de enunciados descritivos do sistema do direito positivo.

É por isso que se diz que a linguagem científica seria uma metalinguagem, porquanto a linguagem descritiva do cientista tem por objeto a linguagem prescritiva do direito.

Mas, e o que compõe o sistema do direito positivo? Há equivalência entre ordenamento jurídico e sistema do direito positivo?

Sobre o tema, Tárek Moysés Moussalem admite a distinção entre sistema e ordenamento, utilizando o primeiro para referir-se ao conjunto de normas estaticamente consideradas, e o segundo, em seu sentido dinâmico:

"A visão estática do ordenamento permite ao jurista a construção de conceitos como *validade, vigência, eficácia, obrigação, relação jurídica, obrigatório, proibido, permitido*, dentre outros.

A visão dinâmica do direito positivo, como conjunto cujos componentes se originam do ato de enunciação, além de fornecer conceitos fundamentais como *norma fundamental, hierarquia normativa, fontes do direito*, demonstra que o ordenamento jurídico está sujeito à expansão, à contração e à revisão em certo lapso temporal. Enunciados prescritivos, proposições isoladas e

⁵ TOMÉ, Fabiana Del Padre. ***A Prova no Direito Tributário: de acordo com o código de processo civil de 2015***. 4. ed.rev, atual. São Paulo: Noeses, 2016. p. 15.

⁶ LINS, Robson Maia. ***Curso de direito tributário brasileiro***. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 21.

normas jurídicas estão em intermitente composição e decomposição, tudo de acordo com as regras sintáticas do próprio ordenamento jurídico."⁷

Embora a partir de outra perspectiva, Gregorio Robles igualmente admite haver distinção entre o ordenamento e o sistema do direito positivo, sendo o primeiro o conjunto de disposições jurídicas desorganizadas e produzidas por pessoas distintas em momentos históricos diversos:

"Podremos afirmar que el ORD es un gran texto, compuesto por textos parciales (cada ley, cada sentencia, etc.), los cuales en su conjunto conforman una unidad, y por eso somos capaces de referirnos al conjunto como un ORD. Esos textos parciales han sido creados en momentos históricos diferentes, por diversos autores. No son, por tanto, homogéneos, ni responden siempre a la misma mentalidad o enfoque. Por eso, se puede afirmarse que todo ORD constituye un texto jurídico *bruto*."⁸

A organização destes elementos racionalmente sob um determinado referencial comum é que seria o sistema, dependendo da atividade do jurista que, cuidadosamente, ajusta os elementos do conjunto objetivando alcançar uma unidade organizada.

Discordando desta distinção, Paulo de Barros Carvalho considera que também o direito positivo é dotado de um mínimo de organização e racionalidade, empregando como sinônimo ordenamento jurídico e sistema de direito positivo, mormente porque adota “sistema” não somente como discurso da Ciência do Direito, mas também com o domínio finito, mas indeterminável, do direito posto⁹.

Assim, em vista da premissa normativista do Direito, inspirada pelas lições de Hans Kelsen, considera-se o ordenamento jurídico como o conjunto de normas positivadas vigentes em determinado território e constitutivas de uma realidade própria e autônoma à realidade social: a realidade jurídica.

Dando um passo além, o Construtivismo Lógico-Semântico considera o Direito como linguagem e o ordenamento jurídico como um sistema comunicacional, classificado na

⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Editora Noeses, 2005. p. 129.

⁸ ROBLES, Gregorio. Ordenamiento, sistema, ámbito: la función comunicacional de la dogmática jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES, Gregorio (coord.) *Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha*. São Paulo: Noeses, 2017. p. 387.

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método* 6º ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 226.

Teoria dos Sistemas como modelo autopoietico, na medida em que detém tamanha autonomia que cria as próprias regras e regulamentações, como bem destaca o citado autor ao mencionar as lições de Teubner:

“O sistema jurídico aparece aqui concebido como sistema autorreferencial e autorreprodutivo de actos de comunicação particulares (os actos jurídicos), ou seja, um sistema constituído por eventos comunicativos específicos que, simultaneamente, se autorreproduzem à luz do código binário “lícito/ilícito”, se articulam recursiva e circularmente entre si, definem as fronteiras do sistema jurídico, e constroem seu meio envolvente próprio (“realidade jurídica”): numa palavra, um sistema comunicativo “normativamente fechado”. Sempre que as normas jurídicas entram no cálculo de outros subsistemas, apenas o fazem porque as mesmas foram tidas como importantes pelos códigos binários correspondentes (Moral, Religião, Economia, etc.)”¹⁰.

É peculiar ao sistema do direito posto a estrutura hierarquizada em que estão dispostas as suas normas, regida por relações de derivação e fundamentação, seja no aspecto formal seja no material, o que lhe imprime esse caráter dinâmico de auto regulação, transformação e criação. Assim, “vê-se que a hierarquia exsurge como autêntico axioma de toda e qualquer ordem positiva”¹¹.

Complementando os posicionamentos vistos até aqui, Robson Maia Lins pontua que as expressões ordenamento jurídico e sistema de direito positivo podem ainda ser utilizadas para designar etapas diferentes do processo de interpretação:

"Ordenamento jurídico, sob tal perspectiva, corresponderia aos enunciados prescritivos que servem de suporte para a construção das normas jurídicas, as quais, estas sim, integrariam o sistema jurídico. Assim consideradas tais expressões designam vieses de um mesmo objeto, não sendo possível estabelecer entre esses elementos qualquer relação de hierarquia, mas de implicação, onde a construção de um (a norma jurídica - sistema depende da existência do outro (o enunciado - ordenamento)).”¹².

Para o presente trabalho, adotaremos a posição de Paulo de Barros Carvalho, tratando como sinônimos o sistema de direito positivo e o ordenamento jurídico, sem, contudo, desconsiderar as ponderações trazidas por Robson Maia Lins quanto aos planos da

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método* 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 228.

¹¹ *Ibidem*, p. 233.

¹² LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 34.

interpretação, especialmente ao considerar as etapas do percurso gerador de sentido e a construção da norma jurídica.

1.1.2. Validade, vigência e eficácia: produção normativa e efeitos da norma

Como visto, em se tratando o direito positivo de sistema autopoietico, incumbe ao próprio sistema do direito posto definir o que é e o que não é "Direito", delimitando os critérios para que determinada norma seja considerada jurídica e qual o procedimento para que seja validamente constituída (aspecto procedimental e material).

Trazendo à tona o exemplo do nosso estudante, inserido no contexto de regulamentos expedidos no âmbito restrito do colégio, logo podemos perceber o motivo pelo qual tais normas são desprovidas de juridicidade.

Ainda que se trate de linguagem prescritiva destinada a regulamentar as condutas dos estudantes, professores e demais funcionários do colégio, o fato é que o emissor do regramento não está credenciado pelo ordenamento como competente para emitir enunciados jurídicos. Também assim se dá quanto ao procedimento adotado no âmbito interno para a emissão destas normas.

Não se pretende dizer, com isto, que inexistem normas jurídicas que regulamentam as relações intersubjetivas que se instauram neste âmbito, contudo, realizando um recorte desta realidade, o que se busca é tão somente elucidar que existem regramentos postos pelo colégio, que repercutem efeitos no âmbito das relações ali instauradas, mas que não são jurídicas.

Feitas estas breves considerações e tendo a clara premissa de que norma jurídica é aquela contida no ordenamento jurídico, porquanto produzida de acordo com os regramentos impostos pelo próprio direito, cabe agora ponderar a que se referem os conceitos de validade, vigência e eficácia da norma.

No que se refere à validade, Paulo de Barros Carvalho a considera como sinônimo de existência jurídica. Isto porque, para que determinada proposição prescritiva possa ser considerada norma jurídica e, portanto, existente para o direito, esta deve ser válida:

“Inseridos, portanto, dentro dessa autoconstitutividade da realidade deôntica, um mandamento qualquer só adquire *status* de jurídico por pertencer a determinado sistema de direito positivo e o critério de pertinência é exatamente o sinal decisivo de sua validade. Uma norma “N” é válida no sistema jurídico se, e somente se, pertencer a esse conjunto, o que significa admitir que foi produzida por órgão previsto pelo sistema, consoante procedimento específico nele também estipulado”¹³.

Aurora Tomazini¹⁴ ressalta que a concepção de validade pode ser concebida de formas distintas a depender do modelo teórico adotado: (i) para o jusnaturalismo, será válida a norma que atenda às exigências fixadas na ordem natural, implementando o valor a lei natural, eterna ao ser humano; (ii) já o realismo jurídico considera válida a norma jurídica a depender da sua aceitação por determinada sociedade, sendo cumprida ou aplicada pelo Tribunal; e (iii) sob a perspectiva do positivismo jurídico, a validade é um atributo da norma, apta a produzir efeitos, e que tem por critério de validade jurídica o fundamento em norma de superior hierarquia.

Para esta última, a norma inserida no ordenamento jurídica é presumidamente válida, até que verificada *a posteriori*:

"O existir juridicamente não pressupõe que a norma esteja de acordo com o ordenamento, nem em perfeita sintonia com as regras que lhe fundamentam, condição que é verificada *a posteriori*. Primeiro se admite a norma como válida e depois verificamos se há ou não fundamentação jurídica para sua existência. O problema deste conceito de validade está na eleição dos critérios que determinam a existência da norma no sistema, isto é, quais os requisitos que uma regra deve apresentar para a identificarmos como jurídica." ¹⁵

Os critérios passíveis de verificação posterior referem-se à norma (i) ter sido produzida por autoridade competente e (ii) em atenção ao procedimento próprio. A Autoridade competente é o emissor da mensagem, ou seja, o órgão credenciado pelo sistema como apto para nele inserir normas jurídicas. O procedimento adequado, por conseguinte, diz respeito à

¹³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método* 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 236.

¹⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 707.

¹⁵ *Ibidem*, p. 717.

forma de produção da mensagem, prescrita pelo direito como própria para a produção de enunciados jurídicos.

"As normas não adquirem validade após o controle de sua produção, elas nascem válidas ou inválidas (jurídicas ou não-jurídicas), de acordo com sua enunciação-enunciada. Posteriormente, aferimos se a norma válida foi criada em conformidade com as regras que disciplinam sua produção, o que poderá servir como motivo para uma futura desconstituição. Mas, para que isso aconteça, temos que, primeiramente, aceitar sua existência no mundo jurídico (validade)"¹⁶

Considera-se jurídica, assim, a norma que foi inserida ao ordenamento jurídico, cuja validade é presumidamente considerada, até que venha a ser questionada judicialmente, oportunidade em que serão aferidos os requisitos impostos pelo Direito para que a sua constituição possa ser tida como válida ou para que haja a determinação de sua expulsão do sistema. Como bem ressalta Robson Maia Lins:

"Para aqueles que diferenciam validade de existência, a obediência a esses critérios (sujeito competente, procedimento, adequado e matéria) é condição de validade da norma. Para nós, porém, tais requisitos são condição não para que a norma ingresse no conjunto, mas sim para que ela permaneça. Afinal, o sistema, como já destacado, tem uma estrutura piramidal, em que uma norma fundamenta a produção de outra, de modo que a norma teria de encontrar conformidade com o sistema para permanecer válida."¹⁷

Ainda que haja divergência quanto à validade ser um atributo da norma ou referir-se ao vínculo que se estabelece entre esta e determinado sistema, vínculo este de pertinencialidade, de modo que ou a norma é válida e pertence ao sistema, ou ela não existe como norma jurídica¹⁸, diversamente se dá quando tratamos da vigência e da eficácia, que são comumente reconhecidos como atributos da norma jurídica válida.

A vigência refere-se à força que detêm a norma para irradiar efeitos jurídicos em certo espaço territorial e temporal. Está diretamente relacionada à prontidão para incidir e

¹⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 728.

¹⁷ LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 96.

¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100

propagar efeitos diante da ocorrência do mundo fenomênico do evento descrito no antecedente normativo.

Se a norma, embora válida, ainda não tenha aptidão de produzir efeitos no mundo do direito e regular as condutas por ele prescritas, será considerada como norma não vigente, a exemplo do período em que ainda não transcorreu o prazo da *vacatio legis* que, exceto se previsto diversamente por lei, será de 45 dias depois de oficialmente publicada¹⁹.

Especificamente no âmbito do Direito Tributário, a Magna Carta impõe, dentre outras garantias asseguradas ao contribuinte, a observância da anterioridade geral e da anterioridade nonagesimal, vedando a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou, no primeiro caso, ou antes de decorridos noventa dias da sua publicação, no segundo.

Ou seja, a norma instituidora ou que majora o tributo, mesmo publicada e presumivelmente válida, apenas terá condições de produzir efeitos após o lapso temporal prescrito pela Constituição Federal, observadas as exceções constitucionalmente estabelecidas.

Nesta perspectiva, decorrido o período da *vactio legis*, como regra geral, ou observados os princípios da anterioridade geral e/ou nonagesimal, tem-se a chamada vigência plena da norma, podendo ser parcial, na hipótese de desencadear efeitos apenas sobre acontecimentos passados ou para acontecimentos futuros.

A eficácia da norma, por sua vez, diz respeito à produção efetiva dos efeitos a que está apta a produzir, podendo ser classificada como técnica, jurídica e social, interessando à dogmática jurídica apenas as duas primeiras.

"Uma norma válida pode já ser vigente, e, no entanto, não ter eficácia. Vigência e eficácia são qualidades distintas. A primeira refere-se ao tempo de validade. A segunda, à produção de seus efeitos. A capacidade de produzir efeitos depende de certos requisitos. Alguns são de natureza fáctica; outros, de natureza técnico-normativa. A presença desses requisitos fáticos torna a

¹⁹ Decreto-lei nº 4.657/1942. Art. 1º. Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

norma efetiva ou socialmente eficaz quando encontra na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos."²⁰

A eficácia técnica refere-se à qualidade que a norma ostenta ao descrever fatos que, se verificados, terão aptidão de irradiar efeitos após removidos os obstáculos que podem se dar no plano da sintática, da semântica e da pragmática.

Não possui eficácia técnica sob o aspecto sintático a norma que não possa produzir efeitos diante da inexistência no ordenamento de outra que a regulamente ou por força de norma inibidora de sua incidência ou (ii) pela falta de outras regras regulamentadoras, de igual ou inferior hierarquia.

A ineficácia técnica semântica está relacionada às condições materiais sem as quais a linguagem jurídica não pode produzir os efeitos que lhe são próprios, como quando falta algum elemento significativo, por exemplo.

Já a ineficácia técnica pragmática diz respeito às normas que caíram no desuso pelos Tribunais, não sendo mais aplicadas pela convicção de certo grupo de pessoas encarregadas de fazerem incidir a linguagem do direito sobre a facticidade social.

A eficácia jurídica é atributo do fato jurídico, e decorre do vínculo de causalidade jurídica (relação de imputabilidade). Sem o fato jurídico, ainda que haja o fato (social), juridicamente nenhum efeito se propaga.

"Tomamos por eficácia jurídica o próprio mecanismo lógico da incidência, o processo pelo qual, efetivando-se o fato previsto no antecedente, projetam-se os efeitos prescritos no consequente. É a chamada *causalidade jurídica*, ou seja, vínculo de implicação segundo o qual, ocorrendo o fato jurídico (relato do evento no antecedente da norma), instala-se a relação jurídica. Daí o fenômeno sempre e quando os fatos jurídicos acontecem, traduzindo-se numa autêntica impossibilidade lógico-semântica, imaginar-se a realização do fato jurídico, na conformidade da norma vigente, sem que se propaguem os efeitos correspectivos."²¹

²⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 166/167.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 100/101

A eficácia social, por fim, relaciona-se à efetividade no plano das condutas intersubjetivas, sendo socialmente eficaz se reiteradamente observada, ou socialmente ineficaz, se a conduta prescrita é frequentemente desrespeitada.

1.2 Direito Positivo e Norma Jurídica

Foi tratada, até aqui, a mudança de paradigma ocorrida entre a filosofia do conhecimento, que considerava a linguagem tão somente como descritiva da realidade, para a filosofia da linguagem, em que esta passou a ser vista como capaz de constituir a própria realidade.

É importante esclarecer que a afirmação segundo a qual "a linguagem cria a realidade" não implica na negativa da existência de um mundo físico alheio ao ser humano, composto por eventos que se esvaem no tempo e no espaço, mas pressupõe admitir que apenas se tem acesso a estes por meio da linguagem.

Utilizemos também aqui o conhecido exemplo da pessoa que ultrapassa o farol vermelho, infringindo, com isso, as normas de trânsito. Supondo que não haja ninguém na rua que testemunhe a ultrapassagem ou que o sujeito que a realizou não a relate a ninguém, aquele evento se perderá.

Para que este possa se tornar um fato - social - basta que haja o seu relato pela linguagem, como poderia ser feito por alguém que estivesse no local, passando o evento ao status de fato, mas não em sua completude, porquanto o relato do evento se deu a partir da visão subjetiva do emissor da mensagem.

O ordenamento jurídico, considerado como sistema autopoiético, não foge a esta realidade, a justificar a sua definição como conjunto de normas jurídicas válidas em determinado território e constituídas por linguagem. Trata-se, portanto, de sistema comunicacional, que pressupõe, para a sua melhor compreensão, breve digressão acerca dos elementos "língua", "linguagem" e fala.

Como ensina Aurora Tomazini²², "língua" refere-se a um sistema de signos em vigor em determinada comunidade, ao código comum aceito e utilizado por esta como instrumento de comunicação, e que pode ser idiomático (como a língua portuguesa) ou não idiomático (como, por exemplo, a expressão corporal).

"Enquanto sistema convencional de signos, a língua é uma instituição social, isto significa que atos individuais isolados não têm o condão de modificá-la, sua alteração pressupõe uma evolução histórica. Apesar de ser social, a língua é um depósito que está dentro de nós, imerso no inconsciente humano como um sistema de signos e de regras de utilização destes signos."²³

Signo, por sua vez, integrante do sistema da língua, deve ser tido como o meio pelo qual algo é representado por alguém, como um objeto, um desejo, uma expressão. A mencionada autora cita ainda as lições de Edmund Husserl ao adotar signo como uma relação triádica entre o suporte físico, o significado e a significação.

A fim de elucidar essa relação, vamos eleger o texto escrito da lei como objeto de análise. O Legislador ao promulgar a lei insere no ordenamento jurídico as normas, utilizando-se, para tanto, do texto escrito impresso no papel ou disponibilizado por meio eletrônico na rede mundial de computadores.

Este texto é o suporte físico. Toma-se, como exemplo, o art. 3º do Código Tributário Nacional que prevê os requisitos essenciais para que certa prestação pecuniária possa corresponder ao tributo.

Esta palavra - tributo - corresponde ao suporte físico do signo, que diz respeito a uma realidade individualizada, denominada significado. O contato com esse suporte produz na mente do sujeito cognoscente um conceito (ideia), que pode sofrer variações de pessoa para pessoa, a depender dos valores inerentes a cada um e do contexto comunicacional em que está inserido, o que corresponde à significação.

²² CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 157.

²³ *Ibidem*, p. 158.

Assim, o signo não equivale somente ao suporte físico, ao significado ou à significação, e, sim, à relação que se estabelece entre estes três fatores, passando, por esta perspectiva, pelos referenciais subjetivos do ser humano.

"Trabalhando com os pressupostos do giro-linguístico (fixados no capítulo I deste trabalho), a ideia de significação e significado se mistura, pois a realidade que se refere qualquer suporte físico é construída pelo intérprete e, portanto, sempre condicionada às suas vivências. Da mesma forma, tanto o significado quanto a significação materializam-se noutros suportes físicos, já que nenhuma realidade existe senão pela linguagem."²⁴

Ao abordarmos a temática do conhecimento, ressaltamos que a afirmação de que existiria uma realidade constituída pela linguagem não significa negar a existência de objetos físicos externos ao ser humano, mas buscou-se elucidar que o conhecimento destes objetos se dá através da linguagem, sendo, portanto, constituidora da realidade a que temos acesso.

Outra não é a condição do direito positivo que tem a língua como instrumento elementar, adotando o produtor das normas a língua idiomática daquele país ou sociedade, permitindo a compreensão da mensagem legislativa.

Neste mesmo sentido deve ser reconhecido o Direito como texto, tanto em sentido estrito, referente ao suporte físico, como em sentido amplo, composto pelas significações que serão construídas pela mente do intérprete:

"Transportando estas considerações genéricas para a especificidade dos textos do direito positivo, percebemos estes dois planos: (i) do texto em sentido estrito, suporte físico, dado empírico do direito positivo; e (ii) do conteúdo normativo, composto pelas significações construídas na mente daquele que interpreta seus enunciados prescritivos."²⁵

O texto não existe individualmente, e, exatamente por isso, deve ser considerado dentro do contexto em que está inserido, de modo a estabelecer relações com outros discursos e estabelecer o sentido daquele texto.

²⁴ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 161.

²⁵ *Ibidem*, p. 174.

Essas relações de sentido estabelecidas entre os enunciados prescritivos denominam-se dialogismo jurídico, e é elementar para a compreensão da mensagem legislada, assemelhando-se à ideia tradicional que se tem de uma interpretação sistemática, uma vez que pressupõe o contato inicial com o suporte físico (plano sintático), a atribuição das significações (plano semântico), a análise dos usos daquela palavra (plano pragmático), influenciados pelo sistema de referência do intérprete, e considerados no contexto do ordenamento jurídico.

1.2.1. Norma Jurídica em sentido amplo e norma jurídica em sentido estrito

Vislumbrando o ato de interpretar como o ato de compreender e conhecer determinado objeto, Hans Kelsen diferencia as perspectivas da Ciência do Direito e do Direito Positivo a partir do seu olhar (i) estático, como um sistema de normas em vigor, e (ii) dinâmico, como processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado. Em ambos os casos, aborda a posição do sujeito (ciência e aplicador) e a forma pela qual conhece seu objeto.

Para o autor, a produção e aplicação do Direito pelos participantes do processo jurídico pressupõe o conhecimento do ordenamento para a formação do conteúdo das normas jurídicas, característica pela linguagem prescritiva. Já o cientista do Direito, valendo-se da linguagem descritiva, observa seu objeto de forma estática, analisando as relações entre as normas, a fim de aferir sua validade e aplicação. Assim, enquanto a norma prescreve uma conduta, a proposição científica descreve o Direito. Nesse sentido:

Na distinção entre proposição jurídica e norma jurídica ganha expressão a distinção que existe entre a função do conhecimento jurídico e a função, completamente distinta daquela, da autoridade jurídica, que é representada pelos órgãos da comunidade jurídica. A ciência jurídica tem por missão conhecer – de fora, por assim dizer – o Direito e descrevê-lo com base no seu conhecimento. Os órgãos jurídicos têm - como autoridade jurídica – antes de tudo por missão produzir o Direito para que ele possa então ser conhecido e descrito pela ciência jurídica. É certo que também os órgãos aplicadores do Direito têm de conhecer – de dentro, por assim dizer – primeiramente o Direito a aplicar”.²⁶

²⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. P. 81.

Diversamente da Ciência Natural que analisa a relação de causalidade entre os fenômenos observados, no plano da realidade, ou seja, do “ser,” na esfera da Ciência do Direito, o cientista analisa o seu objeto - Direito Positivo - estabelecendo relação entre as normas, que se dá no plano do “dever-ser”, idealizado e limitado de acordo com a previsão do próprio ordenamento jurídico.

Ainda que se admita a interpretação tanto pelo observador do sistema (cientista), como pelo participante (juiz), Hans Kelsen²⁷ afirma que o ato de interpretar se daria em planos diferentes: ao juiz, caberia interpretar a norma apenas para compreender seu conteúdo e aplicá-lo ao caso concreto; ao cientista, por conseguinte, a interpretação se daria em um segundo plano, observando o direito de forma estática, relacionando as normas do sistema em busca de sua validade. Em decorrência disto, a linguagem própria do cientista é a descritiva de seu objeto, o direito, cuja linguagem é prescritiva, impondo a observância de determinadas condutas.

Contudo, ao admitir o direito como sistema comunicacional constituído, portanto, por linguagem, a interpretação é indissociável da construção da norma jurídica e compreensão da mensagem legislativa, podendo ser realizada por todo e qualquer sujeito cognitivo a partir do contato com o suporte físico da lei.

Tem-se, daí, que norma jurídica não significa - apenas - o texto escrito da lei. Ao considerarmos o ordenamento jurídico como sistema, todos os elementos que o compõem são normas jurídicas.

Equivale dizer, ao nos referirmos à acepção de norma em sentido amplo, podemos considerar que todo enunciado prescritivo contido no ordenamento é uma norma jurídica. Mas, acaso a premissa diga respeito à acepção de norma em sentido estrito, ou seja, à organização destes enunciados na estrutura sintática que representa o sentido deôntico completo (o dever-ser), não é todo e qualquer enunciado normativo que corresponderá à norma jurídica.

²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80/81.

Antes de adentrarmos na mencionada estrutura sintática da norma jurídica em sentido estrito, importa ressaltar que, a análise do texto como suporte físico, alcançando apenas o plano sintático, se justifica como mecanismo analítico que não prescinde do plano das significações.

O processo de abstração e formalização das proposições, esvaziando-as de conteúdo, tem a finalidade última de permitir o manuseio das estruturas linguísticas, avaliando as relações possíveis de raciocínios coerentes, bem como, de estabelecer relações de derivação e positivação entre normas do ordenamento.

Exatamente a partir deste processo de abstração e formalização é que se propõe a estrutura hipotético condicional da norma jurídica em sentido estrito, representada por "H > C", relacionando o antecedente e o consequente normativos através do conectivo implicacional que expressa o sentido deôntico normativo, também conhecido como "dever-ser".

Esta estrutura se destina, assim, a viabilizar o manuseio dos enunciados prescritivos de forma analítica, dando ainda uniformidade sintática as normas, viabilizando o sentido à mensagem legislada e compreender a conduta regulamentada pelo legislador e modalizada deonticamente como permitida, proibida ou obrigatória.

“Fixemos aqui um marco importante: quando se proclama o cânone da “homogeneidade sintática” das regras do direito, o campo de referência estará circunscrito às normas em sentido estrito, vale dizer, aquelas oferecerem a mensagem jurídica com sentido completo (se ocorrer o fato F, instalar-se-á a relação deôntica R entre os sujeitos S’ e S’”), mesmo que essa completude seja momentânea e relativa, querendo significar, apenas, que a unidade dispõe do mínimo indispensável para transmitir uma comunicação do dever-ser. E mais, sua elaboração é preparada com as significações dos meros enunciados do ordenamento, o que implica reconhecer que será tecida com o material semântico das normas jurídicas em sentido amplo.”²⁸.

O suporte físico é, portanto, apenas o ponto de partida do intérprete, que, para a compreensão da mensagem legislativa, deverá enfrentar os quatro planos do percurso gerador de sentido, também denominados por quatro subsistemas do direito posto. Isto porque, como já

²⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método* 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 135.

considerado, o signo corresponde à relação estabelecida entre o suporte físico, o significado e a significação, não se restringindo a nenhum desses aspectos isoladamente.

É por isso que se diz que a norma jurídica em seu sentido deôntico completo (norma em sentido estrito), não se confunde com o texto escrito da Lei. O Poder Legislativo, ao exercer a função típica de editar normas, insere no ordenamento jurídico enunciados prescritivos soltos, que correspondem ao suporte físico da norma.

Tais enunciados, por si mesmos, não estão aptos a regular condutas, como se de fato incidissem de forma automática e infalível. Em uma visão antropocêntrica, é imprescindível a figura do ser humano para atribuir sentido ao texto escrito e estruturá-lo na forma hipotético-condicional normativa.

Ao tratar da composição do sistema jurídico, Aurora Tomazzini²⁹ ressalta os quatro subsistemas, pelo qual deve passar o intérprete para a construção da norma jurídica. São eles: S1 - plano dos enunciados prescritivos; S2 - plano das proposições isoladas; S3 - plano das normas jurídicas em sentido estrito; S4 - plano da sistematização das normas.

A classificação das normas jurídicas em sentido amplo e em sentido estrito, como dito, dependerá dos planos analisados. Norma em sentido amplo pode ser utilizada para designar unidades de qualquer um desses planos, enquanto norma em sentido estrito refere-se ao plano S3.

Desta forma, a partir da acepção ampla de norma jurídica, é possível classificá-la como (i) enunciados prescritivos; (ii) proposições isoladas; e (iii) norma em sentido estrito.

O Plano S1 é o plano material do direito, corresponde ao suporte físico a partir do qual o sujeito cognoscente iniciará o processo interpretativo, ou seja, o texto da lei.

²⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 344.

Em contato com o suporte físico, o intérprete desenvolve em sua mente a significação, ingressando no plano S2, o universo das significações. Neste ponto, tem-se a atribuição de sentido aos enunciados, constituindo as proposições isoladas.

*"São estímulos que desencadeiam em nós produções de sentido. Vê-se, desde agora, que não é correta a proposição segundo a qual, dos enunciados prescritivos do direito positivo, extraímos o conteúdo, sentido e alcance dos comandos jurídicos. Impossível seria retirar conteúdos das significações de entidades meramente físicas. De tais enunciados, partimos, isto sim, para a construção das significações, de sentidos, no processo conhecido como interpretação."*³⁰

Para a compreensão da mensagem legislada e da conduta regulada pelo direito, cabe ao intérprete estruturar as proposições na forma hipotético condicional da norma jurídica, que corresponderá a norma em sentido estrito (Plano S3).

O Plano S4, por fim, leva em conta as relações estabelecidas entre as normas no plano da sistematização do direito, e podem ser classificadas como (i) dispositivas e derivada, punitivas e não punitivas, a depender do vínculo de coordenação que se instaura entre elas e (ii) sobrenível ou subnível, tendo em conta os vínculos de subordinação.

Em síntese, nas palavras de Adriano Luiz Batista Messias:

*"Repise-se que os subdomínios S1, S2, S3 e S4 não devem ser entendidos isoladamente. O intérprete é o elemento de integração que transitará entre os planos no percurso de geração de sentido. Partindo da materialidade textual do direito positivo, ou seja, o plano da expressão (S1), o intérprete constrói as significações isoladas que ainda não configuram sentido deôntico (S2), fazendo incursões no plano S1. No plano S3 ocorre a estruturação das proposições construídas em antecedente e consequente, ligadas por um vínculo implicacional, já se falando em norma jurídica. Para ocorrer essa estruturação, o intérprete realizará novas incursões nos planos S1 e S2, para solucionar questões acerca do conteúdo construído. Para ordenar as significações normativas em relações de subordinação e de coordenação (S4), o exegeta faz novas incursões nos outros planos (S3, S2, S1), até a compreensão da mensagem legislada"*³¹.

³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2015. p. 43.

³¹ MESSIAS, Adriano Luiz Batista. *Teoria da norma jurídica: interpretação e concretizadora e as relações tributárias*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2020. p. 122/123.

Ao considerar a estrutura da norma - em sentido estrito - tem-se que o antecedente normativo é composto pela hipótese, em que há a descrição de evento de possível ocorrência, colhido pelo legislador do ambiente social, o qual está atrelado, diante do efetivo acontecimento deste evento, ao surgimento de uma relação jurídica entre dois ou mais sujeitos de direito, prescrita no consequente normativo.

Cabe alertar, no entanto, que, na condição de linguagem, a norma jurídica não consegue tocar efetivamente o plano da realidade social. Dela, colhe as ocorrências que pretende regulamentar e imputa-lhes certas consequências jurídicas. Assim, a eficácia - social - da norma se dá quanto à adesão pelo destinatário à mensagem legislativa, e o cumprimento ou não do dever por ela prescrito, a qual dependerá do seu poder de persuasão.

O grau de maior proximidade da norma à realidade social se dá através da norma jurídica individual e concreta. Para a sua constituição, contudo, precede a edição e aplicação de normas gerais e abstratas, que costumeiramente compõem os escalões mais altos do ordenamento:

"Na hierarquia do direito posto, há forte tendência de que as normas gerais e abstratas se concentrem nos escalões mais altos, surgindo as gerais e concretas, individuais e abstratas e individuais e concretas à medida que o direito vai se positivando, com vistas à regulação efetiva das condutas interpessoais. Caracteriza-se o processo de positivação exatamente por esse avanço em direção aos comportamentos das pessoas. As normas gerais e abstratas, dada sua generalidade e posta sua abstração, não têm condições efetivas de atuar em um caso materialmente definido. Ao projetar-se em direção à região das interações sociais, desencadeiam uma continuidade de regras que progridem para atingir o caso especificado. E nessa sucessão de normas, baixando incisivamente para o plano das condutas efetivas, que chamamos "processo de positivação do direito", *entre duas unidades estará sempre o ser humano praticando aqueles fatos conhecidos como fontes de produção normativa*. Vamos repetir que é o homem que movimenta as estruturas do direito, sacando as normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas e individuais e concretas, para disciplinar juridicamente os comportamentos intersubjetivos."³²

³² CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2015. p. 60/61.

O "processo de positivação do direito", mencionado por Paulo de Barros Carvalho, pressupõe a aplicação da norma geral e abstrata sobre o caso concreto mediante a produção de novas normas, que possuem maior grau de concretude em relação às condutas reguladas, até a edição da norma individual e concreta.

Esse processo conta, mais uma vez, com a atuação do ser humano como elemento imprescindível à movimentação das estruturas do direito para a produção de novas normas, direcionadas a um caso materialmente especificado.

"Percebe-se que a chamada "incidência jurídica" se reduz, pelo prisma lógico, a duas operações formais: a primeira, de subsunção ou de inclusão de classes, em que se reconhece que uma ocorrência concreta, localizada num determinado ponto do espaço social e numa específica unidade de tempo, inclui-se na classe dos fatos previstos no suposto da norma geral e abstrata; outra, segunda, de implicação, porquanto a fórmula normativa prescreve o antecedente implica a tese, vale dizer, o fato concreto ocorrido *hic et nunc*, faz surgir uma relação também determinada, entre dois ou mais sujeitos de direito"³³

Assim, a incidência da norma sobre o acontecimento social se daria no mesmo instante da aplicação, mediante ato de vontade do ser humano que, interpretando os enunciados prescritivos inseridos pelo legislador, constrói a norma jurídica para, então, aplicá-la.

A incidência e a aplicação da norma pressupõem, antes, o processo de interpretação para a construção da norma geral e abstrata. Constatada a ocorrência de evento revertido em linguagem social (fato social), o sujeito cognoscente interpretará essa linguagem a fim de verificar a identidade entre os elementos fáticos abstratamente indicados pela norma abstrata e o fato social, a fim de proceder à subsunção do fato à norma.

Havendo identidade, a incidência da norma sobre o fato social dependerá de ato do ser humano, que aplicará a norma geral e abstrata, produzindo uma nova norma, individual e concreta.

³³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2015. p. 35.

Sob essa perspectiva, a constituição do fato jurídico e a produção dos efeitos que lhes são próprios somente serão possíveis a partir da edição da linguagem jurídica adequada, por meio de procedimento regular e por autoridade competente, assim indicados pelo próprio sistema através das normas de estrutura.

A despeito do maior enfoque dado ao “processo de positivação do direito” a partir da norma geral de abstrata à edição da norma individual e concreta, é imprescindível se ter em vista que estas não são as únicas classificações normativas existentes, sendo plenamente possível a edição de norma geral e concreta, ou ainda, individual e abstrata.

A individualidade e a generalidade da norma referem-se aos destinatários, sendo esta última, direcionada a um conjunto de sujeitos indeterminados quanto ao número, e, a primeira, a que se destina a certo indivíduo ou grupo identificado de pessoas. A abstração e a concretude, por sua vez, dizem respeito ao modo como se toma o fato descrito no antecedente, podendo o ser através da tipificação de um conjunto de fatos (abstrata) ou de forma especificada, como uma conduta especificada no tempo e no espaço.

1.2.2. Norma jurídica completa: norma primária e norma secundária

A expressão "norma jurídica em sentido completo" ou "norma jurídica completa" é empregada para referir-se a mensagem deontica jurídica na sua integridade constitutiva, ou seja, a orientação da conduta juntamente com a providência coercitiva.

O que diferencia a norma jurídica das demais normas (como morais, sociais, etc) é o atributo de coercibilidade, que autoriza o uso da força pelo Estado-juiz em caso de descumprimento.

A norma jurídica em seu sentido completo é composta pela norma primária e pela norma secundária, relacionadas pelo disjuntor includente, que suscita um trilema: uma ou outra ou ambas.

A norma primária pode ser dispositiva ou sancionatória e tem no antecedente a descrição de fato possível lícito (para a primeira) ou ilícito (para a segunda) e no consequente a instauração da relação jurídica de natureza material. Já a norma secundária tem por pressuposto necessariamente o descumprimento da norma primária, descrevendo no antecedente fato ilícito, e, no consequente, a instauração de relação jurídica de natureza processual.

“Como destacado, as estruturas lógicas da norma primária e da norma secundária são semelhantes. No entanto, nas normas secundárias há, em seu antecedente, a previsão de conduta ilícita - que, no direito tributário, corresponde ao descumprimento da relação prevista no consequente da regra-matriz de incidência tributária - e, em seu consequente, prevê a relação de cunho jurisdicional em que o Estado participa como juiz para obter, coercitivamente, a prestação insatisfeita. As relações que não se revestirem dessa forma ficariam no quadro amplo das normas primária (ou endonormas, no léxico de Cossio)”³⁴.

No âmbito do direito tributário, a norma primária dispositiva corresponde à regra-matriz de incidência tributária, a ser aprofundada em tópico próprio, a qual veicula no plano geral e abstrato a instauração da relação jurídico tributária entre o sujeito passivo (contribuinte ou responsável) e o sujeito ativo, na qual o primeiro tem o dever de pagar ao segundo determinado valor correspondente ao tributo, diante da ocorrência de determinado fato descrito no antecedente normativo, delimitado no tempo e no espaço.

A norma primária sancionatória, por sua vez, prevê no antecedente o descumprimento do dever de recolher tributo, previsto no consequente da norma primária dispositiva, ensejando a instauração da relação jurídica sancionatória que autoriza a aplicação da sanção, como multa.

Aurora Tomazzini adota a terminologia "norma derivada", para tratar das normas cuja hipótese pressupõe a existência de uma prescrição contida em outra norma, e "norma precedente", para referir-se àquela que prescreve a relação jurídica, pressuposto da "norma derivada".

³⁴ LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 535.

"Tanto a norma secundária quanto a primária derivada punitiva têm como hipótese a inobservância, pelo sujeito passivo, da relação jurídica no consequente de outra norma. O que diferencia uma da outra é a relação prescrita no consequente normativo de cada uma delas. A norma derivada punitiva, em seu consequente, contém critérios de identificação de uma relação jurídica entre os mesmos sujeitos da relação jurídica não adimplida, enquanto a norma secundária prescreve uma relação sancionadora, que se estabelece entre o sujeito ativo da relação jurídica não cumprida e o Estado-juiz. É uma relação de coercitividade angular, ou processual ($Sa > Sj > Sp$), mediante a qual o órgão judicial atuará coativamente, forçando o sujeito passivo a adimplir a conduta prescrita na norma primária."³⁵

Neste contexto, tem-se a norma primária dispositiva como norma precedente, e a norma primária sancionatória como norma derivada da primeira.

A norma secundária, por conseguinte, é a que atribui juridicidade à norma primária (seja ela dispositiva ou sancionatória), pois, em caso de inadimplência do dever jurídico, por parte do sujeito passivo da relação jurídica prescrita na norma primária, o sujeito lesado pode exigir coativamente a prestação não adimplida, recorrendo ao Estado-juiz.

Tárek Moussallem ressalta que este agir estatal não se limita à coação - execução forçada - do dever legalmente imposto, mas pode corresponder também à uma norma, para expulsá-la do sistema:

"A norma secundária não visa somente efetivar o cumprimento coativo do disposto no consequente da norma primária, mas prevê a atuação do Estado-juiz para expedir uma outra norma que, por sua vez, (1) pode ser pressuposto de uma coação - execução forçada - em virtude de o "conteúdo" da sentença veicular uma norma de conduta ou (2) de se referir a uma norma para expulsá-la do sistema (norma de revisão sistêmica)."³⁶

Como bem observa Robson Maia Lins³⁷, trabalhar com o conceito de norma secundária pressupõe certa dificuldade acerca da sua visualização, especialmente na tentativa de delimitar se esta corresponderia a um potencial direito de ação, do efetivo exercício deste

³⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini. *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin., 2009. p. 77 .

³⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 71.

³⁷ LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 537.

direito, ou, até mesmo, da providência estatal individualizada.

A despeito disso, o autor conclui que o conceito de norma secundária é bastante amplo e pode englobar toda espécie de providência Estatal tendente à aplicação da sanção, de modo a impor coercitivamente o cumprimento do dever prescrito por lei, e que não foi voluntariamente observado.

1.3 Repartição de Poderes e a criação de normas jurídicas

Traçamos, até aqui, algumas importantes premissas e que merecem ser rememoradas. A primeira é a percepção do direito como linguagem e do ordenamento jurídico como sistema comunicacional, classificado como autopoiético, na medida em que cabe, ao próprio direito, estabelecer as regras para criação, transformação e extinção das normas jurídicas.

Assim, para que determinada norma possa ser considerada como jurídica, e, portanto, pertencente ao sistema do direito positivo, impõe-se que a sua produção tenha se dado de acordo com o procedimento previsto por lei, mediante a adoção da linguagem adequada e por autoridade por ela eleita como competente. Tal controle, contudo, se dá posteriormente ao ingresso da norma ao sistema, havendo presunção de validade até que seja reconhecido qualquer vício que imponha a sua expulsão através do mecanismo judicial cabível.

Neste ponto, vamos deter-nos especialmente na produção normativa e nos órgãos eleitos pelo sistema do direito positivo como competentes para produzi-la, especialmente diante da delimitação das funções típicas e atípicas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

1.3.1. Tripartição de Poderes e o Estado Democrático de Direito

O artigo 1º da Constituição Federal estabelece o Princípio da Federação e da República, ao prever que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, formado pela união indissolúvel dos Estados e Município e do Distrito Federal.

O ser “República Federativa”, como ensina Paulo de Barros Carvalho³⁸, significa adotar uma forma de governo na qual o povo, soberano, atribuiu aos seus representantes eleitos funções de poderes diferentes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Exatamente por isso, o parágrafo único do artigo 1º da Magna Carta prescreve que todo o poder emana do povo e é por ele exercido através de representantes eleitos ou diretamente, nos termos e limites prescritos pela própria Constituição.

Sobre a formação do Estado, José Afonso da Silva ressalta a multiplicidade de grupos sociais diferenciados e individuais que compõem a sociedade estatal - também denominada sociedade civil - em relação aos quais o poder político tem o dever de coordenar e impor regras em função dos fins globais a que cabe ao Estado realizar³⁹.

“Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais, os quais reconhece, rege e domina, visando a ordenar as relações entre os grupos e os indivíduos entre si e reciprocamente, de maneira a manter um mínimo de ordem e estimular um máximo de progresso à vista do bem comum. Essa superioridade do poder político caracteriza a *soberania* do Estado (conceituado antes), que implica, a um tempo, *independência* em confronto com todos os poderes exteriores à sociedade estatal (soberania externa) e *supremacia* sobre todos os poderes inferiores à mesma sociedade estatal (soberania interna)”⁴⁰.

Essa busca por alcançar uma ordem mínima, e, estimular o progresso máximo à vista do bem comum é efetivado através do governo, assim compreendido o conjunto de órgãos pelos quais a vontade do Estado é formulada, expressada e realizada⁴¹. Sendo o Poder Político uno e indivisível, o seu exercício se dá através da distribuição das funções e a repartição de poderes.

Ainda segundo o renomado doutrinador, há que se notar a distinção entre *funções do poder* e *divisão ou separação de poderes*. As *funções do poder* referem-se à especialização

³⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. ***Direito Tributário Linguagem e Método*** 6º ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 300/301.

³⁹ SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 38. ed. rev. e atual, São Paulo. Malheiros Editores, 2015. p. 109.

⁴⁰ LINS, Robson Maia. ***Curso de direito tributário brasileiro***. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 136.

⁴¹ SILVA, José Afonso da. ***Curso de Direito Constitucional Positivo***. 38. ed. rev. e atual, São Paulo. Malheiros Editores, 2015. p. 110.

de tarefas governamentais por sua própria natureza, independentemente do órgão governamental que as exercem. Em contrapartida, a *divisão de poderes* diz respeito à atribuição de cada uma das funções a órgão distintos, que, com exceção do Poder Judiciário, recebem a nomenclatura com elas relacionadas.

A concepção clássica da teoria da separação dos poderes tem sua origem vinculada à Declaração de Direitos dos Homens de 1789, e reflete uma preocupação com a adoção de mecanismos que evitassem a prática de atos de arbitrariedade e excessos pelo Estado. Assim, a tripartição garantiria, de um lado, a autonomia de cada Poder, e, de outro, estabeleceria instrumentos de equilíbrio e controle entre eles, para que a atuação conjunta das funções por todos e cada órgão se dê de maneira harmônica, com a devida proteção e observância aos direitos fundamentais.

Marçal Justen Filho, ao tratar do tema, afirma que a separação dos poderes se alicerça em três postulados fundamentais: a diferenciação de estruturas organizacionais estatais, a diferenciação entre funções estatais e a atribuição, a cada estrutura organizacional, de um tipo diverso de função.

“O primeiro consiste na diferenciação de estruturas organizacionais estatais. Existem diferentes conjuntos de órgãos e cada uma das estruturas organizacionais é dotada de uma margem de autonomia, o que significa ausência de subordinação à outra. Sob esse prisma, existe uma separação “estrutural” de poderes, expressão que indica que os poderes do Estado são atribuídos à organização de pessoas e bens diversos e autônomos entre si. Depois é necessária a diferenciação entre funções estatais, o que se faz em via de sua consistência material. A isso se denomina separação “funcional” dos poderes. O que significa que os poderes de Estado são diferenciados segundo sua natureza, atributos ou efeitos. O terceiro postulado consiste em atribuir a cada estrutura organizacional (“Poder”) um tipo diverso de função. Cada estrutura orgânica é titular de competências diversas e, na concepção clássica, cabe a cada uma dessas estruturas orgânicas o exercício de uma única função específica e diferenciada.”⁴².

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 104.

A repartição de funções pelos Poderes, no entanto, não se dá de forma absoluta, de modo que são desempenhadas, não com exclusividade, mas preponderantemente por um Poder em relação aos outros.

Vale notar que, embora inexista titularidade absoluta por qualquer dos Poderes, as funções típicas e atípicas são outorgadas pela própria Constituição e devem ser exercidas nos estritos limites por ela estabelecidos. É o que bem pondera Robson Maia Lins, ao alertar para a precaução que deve haver para evitar o desvirtuamento entre o que seja típico e atípico:

“O ponto de preocupação reside em não desvirtuar o que seja típico e atípico para transformá-los em atípicos e típicos respectivamente. Embora harmônicos entre si, cada poder possui sua função específica, a qual não se confunde com as demais funções dos outros poderes, devendo essa delimitação constitucional ser respeitada, sob pena de se verificar um verdadeiro desvirtuamento do arquétipo constitucional traçado em nossa Carta Magna. Por essa razão, torna-se imprescindível focarmos atenção para as atribuições das três esferas do poder”⁴³.

Adotando a teoria da separação dos poderes, o artigo 2º da Magna Carta prescreve como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cabendo, a cada um de forma predominante - mas não exclusiva, como visto - o desenvolvimento de certas funções de governos a que chamamos típicas.

Para tanto, a Magna Carta dedica título próprio, denominado “Da Organização dos Poderes”, através do qual prescreve as atribuições típicas e atípicas dos Poderes, a começar pelo Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados, formada por representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito federal, e do Senado Federal, compreendido por representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

Nos artigos subsequentes, a Constituição trata das atribuições do Congresso e do Senado, bem como, do processo legislativo, que compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos

⁴³ LINS, Robson Maia. *Curso de direito tributário brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019. p. 136.

legislativos e resoluções (art. 59), instrumentos estes pelos quais são inseridos ao ordenamento os enunciados prescritivos.

O capítulo seguinte trata do Poder Executivo, exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros do Estado, o qual deve ser eleito pelo povo, desde que esteja previamente registrado por partido político e a obtenha a maioria absoluta de votos, não computados os em branco e os nulos. O Poder Judiciário, por sua vez, é composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Conselho Nacional da Justiça, pelo Superior Tribunal de Justiça, Superior Tribunal do Trabalho, Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Refletindo os dispositivos constitucionais, a doutrina é uníssona ao tratar das funções típicas de cada Poder, atribuindo ao Poder Executivo a função principal *executiva*, de solucionar problemas concretos e individualizados de acordo com as leis; ao Legislativo, a função de *legislar*, mediante a edição de normas gerais e abstratas que podem, ou não, trazer comando prescritivo inaugural ao sistema do direito posto; e o Judiciário, a função *jurisdicional*, de dirimir os inevitáveis conflitos mediante a aplicação das normas jurídicas produzidas pelo sistema.

O desempenho das funções - típicas e atípicas - pelos Poderes deve observar, necessariamente, os primados constitucionais e legais, como enuncia o comando contido no artigo 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

É nesse passo que se afirma que o princípio da legalidade está umbilicalmente relacionado ao princípio republicano - de que o poder emana do povo e é por ele exercido mediante representantes eleitos ou diretamente - e com a tripartição de poderes, porquanto a atuação do Poder Político está adstrito aos limites da lei.

A relevância do princípio da legalidade no âmbito do Direito Tributário é ainda mais latente, por se tratar de esfera em que, por vezes, são confrontadas a necessidade de arrecadação do ente público para viabilizar a própria existência e funcionamento do aparato estatal, com o dever de assegurar a proteção aos bens e direitos que compõem o patrimônio dos

contribuintes, de modo a garantir os meios para a subsistência do ser humano. Por isso, é que se diz que haveria o princípio da legalidade estrita, à luz do artigo 150, I, da CF/88, que garante que a exigência ou o aumento de tributo seja estabelecido exclusivamente por lei.

Assim, trazendo a teoria da tripartição de poderes para a seara tributária, somente o Poder Legislativo está autorizado a editar normas, gerais e abstratas, inaugurando o ordenamento jurídico com a imposição de todos os elementos necessários ao surgimento da obrigação tributária, os quais devem estar descritos pormenorizadamente na hipótese normativa.

“(…) A lei e os estatutos normativos que têm força de lei são os únicos veículos credenciados a promover o ingresso de regras inaugurais do ordenamento jurídico-brasileiro, sendo por isso, designados “instrumentos primários”. São eles: lei constitucional, lei complementar, lei delegada e até mesmo as medidas provisórias, além das resoluções e dos decretos-legislativos.”⁴⁴.

Ao Poder Executivo, embora lhe seja autorizado, atipicamente, legislar mediante a edição de decretos, instruções normativas, de portarias, etc, o desempenho desta função é supletiva e secundária, não podendo alterar ou inovar o desenho da hipótese legal e da correlata obrigação tributária. Tipicamente, incumbe-lhe executar a legislação produzida pelo Poder Legislativo, constituindo o crédito por meio do lançamento tributário, editando, para tanto, norma de caráter individual e concreto embasada em norma geral e abstrata (regra-matriz de incidência tributária).

Ao Poder Judiciário, por conseguinte, compete, em regra, a solução de conflitos através da interpretação e aplicação, ao caso concreto, do ordenamento jurídico. São diversos os mecanismos processuais a que poderão valer-se o ente fazendário e/ou o contribuinte para, preventiva ou repressivamente, de forma declaratória, anulatória ou executiva, provocar a atuação do Judiciário.

Provocar, aliás, porque o Judiciário não pode agir *sponte propria*, dependendo de prévia provocação mediante o exercício constitucional do direito de ação. Todavia, devidamente provocado por iniciativa da parte, incide o princípio da inafastabilidade da tutela

⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. ***Direito Tributário Linguagem e Método*** 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 232.

jurisdicional, decorrente da expressa previsão constitucional de que não se excluirá, da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito (art. 5, inciso XXXV, CF/88).

A fim de solucionar o caso concreto, o Poder Judiciário *declara o direito e julga a lide*⁴⁵. Declarar o direito significa interpretá-lo, a fim de estabelecer a norma geral e abstrata a partir dos enunciados prescritivos inseridos ao ordenamento jurídico, e aplicá-lo ao caso concreto por subsunção, julgando-o, mediante a edição de norma individual e concreta em caráter definitivo e cogente.

Vale lembrar, como mencionado anteriormente, que a juridicidade da norma está atrelada à possibilidade do uso da coação - norma secundária - em face daquele que deixa de cumprir voluntariamente obrigação que lhe foi imposta por lei.

Não obstante, além de solucionar litígios, a Magna Carta outorgou ao Judiciário - como mecanismo de controle de pesos e contrapesos entre os Poderes - a competência de realizar o controle de constitucionalidade das normas que compõem o ordenamento jurídico, e que será abordada com maior profundidade na presente pesquisa.

Feitas essas breves ponderações acerca da tripartição de poderes com foco na função tipicamente exercida por cada um deles, importa notar, retomando o quanto já abordada sobre normas jurídicas em sentido estrito e em sentido amplo, que, embora seja típico do Poder Legislativo a função de produzir enunciados prescritivos de caráter geral e abstrato, inaugurando o ordenamento jurídico, tem-se que os demais poderes são igualmente fontes de produção normativa. Isto porque, o Poder Executivo produz norma jurídica, de caráter individual e concreto - a exemplo do lançamento tributário - assim como o Poder Judiciário que, ao solucionar a lide, produz norma individual e concreta - sentença - vinculando os litigantes de forma definitiva.

No entanto, tanto atuação do Executivo como a do Judiciário, em nosso ordenamento, estão atreladas à interpretação e aplicação dos enunciados prescritivos

⁴⁵ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 928/929.

produzidos pelo Poder Legislativo, sendo-lhes defeso produzir norma geral e abstrata inaugural, ou seja, que inove o direito positivo sem qualquer amparo em lei pré-existente.

1.3.2. Fontes do Direito

Dentre as características que permitem concluir pela unidade do sistema do direito positivo, tem-se a produção das normas de forma homogênea, independente da matéria que regulamente. O procedimento de produção normativa será o mesmo para as normas tributárias, para as normas processuais, penais, etc.

A unidade desse procedimento se dá por ser regido por um núcleo normativo originário, composto por normas que instituem os órgãos básicos e os procedimentos de produção normativa no interior do sistema. Em nosso sistema, esse núcleo normativo originário é a Constituição Federal.

Cabe aqui lembrar que o ordenamento jurídico é sistema autopoiético que regulamenta, ele mesmo, a forma de ingresso de elementos externos, bem como, a transformação e a exclusão desses elementos. Sob essa perspectiva, é possível classificar esses regramentos em norma de produção jurídica, norma de revisão sistêmica e norma de conduta.

A produção de uma norma pressupõe a aplicação de outra norma que regulamenta o procedimento de produção normativa, o que permite aferir que a aplicação do direito é simultaneamente a produção do direito.

"Aplicar é *ato de fala* de criação normativa, é realizar a incidência da norma, enfim, é *fazer-se* o direito positivo. Aqui surge o homem como agente produtor do direito (competente) constituído pelo próprio produto do ato: a norma jurídica."⁴⁶

⁴⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. **Fontes do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 80.

São normas de produção normativas aqueles que outorgam competência, que estabelecem procedimentos legislativos, administrativos e judiciais. A aplicação dessas normas para produzir outras normas exige a figura do ser humano como elemento fundamental.

A fonte do direito reside na enunciação, atividade esta exercida por agente competente, denominada pelo professor Tárek como "fato-enunciação" ao considerar que a atividade de produção normativa é sempre realizada por atos de fala.

Os enunciados prescritivos - suporte físico da norma jurídica - são inseridos ao ordenamento jurídico através da atividade de enunciação, por atos de fala produzidos por sujeitos que compõem os órgãos competentes, observando determinado procedimento.

Eis a norma de produção jurídica, que descreve em seu antecedente o exercício de uma competência e a previsão de exercício do procedimento normativo, e, no consequente, a relação jurídica de observação da norma posta. Para que tal norma possa incidir, deve tratar-se de agente competente e observar o procedimento estabelecido em lei, descritos no antecedente, e que resultará no dever-ser modalizado como "obrigatório" para que todos respeitem as disposições veiculadas pela norma produzida.

A enunciação, na condição de evento que é, se esvai no tempo e no espaço, sendo possível acessá-la através das marcas que ficam no enunciado (produto), denominadas por Tárek Moussallem de "enunciação-enunciada", e que remetem às coordenadas de espaço e tempo em que o documento normativo foi produzido. O produto da enunciação, por conseguinte, refere-se ao "enunciado-enunciado", veiculando as disposições normativas propriamente ditas.

Neste cenário, o autor propõe que a averiguação das fontes do direito se dê percorrendo o caminho inverso da produção, ou seja, estudar o processo a partir da análise do produto.

"Em um documento normativo vislumbram-se diferentes espécies de enunciados: (1) a *enunciação-enunciada*, que é conjunto de marcas, identificáveis no texto, que remetem à instância de enunciação e o (2) *enunciado-enunciado*, que é a sequência enunciada desprovida de marcas de enunciação.

Resta ainda a atividade produtora dos enunciados não constantes do documento normativo que se esvai no tempo e no espaço, a qual denominamos *enunciação*. Essa é que entendemos ser a fonte do direito.”⁴⁷

Por considerar que todo enunciado pressupõe uma atividade de enunciação, mas, que nem toda enunciação produz enunciados, é que Tárek Moussallem conclui não ser possível alcançar em plenitude todos os elementos que envolveram a produção normativa, mas tão somente aqueles impressos no documento normativo - enunciação-enunciada - a partir do qual é possível construir uma norma jurídica, denominada veículo introdutor.

Sobre o tema, Paulo de Barros Carvalho reforça que as normas jurídicas ingressam ao ordenamento sempre aos pares, a norma introdutora (veículo introdutor) e a norma introduzida:

“O significado da expressão *fontes do direito* implica refletirmos sobre a circunstância de que regra jurídica alguma ingressa no sistema do direito positivo sem que seja introduzida por outra norma, que chamaremos, daqui avante, de “*veículo introdutor de normas*”. Isso já nos autoriza a falar em “*normas introduzidas*” e “*normas introdutoras*”. Pois bem, no limite desta proposta, as *fontes do direito* serão os acontecimentos do mundo social, juridicizado por regras do sistema e credenciados a produzir normas jurídicas que *introduzam* no ordenamento outras normas, gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas, ou individuais e concretas.”⁴⁸

Os instrumentos introdutórios de normas subdividem-se em primários, correspondente a lei em acepção lata, e secundários ou derivados, atos de hierarquia inferior à lei. Apenas os instrumentos introdutórios primários têm o condão de inovar o ordenamento jurídico, enquanto os secundários, estão adstritos aos limites que lhes foi estipulado pela lei.

São exemplos de instrumentos primários a Constituição Federal, a Lei Complementar, a Lei Ordinária, a Lei delegada e a Medida Provisória, e, de secundários, decreto regulamentar, as instruções ministeriais as circulares, as portarias, as ordens de serviços e outros atos normativos estabelecidos pelas autoridades administrativas.

⁴⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. *Fontes do Direito Tributário*. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 125.

⁴⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, p. 69/70.

2. A CONSTRUÇÃO DA NORMA JURÍDICA E A INTERPRETAÇÃO AUTÊNTICA

2.1. Teoria Hermenêutica tradicional: interpretação como mecanismo para estabelecer o sentido e o alcance da norma jurídica

Carlos Maximiliano ensina que a Hermenêutica é “a teoria científica da arte de interpretar”⁴⁹, não se confundindo, portanto, com a interpretação. A primeira tem por objeto de estudo a segunda.

Assim, a Hermenêutica é a ciência dedicada ao estudo e a sistematização dos processos interpretativos, e que permitem determinar o sentido e o alcance de certa expressão. Este é o sentido da interpretação: descobrir e fixar o sentido do texto.

Nesta sistemática, a técnica de interpretação se refere às diferentes formas de aproximação do intérprete do objeto de interpretação a fim de definir seu sentido e alcance. Relacionando os três conceitos, o mencionado autor destaca:

“A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que envolveu a sociedade e desabrocham as doutrinas jurídicas. A arte ficou subordinada, em seu desenvolvimento progressivo, a uma ciência geral, o Direito obediente, por sua vez, aos postulados da Sociologia; e a outra, especial a Hermenêutica. Essa se aproveita das conclusões da Filosofia Jurídica; com o auxílio delas fixa novos processos de interpretação; enfeixa-os num sistema, e, assim, areja com um sopro de saudável modernismo a arte, rejuvenescendo-a, aperfeiçoando-a, de modo que se conserve à altura do seu século, como elemento de progresso, propulsor da cultura profissional, auxiliar prestimosa dos pioneiros da civilização.”⁵⁰

Admitindo a existência da subjetividade no ato de interpretar realizado pelo ser humano, Antonio Baptista Gonçalves ressalta ser a função da Hermenêutica a de estabelecer critérios objetivos rigorosos para estruturar e ordenar a interpretação de modo a aproximar o

⁴⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 01.

⁵⁰ *Ibidem*.

emissor e o receptor da mensagem, viabilizando a este último a compreensão do sentido que pretendia exprimir o primeiro.

“Não é função da hermenêutica interpretar de forma livre. Isto fazem as pessoas em todos os momentos de um dia, inclusive ao ler estas linhas. A hermenêutica se preocupa em seguir um conjunto preestabelecido e rígido de conceitos e regras para que a interpretação conduza a algum caminho lógico e aproxime da ideia original. Não tem o condão de fornecer um significado, mas sim o significado original.”⁵¹

A hermenêutica jurídica, nesse passo, refere-se à aplicação das técnicas de interpretação ao âmbito do direito posto, dispondo acerca dos mecanismos interpretativos pelos quais se poderia alcançar o sentido original da norma jurídica. Não se trata de buscar os pensamentos possíveis através das palavras utilizadas pelo legislador, mas, dentre os possíveis, o único que seria apropriado, correto e jurídico⁵².

2.1.1. Interpretação como atribuição do sentido e do alcance da norma jurídica

A fim de elucidar a atividade legislativa, Carlos Maximiliano⁵³ equipara o legislador a um general de um grande exército a quem incumbe traçar orientações amplas, diretivas gerais que servem de diretriz aos subcomandantes ao tomar decisões concretas definindo as minúcias próprias das iniciativas individuais.

Em igual sentido seria o proceder do Poder Legislativo, ao impor preceitos abstratos, traçando o lineamento exterior do ordenamento jurídico dentre do qual poderá o intérprete acomodar o caso concreto que poderá - ou não - ser isolado e raro.

Não sendo capaz de estabelecer pormenorizadamente todos os acontecimentos sociais a partir da riqueza e complexidade da realidade social, e, menos ainda, de prever as

⁵¹ GONÇALVES, Antonio Baptista. *Hermenêutica e a linguagem: um estudo sobre sua relação com a Filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 16.

⁵² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 16.

⁵³ *Ibidem*, p. 11.

modificações e evoluções sociais, é que o Legislador precisa valer-se de previsões amplas e adaptáveis às mudanças históricas.

“Ante a impossibilidade de prever todos os casos particulares, o legislador prefere pairar nas alturas, fixar princípios - estabelecer preceitos gerais, de largo alcance, embora precisos e claros. Deixa ao aplicador do Direito (juiz, autoridade administrativa, ou homem particular) a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica, para o que é indispensável compreendê-la bem, determinar-lhe o conteúdo. Ao passar do terreno das abstrações para o das realidades, pululam os embaraços; por isso a necessidade da Interpretação é permanente, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais .”⁵⁴

Caberá, portanto, ao aplicador do direito, seja ele o juiz, o ente administrativo ou o sujeito particular, interpretar os preceitos genéricos para atribuir o real sentido e alcance diante do caso concreto posto. A estes é que caberá o esforço inteligente e dinâmico de atualizar o sentido da norma jurídica que, quanto mais ampla for, admitirá um maior campo de atuação do intérprete reduzindo, por conseguinte, a necessidade de atuação do Legislativo para editar novas normas para regulamentar as novas relações intersubjetivas.

Vale notar que, para a hermenêutica jurídica clássica, o intérprete busca através das técnicas de interpretação descobrir o real significado das palavras utilizadas pelo legislador, pressupondo, para tanto, que o sentido já está posto no texto legal.

A interpretação, portanto, não reflete uma busca pelos possíveis sentidos e, sim, pelo único sentido possível diante do caso concreto e em vista das palavras e expressões empregadas pelo Poder Legislativo ao editar a lei.

Ainda que se admita que o esforço interpretativo será menor em caso de lei clara, como bem expressa o famoso brocardo jurídico “*in claris cessat interpretatio*”, a interpretação será igualmente necessária nestes casos para se estabelecer o seu alcance, intrinsecamente vinculado à atualização do sentido frente à rica e dinâmica realidade social.

Tem-se por pressuposto que sempre será necessária a interpretação da norma para a sua aplicação, tornando concreta a generalidade normativa. Para tanto, como mencionado, a

⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 01.

hermenêutica estabelece técnicas com critérios objetivos a fim de eliminar a subjetividade própria ao ser humano e alcançar o único sentido possível da norma jurídica.

Pode-se afirmar, com isto, que ao menos em tese, independente do sujeito que interpreta, a utilização das técnicas hermenêuticas permitiria a obtenção do mesmo resultado por força dos critérios objetivamente postos, independente de fatores e interferências subjetivas.

“Se se associar a hermenêutica a uma regra matemática, então a aplicação pura e simples da regra traduzirá em um resultado específico. Esse é o objetivo do intérprete. Contudo, sempre poderá existir uma influência subjetiva na interpretação, por mais objetiva que esta se proponha a ser.”⁵⁵

Assim, mesmo que as técnicas de interpretação não sejam aptas à retirar do sujeito totalmente o fator subjetivo, almeja-se a aproximação mais fiel possível da vontade expressa do legislador. A grande função da hermenêutica sob esta perspectiva seria a de aproximar o legislador da sociedade.

2.1.2. Técnicas de interpretação

A técnica escolástica/dogmática, também conhecida como técnica tradicional, defende que o sentido e o alcance da norma jurídica poderiam ser descobertos através do estudo e delimitação da vontade do legislador, verificada ou presumida. Carlos Maximiliano destaca que a falha dessa técnica está em ter como fim único a vontade do legislador, atribuindo status de finalidade do que deveria ser meio.

“Em toda escola teórica há um fundo de verdade. Procurar o pensamento do autor de um dispositivo constitui um meio de esclarecer o sentido deste; o erro consiste em generalizar o processo, fazer o que é simplesmente um dentre muitos recursos da Hermenêutica – o objetivo único, o alvo geral; confundir o meio com o fim. Da vontade primitiva, aparentemente criadora da norma, se deduziria, quando muito o *sentido* desta, e não o respectivo *alcance*, jamais preestabelecido e difícil de prever.”⁵⁶

⁵⁵ GONÇALVES, Antonio Baptista. *Hermenêutica e a linguagem: um estudo sobre sua relação com a Filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 83.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 36.

Outro ponto sensível que deve ser ponderado é a (im)possibilidade de inferir de um suporte físico (texto da lei) a vontade efetiva do Legislador. Embora em uma análise preliminar possa parecer bastante plausível que ninguém poderia exprimir melhor o sentido e o alcance da norma, senão quem a fez, o caráter subjetivo do ato de vontade é muito mais complexo do que parece.

Primeiro porque o Legislador é um órgão colegiado, e nem sempre é possível identificar a vontade de todos os membros que votaram, alguns apenas seguindo o relatório, sem se ater de forma cuidadosa ao texto do projeto diante da quantidade de trabalho, outros por motivos pessoais ou pressões sociais, outros, ainda, por questões políticas.

E mesmo que a análise se restrinja à suposta vontade do Relator do Projeto e aos argumentos debatidos na fase de elaboração e aprovação da Lei, este não parece ser o critério mais seguro. O texto da lei não traz impresso a subjetividade real do Legislador, mas a significação que o leitor atribui a partir do próprio contexto e limites do mundo, como se verá adiante.

Pode-se tentar deduzir pelos fatores externos o que o legislador pretendia com a lei, mas isso não permite alcançar subjetivamente a sua real intenção, podendo ser desconhecida pelo próprio emissor da mensagem.

O que mais poderia aproximar o intérprete da “vontade do legislador” seriam os elementos textuais como a exposição de motivos, expressamente inseridas no texto positivo, mas que ainda assim seria insuficiente para expressar integralmente e sem qualquer margem de dúvidas essa vontade.

Diversamente da técnica escolástica que adotava o estudo dos artigos isoladamente, através da técnica sistemática o processo interpretativo se dá de forma sistematizada, ou seja, não pelo olhar isolado do dispositivo legal, mas a partir da construção de um todo orgânico, metódico, formado pelos materiais esparsos de centenas de artigos.

Essa técnica tem especial relevância para a construção da própria norma jurídica, considerando que muitas vezes a prescrição da conduta pelo legislador só poderá ser

compreendida a partir do conjunto normativo, não sendo suficiente o enunciado prescritivo isolado.

A intertextualidade, aliás, é apontada por Paulo de Barros Carvalho como um dos axiomas da interpretação:

“Retorno, entretanto, aos dois pontos que suportam o trabalho interpretativo, como axiomas da interpretação: intertextualidade e inesgotabilidade. Como disse, a intertextualidade é formada pelo intenso diálogo que os textos mantêm entre si, sejam eles passados, presentes ou futuros, pouco importando as relações de dependência estabelecidas entre eles. Assim que inseridos no sistema, iniciam a conversação com outros conteúdos, intrassistêmicos e extrassistêmicos, num denso intercâmbio de comunicações. Normas de lei ordinária dialogando com escritos constitucionais, com outras regras já revogadas, com dispositivos insertos em atos normativos infralegais, além das conversações que se instalam com mensagens advindas dos mais diversos setores do direito posto. Com o advento da lei nova, institui-se complexa e extensa rede de comunicações jurídicas e extrajurídicas, repito, perfazendo o universo do conteúdo, delimitado, unicamente, pelos horizontes de nossa cultura. A inesgotabilidade, por sua vez, é a ideia de que toda a interpretação é infinita, nunca restrita a determinado campo semântico. Daí a inferência de que todo texto poderá ser sempre reinterpretação do sujeito cognoscente.”⁵⁷

Antonio Batista Gonçalves⁵⁸ cita ainda como técnicas de interpretação a gramatical, a lógica, a histórica e a teleológica/axiológica.

A interpretação gramatical, comumente denominada interpretação literal, se dá no plano léxico, da relação estabelecida entre as palavras utilizadas pelo legislador e o respectivo significado literal, assim compreendido aquele sentido comumente atribuído àquela palavra sem maiores digressões.

A interpretação lógica, por conseguinte, objetiva descobrir o sentido da norma por si mesma, sem outros fatores externos, podendo abarcar a lógica interna ao ordenamento jurídico. Nas palavras de Aurora Tomazini, é o método pelo qual “os conteúdos de significação

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 204/205.

⁵⁸ GONÇALVES, Antonio Baptista. *Hermenêutica e a linguagem: um estudo sobre sua relação com a Filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Editora Noeses, 2016. p. 93/97.

são construídos e amarrados com a aplicação de regras da lógica formal, a partir de deduções (processo pelo qual de duas ou mais proposições, conclui-se uma terceira)”⁵⁹.

Quanto à técnica histórica-evolutiva, retomando e atualizando a técnica escolástica, tem-se a relevância da vontade do legislador ao gerar a norma, conciliando passado com o presente, na medida em que busca não somente o que o legislador quis dizer, mas o que quereria se vivesse no contexto atual.

Assim, para inferir o elemento subjetivo da intenção do emissor da mensagem legislativa, seria necessário analisar o contexto histórico da época em que a lei foi editada, bem como, o contexto atual, que por suas modificações próprias da dinâmica social, poderiam importar em novo sentido e novo alcance do mesmo texto da lei.

Apesar de parecer uma solução bastante efetiva para que o Direito possa acompanhar a velocidade das mudanças sociais, cabem aqui as ponderações feitas acerca da técnica escolástica, acrescentando que, se descobrir a vontade do legislador à época por seu caráter subjetivo já se mostrava tarefa impossível, com ainda maior razão, sobre fatos futuros que sequer poderiam ser conhecidos ou esperados. As mudanças do contexto social podem, inclusive, justificar a revogação da norma pelo próprio Poder Legislativo, mas sempre de forma expressa pela edição de uma nova lei.

Para a exegese construtora, o sujeito participa da construção da realidade, embora não crie prescrições e nem postergue as existentes, deduz nova regra para caso concreto a partir do conjunto das disposições do direito. Essa técnica parece se assemelhar à postura de Paulo de Barros Carvalho sobre o processo interpretativo, em que o intérprete é pressuposto para a construção da norma jurídica. É o ato humano de atribuir significação ao texto legal que formará a norma e permitirá a compreensão das condutas prescritas pelo Legislador.

Denomina-se teleológica a técnica que atribui à interpretação a tarefa de identificar a finalidade para a qual a norma foi criada, o fim objetivo pelo dispositivo. A finalidade da norma será sempre a de regulamentar as relações intersubjetivas prescrevendo condutas

⁵⁹ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 269.

modalidades como “permitidas”, “proibidas” e “obrigatórias”, positivando os axiomas caros à determinada sociedade. Neste sentido, a técnica de interpretação teleológica, mais do que atribuir sentido à finalidade do texto da lei, permitiria estudar os valores que determinada previsão se prestou a proteger, servindo como contexto para a construção da norma jurídica,

Já a sociológica é aquela que impõe ao juiz a aplicação do texto legal de acordo com a necessidade da sociedade contemporânea, deixando de tomar por referência o passado para admitir o futuro. Esta técnica parece se aproximar da técnica histórica-evolutiva, condicionando, no entanto, a aplicação da norma não à vontade do legislador em cada época, mas à necessidade da sociedade atual.

O problema é que o Direito não se presta a atender ilimitadamente os anseios da sociedade do seu tempo, caso contrário todo o ordenamento jurídico precisaria ser renovado para cada geração a depender do respectivo perfil. Embora se admita que as mudanças sociais e modificações de valores possam repercutir na transformação do ordenamento jurídico, essa não é tarefa do intérprete, mas do próprio Poder Legislativo, a quem caberá positivar os valores caros à sociedade.

2.2. Construtivismo Lógico Semântico e o Direito Positivo como linguagem

Como bem ensina Aurora Tomazini de Carvalho, "Constructivismo Lógico-Semântico" é empregado para se reportar à Escola Epistemológica do Direito:

"A expressão "Construtivismo Lógico-Semântico" é empregada em dois sentidos: (i) para se reportar à Escola Epistemológica do Direito da qual somos adeptos, fundada nas lições dos professores PAULO DE BARROS CARVALHO e LOURIVAL VILANOVA e que vem, a cada dia, ganhando mais e mais seguidores no âmbito jurídico" (ii) e ao método utilizado por esta Escola que pode ser empregado no conhecimento de qualquer objeto"⁶⁰.

⁶⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014. p. 86.

As principais premissas dessa Escola e da metodologia por ela proposta estão refletidas na própria nomenclatura escolhida. É considerada "Construtivista" por defender a constituição do mundo pela linguagem. Rompendo com a concepção de linguagem como descritiva da realidade, segundo a qual o sujeito, conhecendo a realidade a descreve através da linguagem, para a linha construtivista, a linguagem passa a ser criadora da própria realidade.

"Lógica", por sua vez, por adotar a *formalização* da linguagem, separando as estruturas das matérias ou conteúdo das proposições, como instrumento para construir um discurso coerente no qual as premissas e as proposições desenvolvidas permitam ao destinatário da mensagem verificar a validade dos esquemas intelectuais perpetrados.

Considerando os três aspectos da linguagem trazidos pela Semiótica, a lógica está relacionada ao plano da sintaxe, da estrutura propriamente dita da comunicação.

A relevância do aspecto da lógica para o estudo do Direito Positivo é bem destacada por Robson Maia Lins:

"No direito, esse método de análise tem uma aplicabilidade incrível. Os Juízes, Advogados e demais Juristas se ocupam o tempo inteiro em raciocinar sobre as normas, manejá-las, descrevê-las, criando e refutando argumentos, e o manuseio dos problemas lógicos permite que esses profissionais construam um discurso coerente."⁶¹

Por fim, "Semântica" por defender que a busca de um discurso coeso e preciso impõe ao emissor da mensagem o cuidado de elucidar sempre que possível e cabível a extensão que pretendeu dar ao utilizar determinada palavra, diante das diferentes atribuições possíveis, evitando, com isto, os chamados ruídos de comunicação que impedem a adequada compreensão da mensagem.

⁶¹ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 16.

2.2.1. O movimento do "giro-linguístico" e a interpretação como construção de sentido

A citada proposição de Ludwig Wittgenstein “Os limites do meu mundo significam os limites da minha linguagem” representa bem o “giro-linguístico” da filosofia, através do qual a linguagem deixou de ser um meio pelo qual se expressava a realidade para ser tida como apta a criar a própria realidade⁶².

Para os positivistas lógicos, a ciência seria fundamentalmente empírica, pois o cientista, na condição de observador, poderia constatar a existência de algo a partir da experiência sensível. Contudo, sendo o aspecto sensível das coisas algo que sofre modificações, a teoria científica poderia ser modificada e até refutada, quando verificados novos fatos, de modo que, a ciência não descobriria as leis universais e necessárias da natureza, mas contestaria certas regularidades.

Tal pensamento se opõe a fenomenologia proposta por Husserl, segundo a qual o objeto poderia ser reduzido a um referencial que lhe dá unidade, sendo que a presença da coisa pré-existe a todos os juízos que a determinam.

Tem-se, de um lado, o pressuposto de que o objeto existe e então o sujeito deu-lhe o nome, e, de outro, o juízo é pré-existente ao objeto, sendo que tudo o que existe é fruto da interpretação formulada pelo ser humano.

Neste último caso, o atributo do enunciado como “verdadeiro” sobre o estado das coisas corresponde a uma interpretação que coincide com outra interpretação prévia, o que afastaria a existência de uma verdade objetiva. O conhecimento do indivíduo acerca da significação de determinada palavra se dá pelo conhecimento da língua inserida em determinada cultura. Neste sentido, “o mundo é um conjunto de significações, de saberes, de

⁶² SCAVINO, Dardo. *A Filosofia atual: pensar sem certezas*. Tradução: Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2014. Introdução p. XII,

valores, de gostos, de certezas: uma pré-interpretação ou uma pré-compreensão, como chamava Heidegger”⁶³.

Assim, “os limites do meu mundo significam os limites da minha linguagem” na medida em que o sujeito cognoscente está inserido em um contexto cultural, ou seja, habita em certo contexto linguístico aprendendo a dominar o sistema comunicacional compreendido por pré-interpretações em que se apoia a comunicação de uma sociedade ou etnia.

A linguagem que recebemos e que foi tradicionalmente construída pelos nossos antepassados delimita o nosso conhecimento sobre o mundo em que estamos inseridos:

“Acontece que é o outro, a língua do outro, quem fala através de mim, quem fala, como se diz, em meu nome. Basta ver que até as palavras que formam meu nome próprio e que, em meus documentos, identificam-me, foram-me extremamente impostas. Não obstante, interroga-se Derrida, poderia falar-se aqui de alienação? Poderia dizer-se que me vejo obrigado a usar a palavra do outro se não existe uma linguagem que possa considerar minha, um léxico próprio? A língua nos dá sua palavra, então, de duas maneiras diferentes e correlatas: por um lado, provê um sistema significante a partir do qual compreendemos o mundo; por outro, propõe que confiemos nela já que, de todo modo, não podemos acessar de maneira direta uma realidade pré-linguística. Apenas nos resta acreditar na palavra dada, em sua herança e sua promessa. Devemos crer, afinal de contas, porque somos seres finitos, porque sempre habitamos uma linguagem situada no espaço e no tempo”.⁶⁴

Ao se admitir que não existiria apenas uma linguagem, igualmente não haveria como existir apenas “um mundo”, mas para cada língua o mundo vai se expressar de uma forma, criando uma realidade.

Ao tratar da interpretação, Paulo de Barros Carvalho⁶⁵ traz a posição da moderna Ciência da Interpretação no sentido de que o sujeito cognoscente não “extraí” ou “descobre” o sentido que estava oculto no texto, mas o constrói a partir da sua forma de ver o mundo, equivale dizer, do universo da sua linguagem. Essa posição vai de encontro à hermenêutica tradicional,

⁶³ SCAVINO, Dardo. *A Filosofia atual: pensar sem certezas*. Tradução: Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2014. p. 19.

⁶⁴ *Ibidem*. p. 22.

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 205.

na medida em que afasta a ideia de que o sentido estaria no próprio texto, sendo desvendado pelo sujeito, quando, na verdade, é o próprio sujeito quem imprime sentido ao suporte físico.

Isso porque, sem o ser humano, o texto - tomado em sua dimensão estritamente material - não tem aptidão de expressar qualquer sentido. É imprescindível a figura do sujeito para que, em contato com o suporte físico, possa interpretá-lo e atribuir-lhe sentido. Para o Construtivismo Lógico Semântico, o texto não contém o sentido mas é o ponto de partida para que, através da interpretação, este possa ser construído pelo intérprete.

“O intérprete constrói o conteúdo textual. O texto (em sentido estrito) é significativo, mas não contém, em si mesmo, significações (seu conteúdo). Ele serve como estímulo para a produção de sentido. As significações são construídas na mente daquele que interpreta o suporte físico, por este motivo, requer, indispensavelmente, a presença do homem. Assim sendo, podemos dizer que não existe texto sem conteúdo, mas também não existe conteúdo sem o ser humano. O conteúdo está no homem, apenas é atribuído ao texto”.⁶⁶

É por isso que se diz que o sentido não está contido no suporte físico, porquanto a palavra, por si mesma considerada, em um aspecto meramente material, está despida da aptidão de emitir uma significação, o fazendo apenas através do ser humano, atuando como um estímulo para este possa a partir do texto atribuir-lhe significado através da interpretação.

2.2.2. O percurso gerador de sentido e a construção da norma jurídica: Há uma interpretação "autêntica"?

Como considerado anteriormente, o Direito se expressa através da linguagem, sendo possível afirmar com base nos ensinamentos adotados pelo Construtivismo Lógico-semântico que onde houver direito, haverá, igualmente, linguagem.

⁶⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 227.

O texto da lei, neste passo, é o aspecto material a partir do qual o intérprete iniciará o processo interpretativo em busca da construção da mensagem legislativa e do sentido deôntico completo prescrito legalmente.

Ao traçar a distinção da norma jurídica em sentido estrito da norma jurídica em sentido amplo, verificou-se a utilização da primeira para tratar da norma jurídica considerada em sua estrutura hipotético-condicional, expressando o sentido completo do deôntico, descrevendo em seu antecedente fato de possível ocorrência no mundo fenomênico e prescrevendo, no consequente, a relação jurídica a ser instaurada entre os sujeitos S' e S''.

Norma jurídica em sentido amplo, por conseguinte, pode referir-se aos enunciados prescritivos soltos, às proposições jurídicas, à norma em sentido estrito e à sistematização da norma jurídica construída. Ou seja, a todos os elementos pertencentes ao sistema do direito posto.

Para que seja possível a compreensão da mensagem legislativa, deverá o intérprete perpassar pelos quatro planos do percurso gerador de sentido: plano S1, dos enunciados prescritivos; plano S2 das significações (proposições jurídicas); plano S3, da estruturação das proposições na forma hipotético condicional e plano S4 da sistematização.

"A interpretação não é o produto e sim o processo que se inicia no S1 e vai até ao S3. Somente no domínio das significações normativas é que as normas jurídicas aparecem como unidades mínimas e irreduzíveis do deôntico completo, estruturadas sempre a partir de juízos condicionais, em que as suas variáveis são ligadas pelo *dever-ser* ou pelo princípio da implicação. Para finalizar, tem-se o plano de organização do sistema - o S4, ou seja, no S3 têm-se as regras jurídicas e neste sistema hierarquiza-se as normas jurídicas dentro do sistema."⁶⁷

Todavia, enquanto linguagem que é, a norma jurídica - mesmo a considerada em sentido estrito - não tem aptidão para incidir sobre o fato social de forma automática e infalível, dependendo necessariamente do agir humano para, mediante a edição de novas normas no processo de aplicação e positivação, possa aproximar-se da realidade social e influenciar na adoção de condutas conforme à norma.

⁶⁷ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 26.

Tem-se, portanto, que sem a interpretação a norma jurídica não alcança o seu fim de regulamentar condutas intersubjetivas. A efetividade normativa não prescinde da interpretação, em sentido contrário, depende intrinsecamente do processo interpretativo para que o destinatário da mensagem possa compreendê-la e segui-la.

Não obstante, diversamente do que defendia a hermenêutica tradicional, a simples aplicação de técnicas de interpretação pré-estabelecidas não permite alcançar, inevitavelmente, um mesmo resultado. E, mais do que admitir que haveria alguma interferência subjetiva do intérprete, o pressuposto adotado pelo Construtivismo Lógico Semântico é que a construção de sentido do texto da lei sofrerá, inevitavelmente, interferências subjetivas, sendo possível construir interpretações distintas a partir de um mesmo suporte físico.

Ainda que todo e qualquer sujeito que tenha contato com a lei possa interpretar e construir a norma jurídica, a sua aplicação, mediante a produção de novas normas, dependerá da produção de ato específico por órgão credenciado pelo sistema e através da linguagem por ele prescrita:

“Não é qualquer sujeito de direito, porém, que está habilitado a aplicar a norma jurídica. Este aparece, já foi dito, como um grande fato comunicacional, sendo a criação normativa confiada a órgão credenciado pelo sistema. O sujeito produzirá regras apenas na medida em que participe, efetivamente, daquele processo, integrando o fato concreto da comunicação jurídica. Sempre que não estiver inserido nesse processo, permanecendo de fora, não atuando, mas simplesmente estudando, descrevendo, conhecendo o direito positivo, formulará, se muito, propostas de normas, hipóteses sobre a composição de estruturas normativas. A construção dessas unidades irreduzíveis de significação do deontico-jurídico pressupõe a inserção de enunciados prescritivos na ordenação total, revestindo-se de todos os caracteres formais exigidos pelo sistema, e isso é tarefa privativa dos órgãos, pessoas físicas e jurídicas, para tanto habilitadas. Somente sujeito de direito, indicado pela lei, poderá, por intermédio de norma individual e concreta, recolher os elementos verificados no acontecimento efetivo da vida social, proceder à operação lógica de subsunção e expedir a norma jurídica. Em outras palavras, e transportadas essas reflexões ao campo do fato comunicacional, só será emissor da mensagem jurídica aquele que estiver assim qualificado pelo código comunicacional, ou seja, pelo ordenamento jurídico.”⁶⁸

⁶⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 204/205.

Tem-se, com isso, que embora todo sujeito que esteja em contato com o suporte físico da lei possa interpretá-lo, o que implica em admitir a coexistência de diversas interpretações a partir de um mesmo enunciado, os primados da segurança jurídica e da certeza do direito tornam necessária a criação de mecanismos de seleção de determinadas interpretações em detrimento de outras.

Cabe mencionar, neste cenário, que Carlos Maximiliano utiliza a expressão “interpretação autêntica” para referir-se àquela interpretação posta pelo próprio órgão que produziu o ato interpretado, por ser a única modalidade vinculante de interpretação.

Sendo incumbência típica do Poder Legislativo editar a lei a ser interpretada, o doutrinador considera que a este caberia ordinariamente a interpretação autêntica, embora chegue a afirmar que esta não existiria, propriamente. Neste sentido, se o Poder Legislativo “declara o sentido e o alcance de um texto, o seu ato, embora reprodutivo, é uma verdadeira norma jurídica, e por isso tem força obrigatória”⁶⁹.

Tal expressão foi igualmente utilizada por Hans Kelsen que, como tratado no item em que abordamos a norma jurídica e o direito positivo, diferenciava a interpretação realizada pelo cientista do Direito daquela formulada pelo aplicador, atribuindo, a este último, a “interpretação autêntica”.

Discordando destas perspectivas, Aurora Tomazini esclarece que a “interpretação autêntica” não estaria relacionada ao sujeito, mas sim à linguagem à qual esta se materializa. Para tanto, a autora admite que a construção de significação ao suporte físico produzido pelo Poder Legislativo é Direito Positivo na medida em que não há como considerar que o enunciado prescritivo solto poderia ser dissociado plenamente de sua significação.

Esta separação da relação triádica do signo em suporte físico, sua significação e seu significado se dá para fins analíticos, o que não implica em afirmar que seria possível efetuar uma efetiva separação entre o texto e o seu sentido.

⁶⁹ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 75.

No entanto, apenas ingressaria no ordenamento jurídico a interpretação expressa em linguagem jurídica, ou seja, mediante a produção de linguagem competente, assim eleita pelo próprio sistema do direito posto.

“Para nós, independente da pessoa, as significações construídas no processo interpretativo, que tomam por base o suporte físico positivado pelo legislador, são direito positivo. O que caracteriza uma interpretação como autêntica, não é o sentido, mas a linguagem na qual ele se materializa. Quando um órgão aplica uma norma ele se pronuncia sobre o conteúdo do texto legislativo, fixando juridicamente o sentido deste, com a produção de uma nova linguagem jurídica. Ao contrário, em qualquer outra circunstância, a pessoa interpreta o direito, não produz um enunciado jurídico e, com isso, o sentido construído não passa a integrar o sistema. Nestes termos, o que caracteriza a interpretação autêntica não é a situação do intérprete, é a produção de uma linguagem competente, no mais, ela é igual a qualquer outra.”⁷⁰

Neste cenário é que o emprego da expressão “interpretação autêntica” deve se dar de forma cautelosa, a fim de evitar que se admita como se fosse possível dissociar a norma jurídica da interpretação. Assim, a sua utilização se justifica tão somente para fins de distinguir a interpretação que constrói a norma jurídica, daquela que resulta propriamente em um novo enunciado jurídico mediante a edição de linguagem competente, a exemplo daquela formulada pela Administração Pública na edição da norma individual e concreta do lançamento, bem como, da construída pelo Poder Judiciário com a produção da norma individual e concreta da sentença, como se passa a aprofundar a seguir.

⁷⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 264.

3. A REPARTIÇÃO DE PODERES E A INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA TRIBUTÁRIA

3.1. Poder Legislativo e a Regra-Matriz de Incidência Tributária

3.1.1. Produção legislativa e veículo introdutor primário e secundário

Como visto, no Direito Tributário vigora o princípio da legalidade estrita, expressamente previsto pelo artigo 150, I, da Constituição Federal, segundo o qual é assegurado ao contribuinte a exigência ou o aumento de tributo tão somente por meio de lei que o estabeleça.

Em igual sentido, o artigo 97 do Código Tributário Nacional prescreve que somente à lei cabe estabelecer a instituição ou extinção do tributo, a sua majoração ou redução, além dos critérios da regra-matriz de incidência tributária, a ser mais bem aprofundada no tópico subsequente.

Nesse passo, ao tratarmos da Repartição de Poderes identificamos como função típica do Poder Legislativo a produção de enunciados prescritivos inaugurais, equivale dizer, a edição de normas gerais e abstratas que inauguram o ordenamento quanto à regulação de condutas intersubjetivas.

Assim, adotando-se a premissa de fonte do Direito como atos de fala, ou seja, como a atividade de enunciação que resulte em enunciados prescritivos inseridos ao ordenamento através de veículo introdutor, deve-se ter em vista a distinção entre as marcas que ficam do evento de produção da norma (enunciação-enunciada) do produto, que compõe propriamente o comando normativo (enunciado-enunciado).

Tem-se, daí, que a lei em si mesma considerada não é a fonte do direito positivo, mas, sim, o ato de fala produzido pelos sujeitos que compõem o Poder Legislativo. A lei igualmente não se confunde com o produto norma jurídica, mas é o veículo pelo qual estas são introduzidas ao ordenamento.

É o que ressalta Tárek Moussallem⁷¹ ao afirmar que a relevância do princípio da legalidade no âmbito Tributário não significa que lei deve ser tida como a sua fonte, mas produto. Rememore-se que o texto positivado através da lei é o suporte físico a partir do qual o sujeito cognoscente construirá a norma jurídica (em sentido estrito), mas correspondente ao veículo introdutor.

Robson Maia Lins⁷² classifica o veículo introdutor da norma em primário ou secundário, a depender do seu poder de inaugurar (no primeiro caso) ou não (no segundo) o ordenamento jurídico vigente.

Inaugurar no sentido de estabelecer prescrições acerca de materialidades ou aspectos distintos daqueles já contidos no sistema do direito posto, de modo inclusive a delimitar o âmbito de regulamentação dos veículos secundários, aos quais é vedado tratar de questões ainda não regulamentadas ou em sentido diverso da prevista pelos veículos primários.

Assim, além de inaugurar o ordenamento jurídico, servirão de fundamento de validade para os veículos secundários, podendo citar como exemplo da lei constitucional, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução do senado.

A Constituição Federal encontra-se no cume da hierarquia legislativa, cabendo-lhe dispor sobre direitos e garantias fundamentais, além das principais previsões normativas acerca do procedimento e competência para a produção normativa, elementos estes que, como visto, serão essenciais para o controle de validade da norma a ser verificada *a posteriori*, podendo a sua inobservância ensejar a retirada da norma do ordenamento.

Em matéria tributária, os dispositivos constitucionais possuem especial relevância, os quais estabelecem o feixe de competência tributária entre os entes da federação de acordo com a materialidade dos impostos, além de dispor sobre as garantias do contribuinte e vedações impostas ao exercício do poder-dever de tributar.

⁷¹ MOUSSALLEM, Tárek Moyses. **Fontes do Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006. p. 144.

⁷² LINS, Robson Maia. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Noeses, 2019. p. 54.

A especificidade a que se dedicou o legislador constituinte ao tratar de temas relacionados ao Direito Tributário justifica-se em vista de a atividade tributante atingir dois direitos fundamentais: o direito à liberdade e o direito à propriedade⁷³.

Em contrapartida, a arrecadação tributária é essencial para a própria existência e funcionamento do aparato estatal, até mesmo para custear o funcionamento do Estado e a garantia aos direitos individuais e sociais fundamentais.

A Lei Complementar, por sua vez, refere-se à veículo introdutor primário de alta relevância, tendo a Magna Carta reservado ao procedimento legislativo mais rigoroso - porquanto depende de *quórum* qualificado para sua aprovação - matérias como (i) dispor sobre conflitos de competência em matéria tributária; (ii) regular as limitações constitucionais ao poder de tributar; (iii) estabelecer normas gerais em direito tributário (artigo 146 da CF/88).

Ainda que não se desconheça a divergência doutrinária acerca da existência ou não da hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, tal questão não será aqui tratada na medida em que apenas tangencia a problemática em análise.

Não obstante, importa notar que cabe à lei ordinária, respeitadas as matérias específicas de lei complementar, delinear o contorno dos critérios que compõem a regra-matriz de incidência tributária:

"É imprescindível ressaltar, ainda, que, para que a exigência do princípio da legalidade seja cumprida, não basta que a lei discipline apenas alguns critérios da regra-matriz de incidência tributária (RMIT); é imprescindível que traga, em seu bojo, todos os elementos necessários para a construção dessa norma jurídica."⁷⁴

Quanto aos veículos secundários, o Código Tributário Nacional prevê em seu artigo 100:

“Art. 100. São normas complementar das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

⁷³ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 56.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 60.

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidade, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo”.

Tais regramentos, como visto, têm o seu campo de abrangência delimitado pelos veículos primários e referem-se em sua maioria às normas produzidas pela Administração Pública inclusive para esclarecer ou vincular a interpretação que se entende por adequada da legislação tributária vigente.

Dentre os veículos secundários, têm especial relevância para o presente trabalho os atos normativos editados pelas Fazendas Públicas, com o fim de apontar a interpretação normativa dando uniformidade à sua aplicação pelo órgão.

"Limitando a discricionariedade dos atos de seus agentes e visando a empregar uniformidade no entendimento e segurança jurídica, as Fazendas Públicas frequentemente emitem pareceres normativos em matéria tributária. São eles veículos introdutórios secundários, cuja finalidade é apontar para a interpretação normativa que deve prevalecer perante os funcionários da administração."⁷⁵

Sobre o tema, são igualmente valiosos os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho:

“No direito tributário brasileiro encontramos a figura esdrúxula dos pareceres normativos, na esfera federal, que consistem em manifestações no entendimento de agentes especializados, sobre matéria tributária submetida a sua apreciação, e que adquirem fóruns normativos, vinculando a interpretação entre funcionários no que concerne ao tópico debatido. Incluem-se nessa rubrica, também, as decisões dos órgãos singulares ou colegiais que controlam a legalidade dos atos administrativo e que, uma vez reiteradamente

⁷⁵ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 68.

convergentes, aplicam-se com força normativa, ao feitiço das emanações da jurisprudência.”⁷⁶

Os pareceres normativos vêm ganhando cada vez mais espaço e relevância como diretriz orientadora interna ao órgão, mas também aos contribuintes que buscam nas interpretações formuladas pelos órgãos fazendários o parâmetro seguro para orientar as condutas adotadas em caso de dúvida quanto à aplicação da norma vigente.

Precisamente para se evitar mudanças bruscas nas interpretações emitidas pela própria Fazenda é que o legislador, por modificação legislativa realizada no ano de 2018, inseriu à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB, dispositivos que vedam o prejuízo ao contribuinte por força de mudança brusca de entendimento, a exemplo do artigo 24.

De acordo com o referido dispositivo, a revisão de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado, seja na esfera administrativa, seja na judicial, deverá ter em conta as orientações gerais da época, assim consideradas as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência majoritária, além das práticas administrativas reiteradamente adotadas e de amplo conhecimento público.

Veda-se, diante da consolidação de posicionamento - administrativo ou judicial - em que pautou o ato cuja validade se esteja questionando, que a mudança brusca de orientação geral torne inválidas situações plenamente constituídas.

3.1.2. Regra-Matriz de Incidência Tributária

Ao tratarmos da norma jurídica, trouxemos a classificação da norma em sentido amplo e norma em sentido estrito, referindo-se a primeira a todos os elementos contidos no sistema do direito positivo, enquanto a segunda é utilizada para tratar da norma estruturada na forma hipotético condicional, fórmula esta essencial para que se possa alcançar a mensagem legislativa em seu sentido deontológico completo.

⁷⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 92.

Isso porque, os atos de enunciação produzidos pelo Poder Legislativo inserem, através do veículo introdutor, enunciados prescritivos soltos que, se isoladamente considerados, são insuficientes para regular as relações intersubjetivas a que se presta o Direito.

Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, a norma jurídica “é a expressão mínima e irreduzível (com o perdão do pleonismo) de manifestação do deôntico com o sentido completo”, de modo que, “os comandos jurídicos para serem compreendidos no contexto de uma comunicação bem-sucedida, devem revestir um *quantum* de estrutura formal.”⁷⁷

Para tanto, faz-se imprescindível a figura do ser humano, que, em contato com o texto da lei posta, passa a interpretá-lo, perpassando os quatro planos do percurso gerador de sentido a fim de construir a norma jurídica em sentido estrito.

Valendo-se precisamente dessa estrutura normativa - ou seja, do juízo hipotético condicional - e objetivando facilitar o estudo dos complexos institutos que envolvem o Direito Tributário, é que o citado autor, de modo inovador, criou a chamada Regra-Matriz de Incidência Tributária - RMIT.

Por meio da norma-padrão de incidência (RMIT), buscou estruturar o juízo hipotético condicional cujo antecedente (hipótese) descreve um fato de possível ocorrência que expresse um conteúdo econômico e que, se relatado em linguagem jurídica competente, ensinará a constituição de uma relação jurídica obrigacional tributária, cujos elementos se encontram prescritos no seu consequente.

“A construção da regra-matriz de incidência, assim como de qualquer norma jurídica, é obra do intérprete, a partir dos estímulos sensoriais do texto legislado. Sua hipótese prevê fato de conteúdo econômico, enquanto o consequente estatui vínculo obrigacional entre o Estado, ou quem lhe faça as vezes, na condição de sujeito ativo, e uma pessoa física ou jurídica, particular ou pública, como sujeito passivo, de tal sorte que o primeiro ficará investido do direito subjetivo público de exigir, do segundo, o pagamento de determinada quantia em dinheiro. Em contrapartida, o sujeito passivo será cometido do dever jurídico de prestar aquele objeto.”⁷⁸

⁷⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. ***Direito Tributário, Linguagem e Método***. São Paulo: Noeses, 2015. p. 627.

⁷⁸ *Ibidem*. p. 629.

Dentre as inúmeras normas que regulamentam as relações em matéria tributária, a regra-matriz está direcionada especificamente à norma geral e abstrata que prescreve os elementos essenciais para que haja a incidência da norma sobre o fato social para que se instaure a relação jurídico tributária entre o sujeito passivo e o sujeito ativo objetivando o pagamento do tributo.

Robson Maia Lins⁷⁹ destaca que, como fórmula, a regra-matriz auxilia o intérprete na compreensão do Direito posto, para que este possa ordenar e articular as porções soltas do texto prescritivo instituidoras do tributo, assim como, para que se realize a análise direcionada aos aspectos de maior importância no estudo do Direito Tributário.

Tal é a sua relevância que há muito superou a esfera acadêmica, expressando claramente a conexão entre o teórico e o prático, sendo possível encontrar referências em diversos livros, artigos científicos, pesquisas e até mesmo pela jurisprudência, mostrando-se instrumento analítico bastante efetivo para a compreensão e aplicação do ordenamento vigente.

Sobre o tema, Aurora Tomazini destaca a ambiguidade que acomete a expressão “regra-matriz”, podendo ser utilizada tanto para referir-se à estrutura lógica como à norma jurídica em sentido estrito.

“No processo gerador de sentido dos textos jurídicos, o intérprete, conhecendo a regra-matriz (estrutura lógica), sai em busca dos conteúdos significativos do texto posto para completá-la e assim constrói a regra-matriz de incidência (norma jurídica). A regra-matriz, considerada como estrutura lógica, é desprovida do conteúdo jurídico, trata-se de um esquema sintático que auxilia o intérprete no arranjo de suas significações, na construção da norma jurídica. A regra-matriz, enquanto norma jurídica, aparece quando todos os campos sintáticos desta estrutura forem semanticamente completados.”⁸⁰

Também aqui é importante lembrar que o processo de abstração e formalização das proposições, através do qual há o esvaziamento do sentido para permitir o manuseio das estruturas linguísticas, se dá tão somente com o fim analítico. Estabelece-se, com isso, a

⁷⁹ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. p. 396.

⁸⁰ CARVALHO, Aurora Tomazini. *A regra-matriz como esquema lógico de interpretação dos textos jurídicos*. In Carvalho, Paulo de Barros (coord.); Brito, Lucas Galvão de (org.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 420/421.

estrutura formalizada, substituindo palavras por signos, que servirá de forma uniforme para construir a regra-matriz de cada tributo.

Assim, utilizando-se desta mesma estrutura lógica, o intérprete buscará nos enunciados prescritivos soltos postos no ordenamento os critérios que compõem a regra-matriz, atribuindo-lhes significado e construindo a norma jurídica.

Retomando a estrutura da regra-matriz de incidência tributária, tem-se no antecedente a descrição da hipótese tributária, composta pelos critérios material, temporal e especial, e que expressam um verbo mais complemento delimitado no tempo e no espaço. Já o consequente prescreve a relação jurídico tributária entre o sujeito passivo e o sujeito ativo (critério pessoal) que tem como objeto o pagamento do tributo devidamente quantificado (critério quantitativo - base de cálculo e alíquota).

Ao estabelecer o feixe de competência tributária de cada ente da federação, a Constituição Federal de 1988 o fez vinculando-o à respectiva materialidade. Considerando o enfoque adotado para o presente estudo à esfera federal, cabe citar, a título de exemplo, o artigo 153 da CF/88, que atribui à União a competência para instituir imposto sobre (i) importação de produtos estrangeiros; (ii) exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; (iii) renda e proventos de qualquer natureza; (iv) produtos industrializados; (v) operações de créditos, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; (vi) propriedade territorial rural; (vii) grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

A materialidade do tributo corresponde ao critério material da regra-matriz e é composta por um verbo - necessariamente pessoal - mais um complemento, representativo de relevância econômica ou um signo presuntivo de riqueza. Utilizando-se do primeiro dos exemplos acima citados, temos como critério material do imposto de importação “importar produtos estrangeiro”.

O critério temporal delimita o momento exato em que se considera a ocorrência do evento a ser promovido à categoria de fato jurídico (antecedente da norma individual e concreta).

"Compreendemos o critério temporal da hipótese tributária como o grupo de indicações contidas no suposto da regra, e que nos oferecem elementos para

saber, com exatidão em que preciso instante acontece o fato descrito, passando a exigir o liame jurídico que amarra devedor e credor, em função de um objeto - o pagamento de certa prestação pecuniária"⁸¹.

A conduta descrita no critério material da RMIT pode, por vezes, implicar na prática de mais de um ato, cabendo ao critério temporal estabelecer o momento em que se considera concluída a ação em que surgirá o direito subjetivo do sujeito passivo de exigir o pagamento do tributo e o correspondente dever do sujeito ativo de prestá-lo.

O critério espacial refere-se ao enunciado que delimita o local em que o evento deve ocorrer, podendo constar expressa ou implicitamente nos enunciados prescritivos. Pode referir-se a determinado local, a áreas específicas geograficamente estabelecidas ou ainda de forma genérica, abrangendo o campo de vigência da lei.

"Acreditamos que os elementos indicadores da condição de espaço, nos supostos das normas tributárias, hão de guardar uma dessas três formas compositivas, diretriz que nos conduz a classificar o gênero tributo na conformidade do grau de elaboração do critério espacial da respectiva hipótese tributária:

- a) hipótese cujo critério espacial faz menção a determinado local para a ocorrência do fato típico;
- b) hipótese em que o critério espacial alude a áreas específicas, de tal sorte que o acontecimento apenas ocorrerá se dentro delas estiver geograficamente contido;
- c) hipótese de critério espacial bem genérico, onde todo e qualquer fato, que suceda sob o manto da vigência territorial da lei instituidora, estará apto a desencadear seus efeitos peculiares"⁸².

⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 272.

⁸² *Ibidem*, p. 270.

A base de cálculo é elemento do critério quantitativo pertencente ao consequente a regra-matriz de incidência tributária que, juntamente com a alíquota, expressa o valor da prestação pecuniária.

Destina-se primordialmente à mensurar a intensidade do comportamento descrito no antecedente da regra-matriz, possuindo o legislador amplo espaço de liberdade para captar os aspectos inerentes à conduta ou ao objeto da conduta que se aloja no núcleo do fato descrito no antecedente, apanhando as manifestações exteriores que, de acordo com o seu juízo, servem de parâmetros avaliativos.

A base de cálculo detém ainda as funções de (i) compor a específica determinação da dívida, projetando-se para frente ao demarcar o conteúdo do objeto da relação obrigacional (função projectiva), e para trás, uma vez que o aplicador da lei mede o fato que já ocorreu (função retrospectiva); e (ii) confirmar, infirmar ou afirmar o critério material da hipótese tributária.

Quanto a esta última, Paulo de Barros Carvalho⁸³ ressalta atuar a base de cálculo como índice seguro para identificar o genuíno critério material da hipótese, diante dos frequentes defeitos da redação legal, devendo prevalecer em caso de eventual desencontro entre os termos hipótese de incidência e base de cálculo.

"Eis a base de cálculo, na sua função comparativa, confirmando, infirmando ou afirmando o verdadeiro critério material da hipótese tributária. Confirmando, toda vez que houver perfeita sintonia entre o padrão da medida e o núcleo do fato dimensionado. Infirmando, quando for manifesta a incompatibilidade entre a grandeza eleita e o acontecimento que o legislador declara como a medula da previsão fáctica. Por fim, afirmando, na eventualidade de ser obscura a formulação legal, prevalecendo, então, como critério material da hipótese, a ação-tipo que está sendo avaliada."⁸⁴

A alíquota, por sua vez, deve necessariamente estar prevista em lei, podendo ser fixadas através de um valor fixo ou mediante fração ou percentual, devendo em ambos os casos

⁸³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 328.

⁸⁴ Ibidem.

observar o princípio da capacidade tributária e do não confisco, a exceção de casos expressamente previstos pela legislação⁸⁵.

No consequente da regra-matriz de incidência tributária está situado, ainda, o critério pessoal, que compreende a figura do sujeito ativo, detentor do direito subjetivo de exigir a prestação pecuniária objeto da obrigação tributária, e do sujeito passivo, a quem cabe o dever de cumpri-la.

De acordo com o art. 121 do CTN, o sujeito passivo da obrigação principal diz-se (i) contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador ou (ii) responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

No que se refere ao responsável tributário, o art. 128 do CTN prescreve que a lei poderá atribuir a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte (por substituição) ou a este em caráter subjetivo (por transferência), do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Muito há que se aprofundar no que se refere a cada um dos critérios da Regra-matriz de incidência tributária, seja ao considerarmos como fórmula, seja quanto à construção da norma de incidência de cada tributo instituído em nosso ordenamento.

A despeito disso, o que se pretende com a presente análise é demonstrar a relevância da Regra-matriz como instrumento inovador e essencial para a interpretação e aplicação das normas tributárias, atuando tanto como um meio de se compreender a mensagem legislada e o dever de pagar tributo, como mecanismo de controle de constitucionalidade, tendo em vista que a instituição pelo legislador dos cinco critérios deve estar em consonância com a Constituição Federal.

Nesta senda, tem-se a relevância da Regra-matriz atrelada ao particular, que está sujeito ao recolhimento do tributo, à Administração Pública, a quem caberá aplicá-la com a

⁸⁵ LINS, Robson Maia. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. São Paulo: Noeses, 2019. p.430.

edição da norma individual e concreta do lançamento de ofício, e ao próprio Judiciário, sendo-lhe outorgada a competência para resolver litígios à luz da RMIT, ou mesmo, efetuar o seu controle de constitucionalidade, sendo este último aspecto o que nos aprofundaremos.

3.2. Administração Pública Federal e a interpretação do ordenamento jurídico: lançamento tributário e legalidade

Em decorrência da distinção traçada por James Marins⁸⁶ entre procedimento e processo administrativo, utilizando o primeiro para referir-se ao conjunto de atos de fiscalização preparatórios ao lançamento tributário e, o segundo, para a fase que considera litigiosa, instaurada mediante a apresentação de impugnação pelo sujeito passivo em resistência ao pagamento crédito constituído, o autor considera que haveria um núcleo lógico jurídico comum referente aos princípios de observância obrigatória em ambas as etapas, sendo estes:

- a) Princípio da legalidade objetiva;
- b) Princípio da vinculação;
- c) Princípio da verdade material;
- d) Princípio da oficialidade;
- e) Princípio do dever de investigação;
- f) Princípio do dever de colaboração.

Ainda que já tenhamos mencionado breves linhas acerca da relevância do princípio da legalidade ao tratarmos da repartição de poderes, bem como, no início deste capítulo no que

⁸⁶ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 175.

pertine à produção legislativa, dada a importância em matéria tributária e à análise da problemática a que nos propomos enfrentar, cabe aqui aprofundá-la um pouco mais.

Não é demais lembrar que o princípio da legalidade é primado universal do direito, expressamente previsto como garantia individual (art. 5, II, da CF/88), como limitador da atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/88), a que se denomina legalidade administrativa, vista com ainda maior rigor em matéria tributária, motivo pelo qual é chamada estrita legalidade e tipicidade (art. 150, I, da CF/88)

De acordo com Rafael Pandolfo⁸⁷, a relevância do princípio da legalidade decorre da sua ligação umbilical com o princípio republicano, idealizado por Montesquieu, segundo o qual o poder emana do povo e é por ele exercido através de representantes eleitos. A criação do direito através destes representantes, portanto, expressaria a vontade da maioria, e, por isso, somente a lei assim produzida é que poderia construir instrumento normativo apto a criar e modificar direitos.

Para melhor ilustrar o princípio da legalidade em matéria tributária, Rafael Pandolfo se utiliza da figura de uma moeda, em que em uma das faces estaria a legalidade formal, e, na outra, a legalidade material.

A legalidade formal é a determinação de que somente obrigações respaldadas em veículo normativo próprio (primários) têm o condão de criar hipóteses normativas tributárias válidas em nosso sistema, cabendo aos veículos secundários inserir regramentos dentro dos limites impostos pelos primários, sem, contudo, inová-los.

A legalidade material, contida na outra face da moeda, impõe que todos os elementos necessários ao surgimento da obrigação tributária - a que nos referimos ao tratar da regra-matriz de incidência tributária - devem estar pormenorizadamente descritos nas hipóteses normativas. Com isto, os contribuintes terão condições plenas de antever os elementos que

⁸⁷ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 77.

compõem a situação cuja ocorrência poderá ensejar a obrigação jurídico tributária, como também, a sua quantificação.

Paulo de Barros Carvalho enaltece o princípio da legalidade como limite objetivo destinado a oferecer segurança jurídica e a garantir o respeito ao primado da tripartição de poderes.

“O princípio da legalidade é limite objetivo que se presta ao mesmo tempo a oferecer segurança jurídica aos cidadãos, na certeza de que não serão compelidos a praticar ações diversas daquelas prescritas por representantes legislativos, e para assegurar observância ao primado constitucional da tripartição de poderes. O princípio da legalidade compele o intérprete, como é o caso dos julgadores, a procurar frases prescritivas, única e exclusivamente, entre as introduzidas no ordenamento positivo por via de lei ou de diploma que tenha o mesmo status. Se do conseqüente da regra advier obrigação de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, sua construção reivindicará a seleção de enunciados colhidos apenas e tão somente no plano legal.”⁸⁸

Em razão da rigidez com que se manifesta o princípio da legalidade em matéria tributária, James Marins⁸⁹ utiliza a expressão legalidade objetiva para reforçar o caráter objetivo de que se revestem o Procedimento e o Processo Administrativo e a conduta impessoal que deve observar o agente administrativo (princípio da impessoalidade) em contraste com o caráter subjetivo típico da esfera jurídica do particular, relacionando-se ainda com o princípio da imparcialidade da Administração.

“A legalidade objetiva é o corolário do *princípio da autotutela vinculada* da Administração tributária, o que significa dizer que embora o Estado tenha a prerrogativa de promover todas as providências necessárias para a formalização de sua relação de crédito em face do contribuinte, somente poderá fazê-lo com adstrição à norma jurídica que disciplina e instrumentaliza sua atuação (...).”⁹⁰

Tem-se, portanto, que a atuação do agente público tendente à formalização da obrigação tributária em face do sujeito passivo deve se dar dentro dos limites que a própria lei

⁸⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses, 2015. p. 309.

⁸⁹ MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 176/177.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 177.

impõe e através das práticas de atos que são previamente prescritos pelo legislador como os meios para fiscalização e lançamento tributário.

Daí já se pode identificar a proximidade entre o princípio da legalidade e o princípio da vinculação, segundo o qual o desempenho da função estatal deve se dar mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Denomina-se ato ou procedimento plenamente vinculado àquele que está prévia e objetivamente tipificado, excluindo qualquer margem de apreciação subjetiva pelo agente, porquanto o comportamento a ser adotado já se encontra prescrito como certo por lei.

Em oposição ao ato ou procedimento vinculado está o discricionário, no qual a própria lei confere ao agente a faculdade de escolher subjetivamente o caminho que adotará dentro dos possíveis abertos pela norma.

Paulo de Barros Carvalho⁹¹ reforça que vinculado é o processo e não o produto, o ato-fato e não o ato-norma, sendo que, este último, ingressa no sistema como uma regra jurídica como qualquer outra, diferenciando-se tão somente pelo instrumento que a introduziu no conjunto do direito positivo.

3.2.1. Princípio da legalidade e a edição da norma individual e concreta do lançamento tributário

Sob a premissa de que o direito se manifesta como linguagem, abordada pelo Construtivismo Lógico-semântico, tem-se que a mensagem deôntica emitida pelo órgão competente em linguagem prescritiva de condutas não chega a tocar diretamente, e de forma automática, a realidade e os comportamentos interpessoais.

Para tanto, faz-se imprescindível a atuação do ser humano que, interpretando os enunciados prescritivos soltos e organizando-os na estrutura hipotético condicional da norma

⁹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 364.

jurídica em sentido estrito, possa aplicá-la por subsunção, através da edição da norma individual e concreta, atingindo, esta sim, maior grau de concretude tendente a orientar condutas.

Esse trajeto da norma, se assim podemos dizer, em que o direito parte de concepções mais abrangentes, mas distantes, para alcançar patamar mais concreto e, portanto, mais próximo das condutas intersubjetivas, é conhecido por "processo de positivação".

A aproximação do direito em direção às condutas intersubjetivas, iniciando-se por normas gerais e abstratas para as normas individuais e concretas, deve ser necessariamente percorrido para que o direito possa interferir nas relações sociais. Assim, "uma ordem jurídica não se realiza de modo efetivo, motivando alterações no terreno da realidade social, sem que os comandos gerais e abstratos ganhem concreção em normas individuais⁹².

A regra-matriz de incidência tributária é norma de ordem geral e abstrata que contém os elementos mínimos necessários para que a exigência tributária, ao estabelecer, em seu antecedente a hipótese tributária, descritiva de um fato de possível ocorrência, delimitado no tempo e no espaço, e, no consequente, prescritiva da relação jurídico-tributária que tem por objeto o dever de recolher tributo.

De acordo com o artigo 3º do Código Tributário Nacional, “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

O artigo 142, por sua vez, estabelece a competência privativa da autoridade administrativa de constituir o crédito tributário através do lançamento, atividade esta vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do

⁹² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 359.

tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação de penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

Tendo em vista a opção do legislador de se utilizar do verbo “constituir”, Luciano Amaro ressalta a divergência doutrinária acerca da natureza do lançamento, se constitutiva ou declaratória, ou ainda, a busca de alguns doutrinadores por um meio termo entre ambas.

Isso porque, se de um lado o legislador admite que o lançamento “constitui” o crédito tributário, de outro, considera que a obrigação principal surgiria com a simples ocorrência do fato gerador (§1º, artigo 113, Código Tributário Nacional⁹³).

Para o autor, a despeito de não ser possível ignorar a situação de fato, ou seja, o nascimento da obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador, é inegável a produção de certos efeitos após o lançamento tributário, de modo que não poderia limitá-lo à formalizar, quantificar, liquidar, ou tornar certa a obrigação tributária.

O que se teria é o nascimento da relação de imputação bipolar de deveres e pretensões com a ocorrência do fato gerador, e, quando e se necessário for o lançamento tributário, este acrescentará a exigibilidade da obrigação tributária. Assim, “Obrigação tributária, tributo lançado (ou “crédito tributário”, como diz o CTN) e dívida ativa não são realidade ontologicamente distintas. Todas derivam de uma única fonte, que é o fato gerador da obrigação tributária”⁹⁴.

James Marins⁹⁵ filia-se à corrente que defende a eficácia declaratória do lançamento, diante da impossibilidade de existir ato impositivo sem suporte fático, colhido do mundo fenômeno. O lançamento, portanto, teria a finalidade de tão somente registrar a

⁹³ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória §1º. A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito tributário dela decorrente.

⁹⁴ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 364.

⁹⁵ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 206.

realidade e declarar-lhe a existência e respectivos efeitos jurídicos, à luz do princípio da verdade material.

Eventual constatação de lançamento sem suporte fático é visto como defeito de formalização, que desafia a integridade do sistema merecendo ser objeto dos mecanismos postos pelo ordenamento para revisão, administrativa ou judicial, para que recupere sua pertinência fática em estrita observância à legalidade.

Marina Vieira de Figueiredo⁹⁶, em estudo dedicado ao lançamento tributário, ressalta o seu caráter constitutivo, ao afirmar que algo só será relevante ao direito se revertido em linguagem competente, que atenda aos requisitos prescritos pelo próprio ordenamento. Neste sentido, apenas ingressa no mundo jurídico a tradução do fato social em fato jurídico.

Ressalta, para tanto, a distinção realizada entre evento, fato social e fato jurídico, a que já nos referimos no presente trabalho mas que merece breve menção. Evento, sob esta perspectiva, diz respeito ao acontecimento no mundo fenomênico, que se esvai no tempo e no espaço. Para que se tenha acesso ao evento, impõe-se a sua tradução em fato social, equivale dizer, na narrativa sobre o evento, vertida em linguagem.

O fato social representa, todavia, uma redução de complexidade do acontecimento, restringindo-se a determinados aspectos apreendidos pelo sujeito e transformados em linguagem. Para que o fato social possa ingressar no mundo jurídico, faz-se necessária a produção de linguagem competente, constitutiva do fato jurídico.

Sobre o tema, Paulo de Barros Carvalho pondera que a definição da natureza jurídica do lançamento tributário em constitutiva ou declaratória está intrinsecamente relacionada ao referencial adotado pelo cientista. A adoção desta ou daquela natureza dependerá da delimitação do fato jurídico (ou fato gerador) como o antecedente da norma geral e abstrata ou da norma individual e concreta.

⁹⁶ FIGUEIREDO, Marina Vieira de. *Lançamento tributário: revisão e seus efeitos*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 100.

Após muito refletir sobre o tema, conclui que a norma individual e concreta veiculada pelo lançamento tributário assume feição significativa de “providência constitutiva de direitos e deveres”⁹⁷. Traça distinção, com isso, entre a hipótese normativa, contida no antecedente da norma geral e abstrata, e o fato jurídico, situado no antecedente da norma individual e concreta.

Quanto a este último, destaca tratar-se de enunciado que se volta para o passado, recolhe o evento, e, ao descrevê-lo, constitui o fato jurídico, do que se acentua dois aspectos: o de constituir como fato ao descrever o evento.

“Ora, sabemos que o consequente da norma individual e concreta é o efeito jurídico próprio do acontecimento fático previsto no antecedente. É a chamada eficácia jurídica do fato, instalando-se automática e infalivelmente, tão só aconteça o relato do evento, em linguagem competente. Não há intervalo qualquer entre o fato jurídico e a relação jurídica que, por virtude dele, fato, se instaura. A sucessão não é cronológica; é simplesmente lógica. Disso, advém uma conclusão importante: *todos os elementos utilizados para a composição do enunciado relacional são extraídos do fato e não do evento, que já se consumiu ao transformar-se no enunciado do antecedente normativo.*”⁹⁸

A eficácia jurídica da norma, com a instauração da relação jurídico tributária, não decorre, portanto, da norma geral e abstrata que de forma automática e infalível incidiria sobre o evento tão logo consumado. Não se trata de mera formalização de obrigação existente, mas da própria constituição da obrigação que tem por objeto intrínseco o crédito tributário.

Afastar a ideia de que haveria momentos distintos entre a constituição da obrigação e a produção da norma individual e concreta através do lançamento tributário, torna inócua a dissociação entre a obrigação tributária e o crédito tributário como se realidades distintas fossem.

A natureza jurídica constitutiva do lançamento tributário é a que melhor se coaduna com o referencial adotado no presente trabalho, que tem o ser humano como elemento imprescindível para que haja a subsunção do fato à norma.

⁹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 390.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 389.

No lançamento tributário, incumbe à autoridade administrativa interpretar o ordenamento jurídico, construir a norma da regra-matriz de incidência tributária a partir dos enunciados prescritivos soltos imputados pelo Legislador ao ordenamento, e produzir a norma individual e concreta constitutiva do dever jurídico de recolher tributo, mediante a produção de linguagem competente.

Como ponderado ao tratarmos das fontes do direito tributário, o ato de aplicação da norma é, igualmente, um ato de produção normativa. O agente público competente produz atos de fala (emissão de linguagem, mesmo escrita) resultando na produção de enunciados, no documento que veicula o conteúdo do lançamento tributário.

Não há que se confundir o lançamento com o resultado da aplicação da norma geral e abstrata: o primeiro é norma geral e concreta que resulta da aplicação de uma norma de competência, enquanto a segunda, é o produto final de criação, o conteúdo do lançamento.

“A norma que configura o ato ou a regra de conduta que o expediente visa a inserir no sistema tem feições internas diversas: enquanto a de lançamento é concreta e geral, a que reside em seu conteúdo é concreta, mas individual. A primeira, tem como suposto ou antecedente um acontecimento devidamente demarcado no espaço e o tempo, identificada a autoridade que a expediu. Muitas vezes, vêm numerada, como é o caso das leis, dos decretos, das portarias, ou referidas diretamente ao número do processo, do procedimento ou da atuação administrativa que lhe deu ensejo. A verdade é que a hipótese dessa forma alude a um fato efetivamente acontecido. Já o conseqüente revela o exercício da conduta autorizada a certo e determinado sujeito de direito e que se pretende respeitada por todos os demais da comunidade. Neste sentido, é geral”⁹⁹

Pode ajudar-nos a melhor visualizar essa realidade, retomar a perspectiva que adotamos para fontes do direito, assim compreendidos os atos de enunciação produzidos pelo órgão competente de acordo com determinado procedimento e com o emprego da linguagem competente.

As normas jurídicas ingressam no ordenamento aos pares, não fugindo a essa realidade a norma individual e concreta constitutiva da relação jurídico-tributária. A regra será

⁹⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 387.

introduzida por outra norma, denominada “veículo introdutor de normas”, que corresponde, aqui, ao lançamento tributário.

3.2.2. Lançamento Tributário: modalidades e definição.

O Código Tributário Nacional dedica seção própria para regulamentar as modalidades de lançamento (artigos 147 a 150), classificados em três: lançamento por declaração, lançamento de ofício e lançamento por homologação.

O lançamento por declaração é aquele efetuado pela autoridade administrativa mediante a prestação de informações sobre matéria de fato prestadas por declaração do sujeito passivo ou de terceiros.

Em caso de erro na declaração, admite-se a sua retificação por iniciativa do próprio declarante, devendo ser comprovado quando resultar na redução ou exclusão do tributo, e desde que anterior à notificação do lançamento.

Isso não significa que, após a notificação, não seja possível retificar o erro, contudo, a retificação não se refere à declaração, mas ao lançamento em si, porquanto já estará concluído com base nas informações equivocadamente declaradas (§2º, art. 147).

Admite-se igualmente a retificação acaso o resultado seja o aumento do tributo, o qual poderá realizar-se antes ou depois da notificação, já que ensejará, neste último caso a realização de lançamento complementar.

O lançamento de ofício, por sua vez, é aquele efetuado e revisto pela autoridade administrativa independente da valoração prévia dos fatos pelo sujeito passivo ou terceiro mediante declaração, e será cabível, de acordo com o artigo 149, (i) quando a lei assim o determine; (ii) quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária; (iii) quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a

prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade; (iv) quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória; (v) quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte; (vi) quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária; (vii) quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação; (viii) quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior; (ix) quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.

Luciano Amaro¹⁰⁰ ressalta que a escolha do lançamento de ofício pelo legislador não se dá por acaso, sendo adequada aos tributos incidentes sobre situações permanentes, a exemplo do imposto sobre a propriedade, tendo em vista que as informações necessárias constam dos cadastros fiscais disponíveis para consulta à autoridade competente.

A terceira modalidade de lançamento prevista pelo Código refere-se ao chamado “lançamento por homologação”, denominado pela doutrina por vezes como “autolancamento”, que atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento do tributo sem o prévio exame da autoridade administrativa.

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§1º o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§2º. Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§3º. Os atos a que se refere o parágrafo anterior, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado nesse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente

¹⁰⁰ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 387.

extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

A tarefa de verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido caberá ao sujeito passivo, sendo etapas imprescindíveis à quantificação e individualização da obrigação. A autoridade administrativa, por sua vez, fica responsável por homologar a atividade do contribuinte, de forma expressa ou tácita, se passados mais de cinco anos.

Ao comparar a redação do artigo 142 e do artigo 150, nos deparamos com duas problemáticas: a primeira, quanto à competência privativa da autoridade administrativa para efetuar o lançamento e, em contrapartida, a atuação do sujeito passivo tendente à realizar a individualização da obrigação tributária efetuando o pagamento do tributo devido. A segunda, referente ao lançamento enquanto ato ou procedimento administrativo.

Sobre a firme premissa de que o lançamento tributário compete exclusivamente à autoridade administrativa, Luciano Amaro¹⁰¹ afirma que, na modalidade de lançamento por homologação, haveria “lançamento” no momento em que a autoridade competente, tomando conhecimento do recolhimento do tributo, registrasse a sua concordância.

O “dever de antecipar o pagamento” corresponde, no entender do autor, ao encargo outorgado ao sujeito passivo de valorizar os fatos em conformidade com a norma vigente, determinar a matéria quantificável, identificar-se como o sujeito passivo, calcular o montante devido e pagá-lo, sem que se faça necessária a prévia atuação do agente competente.

O lançamento, portanto, se daria no momento da homologação do pagamento, que é a atividade que expressamente o legislador impõe ao sujeito passivo.

Marina Vieira de Figueiredo¹⁰², por outro lado, considera que o legislador atribui ao sujeito passivo o dever de constituir o crédito antes da prática de qualquer ato pela

¹⁰¹ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 388/389.

¹⁰² FIGUEIREDO, Marina Vieira de. *Lançamento tributário: revisão e seus efeitos*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 73.

Administração Pública, ao estabelecer que o pagamento antecipado extingue o crédito tributário, não sendo possível extinguir aquilo que ainda não existisse.

Assim, ao utilizar a expressão “homologação do lançamento”, o §4º do artigo 150 permitiria concluir que não cabe à Administração efetuar o lançamento, mas apenas referenciá-lo.

Ao tratar das modalidades de lançamento tributário, Paulo de Barros Carvalho¹⁰³ traça crítica à tricotomia, que tem como fonte o grau de participação do sujeito passivo: no lançamento de ofício, a participação seria inexistente, no lançamento por declaração, colaboram ambas as partes e, no lançamento por homologação, a tarefa caberia ao súdito, limitando-se o fisco a homologar os atos por este praticado.

No entanto, ao conceituar “lançamento tributário” como ato jurídico administrativo, a tricotomia não se adequaria à realidade que se pretende classificar, representando, na verdade, singularidades procedimentais que não se confundem com a essência do lançamento. Para tanto admite que tanto a Administração Pública quanto o sujeito passivo poderão aplicar a norma geral e abstrata a fim de constituir o crédito tributário, deixando claro que, apenas no primeiro caso, é que haveria lançamento tributário.

“Por sua extraordinária relevância, penso não ser excessivo reiterar a insuficiência da norma geral e abstrata, em termos de regulação concreta da conduta tipificada. Por mais prático e objetivo que seja o súdito do Estado, vivamente empenhado em cumprir a prestação tributária que lhe incumbe, não poderá fazê-lo simplesmente com procedimentos mentais, alimentados por sua boa vontade. Terá de, impreterivelmente, seguir os comandos da lei, implementando os deveres instrumentais previstos, com o preenchimento de formulários e documentos específicos para, desse modo, estruturar a norma individual e concreta que lhe corresponda expedir. Somente assim poderá pagar aquilo que acredita ser devido ao fisco, a título de tributo”¹⁰⁴

Disso resulta a afirmação de que, em substância, não haveria qualquer diferença entre o ato praticado pela Administração daquele praticado pelo sujeito passivo, se vistos como

¹⁰³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 404.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 387.

atividade, porquanto, em ambas haveria a descrição de um acontecimento fático, em estreita consonância com a hipótese da regra-matriz, fazendo surgir o vínculo obrigacional entre dois ou mais sujeitos, que tem por objeto o pagamento do crédito tributário.

Com este novo olhar, em lugar de adotar a classificação do Código Tributário Nacional de três modalidades de lançamento tributário, o autor afirma que o ordenamento jurídico vigente admite a aplicação da regra-matriz de incidência tributária (norma geral e abstrata) pela Administração Pública, ato este a que denomina lançamento tributário, e pelo particular, em relação a homologação nada mais seria do que ato fiscalizatório.

Destoa, portanto, da posição trazida por autores como Luciano Amaro, devidamente citado, e como José Souto Maior Borges, para quem haveria o simples cumprimento pelo sujeito passivo de mandamentos da lei em etapa do procedimento de lançamento.

É importante notar que para alcançar tal conclusão, estes autores adotam delimitação conceitual distinta da de Paulo de Barros Carvalho para o lançamento tributário, admitindo-o tanto como ato quanto como procedimento, afastando, contudo, a premissa de que seriam privativos¹⁰⁵.

A nós parece acertada, frente às premissas que temos adotado, a posição traduzida por Marina Vieira de Figueiredo e Paulo de Barros Carvalho. Cabe ponderar, inicialmente, que o legislador nem sempre se reveste de rigor técnico e linguístico, ao produzir os enunciados prescritivos que compõem o ordenamento jurídico.

Rememore-se que a edição de leis compete, tipicamente, ao Poder Legislativo, composto pelos mais diversos membros da sociedade civil e que possuem as mais diversas formações profissionais e culturais. Tal diversidade, que muito enriquece os debates legislativos, por vezes pode passar ao largo do rigor necessário na formulação das normas de

¹⁰⁵ BORGES, José Souto Maior. *Lançamento tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 377.

modo a manter a coerência interna desejada ao ordenamento e evitar dissonâncias e conflitos normativos.

A despeito do cenário idealizado, mas nem sempre concreto, o intérprete atua como fator elementar ao atribuir significação aos enunciados e construir a norma jurídica, interpretando as palavras, não isoladamente, mas consideradas sistematicamente no contexto em que estão inseridas.

Neste sentido, em busca de uma interpretação conjunta dos artigos 142 e 150 do Código Tributário Nacional, em lugar da confrontação dos enunciados a fim de estabelecer qual deve prevalecer, a posição traçada por Paulo de Barros Carvalho e Marina Vieira de Figueiredo parece-nos ir ao encontro da solução que atende com mais harmonia os enunciados conjuntamente considerados.

De um lado, conserva-se a prescrição contida no artigo 142 ao outorgar a competência privativa da Administração Pública de efetuar o lançamento tributário, norma geral e concreta, cujo conteúdo é a norma individual e concreta constitutiva do crédito tributário, e, de outro, reconhece a competência outorgada ao particular de emitir enunciados linguísticos nos moldes previstos por lei, para constituir o crédito e então efetuar o seu pagamento.

Por mais minuciosa que possa ser a prescrição contida da norma geral e abstrata de incidência, é imprescindível que haja a sua aplicação por ato praticado pelo ser humano, refutando-se a ideia de que poderia a norma por si mesma incidir de forma automática e infalível sobre o caso concreto. A individualização do fato em atenção à descrição normativa, e a imputação da obrigação legal, nos termos prescritos por lei, em relação à dois ou mais sujeitos definidos, dependerá da produção de uma nova norma.

Feita essa distinção, esclareça-se que o presente trabalho tem por objeto de estudo tão somente o lançamento tributário, ou seja, aquele praticado pela Administração Pública, tratando-se de recorte metodológico que busca melhor delinear a problemática que se busca enfrentar.

Falta abordar, para tanto, a questão que nos deparamos pela comparação dos enunciados contidos nos artigos 142 e 150 do Código Tributário Nacional: seria o lançamento ato administrativo, procedimento administrativo, ou ambos?

Tal ponto é amplamente discutido pela doutrina, mormente por conta dos aspectos pragmáticas que implicam a sua resolução, especialmente por envolver o cômputo dos prazos decadencial e prescricional, que, em matéria tributária, tem o condão de extinguir o crédito após a consumação do prazo legal.

A fim de melhor elucidar o aspecto prático da questão, adotando-se o lançamento como procedimento, bastaria a prática do primeiro ato, como a notificação do sujeito passivo acerca da fiscalização, para que tivesse início o prazo prescricional, pois já haveria lançamento.

Em contrapartida, se lançamento é ato administrativo, durante o processo fiscalizatório estaria em curso o prazo decadencial, que teria termo com a conclusão do ato de lançamento, dando início ao prazo prescricional.

Procedimento é uma sequência de atos praticados para determinada finalidade, e que tem fim com a prática de um ato final, conclusivo. O lançamento tributário pode - mas nem sempre é - precedido pela prática de outros atos pela autoridade administrativa, tendentes à verificar a ocorrência do fato descrito no antecedente da regra-matriz, para que, havendo identidade entre os critérios que compõem a hipótese e o fato social em análise, efetue a sua aplicação.

Imaginemos, de forma exemplificativa, que o auditor fiscal da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tendo recebido inúmeras Declarações de Imposto sobre a Renda de Pessoa Física - DIRPF, ao cruzar as informações disponibilizadas pelo sistema, constata possível omissão de receitas por determinado contribuinte.

Diante da inconsistência identificada, poderá a autoridade fiscal proceder a notificação do contribuinte para que preste esclarecimentos ou forneça documentos, que, se insuficientes para demonstrar que não houve omissão de receitas, culminará no lançamento tributário complementar, objetivando constituir, precisamente, o imposto sobre a renda devido sobre as receitas omitidas.

À luz deste simples exemplo, nos parece que a notificação do contribuinte para esclarecimentos e/ou apresentação de documentos não configura o início do lançamento tributário, mas tão somente o regular exercício pelo agente do poder-dever de fiscalização.

Após a regular interpretação do ordenamento jurídico e análise das provas acostadas pelo contribuinte, é que a Administração, se efetivamente houver omissão de receitas, procederá o lançamento tributário constituindo o tributo que entende ser devido, notificando novamente o contribuinte, mas agora do ato administrativo de lançamento.

Outro exemplo que se pode dar, mas agora de hipótese em que o lançamento não é precedido por um procedimento, é a constituição do Imposto Predial Territorial Urbano - IPTU, para o qual a autoridade administrativa se utiliza de elementos prefixados e que dispensam procedimentos próprios para a individualização da obrigação tributária.

Sobre o tema, James Marins nota que a locução genérica “lançamento” oculta duas realidades distintas, sendo estas, ato e procedimento administrativo. Para o autor, contudo, estas não se confundem “assim como não se podem confundir o procedimento de lançamento (ou, mais precisamente, procedimento preparatório do ato de lançamento) com o ato de lançamento propriamente dito”¹⁰⁶, ressaltando a ideia de que, nem sempre o ato de lançamento será precedido de procedimento.

Nessa mesma toada, Paulo de Barros Carvalho destaca o problema semântico de ambiguidade a que acomete a palavra “lançamento”, do tipo processo/produto, tendo em vista que “É lançamento o processo de determinação do sujeito passivo e apuração da dívida tributária, como é lançamento, também, a norma individual e concreta, posta no sistema com a expedição do “ato de lançamento”.”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial)*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 205.

¹⁰⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 366.

Por admitir que ato é sempre resultado de um procedimento, o autor considera que lançamento é o ato administrativo que põe termo ao procedimento, esclarecendo que procedimento, ato e norma são três aspectos de uma mesma realidade.

Por esta perspectiva, assim define o lançamento tributário:

“Lançamento tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como consequente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização do sujeito passivo, a determinação do objeto da prestação formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento de termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.”¹⁰⁸

As valiosas lições do renomado professor retomam importantes pontos até aqui tratados e que nos auxiliam a compreender o fenômeno do lançamento tributário. O primeiro é que para que haja a formalização do vínculo obrigacional, não basta a existência da regra-matriz de incidência tributária, a qual depende de ato de aplicação pelo agente responsável.

Todavia, para aplicar, deve antes o agente interpretar os enunciados prescritivos soltos postos pelo legislador, a fim de construir a norma jurídica (em sentido estrito), o que implica, em certa medida, a interferência de aspectos subjetivos, podendo ensejar a produção de mais de um sentido a partir de um mesmo suporte físico.

Neste sentido, ainda que a Autoridade Administrativa esteja vinculada à lei (princípio da legalidade objetiva e da vinculação da administração), o ato de aplicação não prescinde de prévia interpretação. Pelo contrário, pressupõe que haja necessariamente o ato de interpretação pelo agente para que, construída a norma geral e abstrata, possa aplicá-la ao caso concreto mediante a edição de uma nova norma, individual e concreta, conteúdo do lançamento tributário.

O ato de lançamento está vinculado, portanto, aos termos da lei, tanto no que se refere às normas que regulamentam a sua realização, como à legislação vigente, a qual deverá ser aplicada obrigatoriamente, independente de qualquer juízo discricionário a ser realizado

¹⁰⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 376.

pelo agente competente. E por legislação tributária deve-se entender, além da Constituição Federal, as leis, tratados e convenções internacionais, decretos e normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes (artigo 96, do Código Tributário Nacional).

3.3. Poder Judiciário e a interpretação do ordenamento jurídico: declarar e aplicar o direito para a solução de litígios

Ao tratarmos das funções típicas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, destacamos a atribuição deste último de solucionar conflitos através da interpretação e aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto.

Vigora, contudo, o princípio da inércia do Judiciário, de modo que a sua atuação depende, necessariamente, de provocação pelos sujeitos interessados, a quem cabe a propositura de ação judicial para a obtenção da tutela jurisdicional que possa sanar ameaça ou violação a direito.

O direito de ação encontra-se intrinsecamente atrelado à norma secundária, de natureza processual, que tem por pressuposto o descumprimento de uma norma primária (dispositiva e/ou sancionatória) e que autoriza a atuação do Estado-juiz, podendo valer-se de coação, para impor o cumprimento da prestação não adimplida.

Em matéria tributária, a litigiosidade é um problema grave que representa grande preocupação do Poder Público, que tem buscado por alternativas que visem a evitar a propositura de novas ações, e do âmbito acadêmico, que se dedica a analisar cientificamente os impactos financeiros - frente aos expressivos valores dos litígios tributários.

Tais questões envolvem relevante interesse público, e a garantia em que a arrecadação tributária é imprescindível à manutenção do funcionamento do próprio Estado, à prestação e garantia de direitos fundamentais e sociais, ao mesmo tempo que, a alta carga tributária dificulta por vezes o desempenho da atividade empresarial e a livre-iniciativa, além

dos inúmeros deveres instrumentais que tornam ainda mais complexa a arrecadação e a segurança jurídica.

Vale notar, ainda, que a atribuição do Poder Judiciário não se limita à execução forçada do dever imposto, mas pode corresponder também à uma norma, para expulsá-la do sistema. Trata-se de competência para realizar o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, ao qual nos deteremos a seguir.

A fim de elucidar a relevância das discussões tributárias em âmbito constitucional, tomando-se como base acervo total do Supremo Tribunal Federal¹⁰⁹ a qual conta com 22.101 processos, dos quais 12.525 são do acervo de recursais, 2.386 deste total estão cadastrados como matérias envolvendo direito tributário.

Tomando-se somente os recursos com repercussão geral, de 1.243 casos apreciados, 824 tiveram a repercussão reconhecida, dos quais 642 já foram julgados, sendo que, do total de casos apreciados, 309 envolvem lides tributárias¹¹⁰.

3.3.1. Controle de Constitucionalidade: do modelo europeu ao norte-americano

Luiz Guilherme Marinoni, ao abordar o tema do controle de constitucionalidade, propõe um estudo inicial sobre o surgimento no direito comparado para melhor compreender o modelo adotado pelo Brasil historicamente e pela Constituição Federal de 1988.

Tal análise tem especial relevância ao considerar que o Brasil adotou um modelo misto de controle de constitucionalidade, trazendo mecanismos para o controle da norma de forma abstrata, originária e de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal - controle

¹⁰⁹ Disponível em <<https://transparencia.stf.jus.br/extensions/acervo/acervo.html>> Acesso em 27/11/2022.

¹¹⁰ Disponível em <https://transparencia.stf.jus.br/extensions/repercussao_geral/repercussao_geral.html> Acesso em 27/11/2022.

concentrado - e concreta, relacionando a análise da constitucionalidade à luz da solução de um caso concreto, e que poderá ser realizado por qualquer juiz ou tribunal - controle difuso.

O modelo norte-americano de controle de constitucionalidade surgiu muito tempo antes do modelo europeu e é praticamente simultâneo à independência dos Estados Unidos, sedimentado por ocasião do julgamento do caso *Madison v. Marbury*.

Embora tanto a revolução francesa como a revolução americana tenham suas raízes firmadas na separação de poderes, como elaborada por Montesquieu, a sua manifestação diante de realidades tão distintas ganhou configurações próprias em cada ambiente.

Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário advinham da classe da aristocracia e estavam desvinculados de qualquer compromisso com valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade - e que foram a base da Revolução - prevalecendo a defesa do interesse das classes privilegiadas.

A ruptura com a ideia de juízes que tutelavam tão somente os direitos dos seus protegidos condicionou a recepção das ideias de Montesquieu acerca da repartição de poderes para limitar a atuação do Judiciário, de modo a subordiná-lo, rigorosamente, ao Parlamento ¹¹¹. Assim, caberia ao juiz única e exclusivamente declarar a lei, sem qualquer atividade criativa, o que exigia, por conseguinte, que as leis fossem claras e capazes de solucionar todos os possíveis conflitos.

“A Revolução Francesa imaginou que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, dessa maneira, solucionar os casos litigiosos sem a necessidade de estender ou limitar o seu alcance e sem nunca se deparar com a sua ausência ou mesmo com conflito entre as normas. Na excepcionalidade de conflito, obscuridade ou falta de lei, o magistrado obrigatoriamente deveria apresentar a questão ao Legislativo para a realização da “interpretação autorizada.”¹¹²

A desconfiança que recaía sobre o Judiciário fez-se igualmente presente na instituição da Corte de Cassação, no ano de 1790, a qual não era parte do Poder Judiciário e

¹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1311/1312.

¹¹² *Ibidem*, p. 1314.

tinha por finalidade limitá-lo, mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo Parlamento. Atuava, assim, como verdadeira “válvula de escape” para afastar a incorreta aplicação da lei e interpretações não autorizadas pelo Legislativo, sem, contudo, estabelecer qual seria a interpretação ou solução correta.

Diversamente se deu com o movimento inglês, que influenciou diretamente a colônia norte-americana, e foi precedido por uma atuação de juízes que corporificaram uma força progressista, tendente à proteção do indivíduo e de mecanismos que freassem a arbitrariedade do governo.

Ainda que a Constituição Americana de 1787 não fosse expressa quanto a ideia do *judicial review of legislation*, a Revolução que culminou na independência foi amparada por intelectuais que defendiam a matriz jusnaturalista da Constituição, outorgando-lhe a condição da Lei Fundamental garantidora dos direitos fundamentais para o desenvolvimento do ser humano, e impedindo a sua negação e violação, até mesmo pelo Poder Legislativo¹¹³.

O famoso caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803 sob a presidência de John Marshall, consolidou o entendimento de que todo juiz tem o poder e, mais, o dever, de negar validade à lei que suscitada para a solução do litígio se mostre contrária à Constituição.

A ação foi proposta por William Marbury originariamente perante a Suprema Corte objetivando a ordem de *mandamus* após a negativa de James Madison, Secretário de Estado do recém-empossado Thomas Jefferson, de lhe entregar o ato de investidura assinado pelo Presidente anterior, John Adam, no fim da sua gestão.

A pretensão de Marbury estava embasada no conflito entre o §13 do *Judiciary Act* 1789 e o art. 3º da Constituição, submetendo à Suprema Corte a seguinte problemática: se a lei que conflita com a Constituição é válida e, se a Corte poderia invalidá-la ou ao menos deixar de aplicá-la ao caso concreto.

¹¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1317.

Para solucionar a questão, Marshal apresentou dois raciocínios possíveis. O primeiro, reconhecendo a Constituição como lei suprema, de modo que, a lei que lhe é contrária, não é lei, ou, o segundo, de que a Constituição estaria no mesmo nível hierárquico das leis e, portanto, pode ser como estas modificadas quando assim desejar o legislador. Acabou por prevalecer o primeiro:

“Em resumo, o precedente firmado em *Marbury v. Madison* afirmou a superioridade da Constituição, outorgando-lhe caráter de lei que subordina todas as outras. A partir daí, demonstrou que o Judiciário, ao se deparar com a lei que contraria a Constituição, deve deixar de aplicá-la, simplesmente pela circunstância de lhe incumbir, interpretar as leis e eliminar os conflitos entre elas.”¹¹⁴.

A Suprema Corte, consagrando o modelo difuso, firmou pela primeira vez o seu poder de controlar a constitucionalidade das leis, reconhecendo a sua competência para interpretar as leis e julgar os casos, o que autorizaria, por conseguinte, a inaplicabilidade da lei que confronta a Constituição para solucionar o litígio concreto.

O controle concentrado de constitucionalidade, por sua vez, foi idealizado somente no ano de 1920 por Hans Kelsen, na Áustria. A resistência de que houvesse qualquer interferência do juiz no Poder Legislativo nos países europeus motivou a demora de mais de um século para que houvesse um mecanismo de controle de constitucionalidade das leis.

Ainda assim, o modelo austriaco, embasado na visão formalista da Constituição que tinha Kelsen à época, defendia a necessidade de que houvesse norma constitucional outorgando a um órgão a competência para analisar a compatibilidade da produção legislativa com as demais normas da Constituição¹¹⁵. Nesse passo, seria suficiente apenas um órgão para apreciar a compatibilidade das leis com a norma jurídica fundamental - realizando, assim, um controle abstrato - independente de situações concretas.

“Hans Kelsen foi o grande defensor da criação de um Tribunal Constitucional, detentor do *Monopólio* do controle da constitucionalidade das leis, distinto dos três poderes clássicos do Estado, cuja única função seria o exercício do controle repressivo de constitucionalidade. Essa é a razão pela qual o controle

¹¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1321.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 1325.

é denominado *concentrado*, ou seja, concentrado nas mãos de um órgão específico, instituído com essa finalidade. A consagração desse modelo na Europa deu-se a partir das ameaças totalitárias ocorridas nos países cujos parlamentos exerciam sua função de forma ilimitada, como ocorreu no período nazista.”¹¹⁶

Por estar desvinculada de qualquer caso concreto, o controle de constitucionalidade pelo órgão, assim eleito pela Constituição, estaria desprovido de efeitos retroativos, de modo que a expulsão da norma do ordenamento jurídico teria eficácia *ex nunc*, como regra, com exceção dos casos em que fosse reconhecida a manutenção provisória da norma em vigor, período este que não poderia superar um ano¹¹⁷.

No entanto, em pouco tempo surgiu o sentimento de que a esfera de atuação do controle de constitucionalidade era muito limitado, deixando de atender situações concretas em que as alegadas violações de direitos individuais ensejando, igualmente, afronta à Constituição. Diante dessa constatação, em 1929, houve uma reforma constitucional conferindo à Corte Suprema e à Corte Administrativa a legitimidade para requerer à Corte Constitucional a apreciação da constitucionalidade de certa lei que fosse prejudicial à resolução de um caso concreto.

Ampliou-se, com isso, a legitimidade para questionar a constitucionalidade da lei, mantendo-se, em contrapartida, a concentração do controle de constitucionalidade à Corte Constitucional, o qual vincularia a Corte Suprema e a Corte Administrativa.

3.3.2. Constituição Federal de 1988 e o Modelo Misto de Controle de Constitucionalidade

A partir da evolução dos textos constitucionais, Rafael Pandolfo destaca a prevalência do modelo de controle de constitucionalidade difuso até o advento da Magna Carta de 1988, após a qual houve o fortalecimento do controle concentrado:

¹¹⁶ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 150.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021.. p. 1326.

“até a Constituição de 1988, havia a predominância do controle difuso sobre o controle direto, que era acidental. Após sua promulgação, verificou-se o fortalecimento da via concentrada, com a limitação do acesso das partes, por meio do controle difuso, ao Supremo Tribunal Federal. A esse sistema misto de controle de constitucionalidade estão sujeitas não apenas as normas infraconstitucionais, como as editadas pelo legislador constituinte derivado”¹¹⁸.

Como ponderado, o modelo de controle de constitucionalidade difuso tem a sua origem fortemente vinculada ao sistema norte-americano, e que pressupõe que o juiz, tendo o poder de decidir o caso concreto, deve, por via de consequência, ter o poder para analisar a constitucionalidade de determinado comando normativo que é prejudicial à solução do conflito.

Assim, no controle concreto, a apreciação da constitucionalidade da norma é pressuposto à resolução da demanda:

“No controle concreto, a análise da constitucionalidade da norma - que é pressuposto à resolução da demanda, se apresenta conjugada à aferição de direito subjetivo ou interesse legítimo, cuja tutela jurisdicional dela depende. A constitucionalidade da norma, em outras palavras, não é o objeto ou mesmo fim do processo. Ou seja, o processo não é instaurado em virtude de dúvida acerca da legitimidade da norma, nem objetiva definir a sua constitucionalidade, declarando-se a sua inconstitucionalidade ou constitucionalidade”¹¹⁹.

O controle concentrado, por outro lado, objetiva, em regra, a discussão abstrata da norma por determinado órgão, estando, portanto, desvinculado de qualquer direito subjetivo ou situação conflitiva. O que se pretende é analisar a validade constitucional da norma, mediante a instauração de um processo autônomo para este fim.

Ressalte-se, no entanto, que apesar da relação comumente existente entre os modelos concentrado e difuso, e o controle da norma de forma concreta ou abstrata, podendo com ela confundir-se na maioria dos casos, tem-se como critério determinante de distinção tratar-se de competência concorrente dos juízes e dos Tribunais (difuso) ou, ainda, de

¹¹⁸ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 162.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Igor Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1363/1364.

competência exclusiva de determinado órgão - que pode ou não pertencer ao judiciário, exemplo do modelo Austriaco (concentrado).

Nesta senda, diz-se com frequência que a Constituição adotou o modelo “misto” de controle de constitucionalidade, que admite, simultaneamente, a apreciação da constitucionalidade da norma pelos juízes e tribunais, desde que prejudicial à solução do litígio, e a análise abstrata, cuja competência seria exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

A despeito de a nomenclatura de “modelo misto” ser utilizada de forma recorrente, vale mencionar a ressalva feita por Marinoni, ao classificar os mecanismos de controle em incidental - em que a questão constitucional é prejudicial ao julgamento do caso concreto - e principal - que tem por objeto a própria questão constitucional.

“Isso quer dizer que, nos sistemas em que os juízes exercem o controle de constitucionalidade diante de qualquer caso e, ao lado disso, este controle também é deferido à Suprema Corte mediante a via direta, há, na realidade, controle difuso decorrente das formas incidental e principal.

Misturam-se, portanto, o modelo incidental e principal, não o controle difuso com o concentrado. Se existe sistema misto, esse é constituído pelo modelo incidental somado ao principal, os quais, por sua vez, permitem o controle concreto e o abstrato, ainda que, como já demonstrado, a via principal possa, excepcionalmente, também levar ao controle concreto”¹²⁰.

E conclui:

“Deixe-se claro, assim, que o sistema brasileiro não é um sistema misto, em que se associam o controle difuso e o controle concentrado. No Brasil há um sistema difuso, conjugando-se, isto sim, os controles incidental e principal e os controles concreto e abstrato.”¹²¹.

Nesse passo, de acordo com o autor, prevalece na Constituição o controle difuso, que admite a atuação da Suprema Corte pela via recursal, para julgamento da constitucionalidade das normas à luz do caso concreto - como se dá, por exemplo, pelo recurso extraordinário - que seria incidental - ou ainda, para fins de controle abstrato da norma, que se

¹²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Igor Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1370.

¹²¹ *Ibidem*, p. 1372.

dá, via de regra, de forma principal, ou seja, por meio de uma ação autônoma que tem por objeto impugnar ou declarar a constitucionalidade da norma.

Essa via principal - classificada por parte da doutrina que adota o “modelo misto” como controle concentrado - se dá através de quatro mecanismos de competência originária da Suprema Corte: (i) a ação direta de inconstitucionalidade; (ii) a ação declaratória de constitucionalidade; (iii) a ação de inconstitucionalidade por omissão e (iv) a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com exceção do controle de inconstitucionalidade por omissão, os demais instrumentos de controle concentrado de constitucionalidade têm por finalidade o exame, pelo Supremo, da compatibilidade de uma norma com o Texto Constitucional, o que se dá no plano abstrato, desvinculado de qualquer direito subjetivo concreto.

Diversamente se dá no âmbito da ação direta de inconstitucionalidade por omissão que objetiva sanar a omissão inconstitucional, total ou parcial, quanto ao dever imposto pela Carta Magna à determinado órgão de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa, e que esteja impedindo o exercício de direito constitucionalmente previsto.

No plano infraconstitucional, coube à Lei n. 9.882/99 tratar da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e, à Lei n. 9.868/89, abordar o processamento e julgamento das ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) foi inovação criada pelo constituinte de 1988, e encontra-se prevista pelo §1º do art. 102, sendo característica por duas singularidades: a subsidiariedade e a análise da legislação infraconstitucional pretérita¹²².

¹²² PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 205.

Subsidiariedade, porque, será cabível somente quando não houver outro mecanismo eficaz para sanar a lesividade, equivale dizer, apenas objetos que não possam ser impugnados pela via da ADI e ADC, é que poderão ser submetidos ao Supremo por meio da ADPF.

A possibilidade de controle constitucional de dispositivos de lei ou ato normativo anterior à Constituição, por sua vez, encontra-se prevista no art. 1º da Lei nº 9.882/99, e também é exclusiva da ADPF, já que a ADI e ADC somente podem ter por objeto dispositivos posteriores ao advento da Constituição.

Sobre o alcance da expressão “preceito fundamental”, o Supremo Tribunal Federal tem admitido como tuteláveis os direitos e garantias individuais, os preceitos protegidos por cláusula pétrea do artigo 60, §4º, e os “princípios sensíveis” cuja violação pode dar ensejo à decretação de intervenção federal nos Estados-Membros (art. 34, VII, da Constituição)¹²³. Como se vê, o uso da ADPF em matéria tributária não é frequente, de modo que nos dedicaremos a aprofundar mais a ADI e a ADC, especialmente quanto ao efeito dúplice dessas ações.

Como mencionado, a partir da Constituição Federal de 1988, houve a ampliação da legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade para alcançar, além do Procurador-Geral da República, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa de Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador do Estado ou do Distrito Federal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e a Confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, CF/88).

A causa de pedir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) é o questionamento de uma norma reputada inconstitucional pelo autor da ação, o que justifica a suspensão, acaso deferida a medida cautelar, com efeito *ex nunc* da norma impugnada (art. 11, §§1º e 2º da Lei n. 9.868/99), sendo aplicável a legislação anterior, se houver, exceto se o Tribunal expressamente se manifestar em sentido contrário.

¹²³ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 206.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), por conseguinte, tem como causa de pedir a existência de controvérsia judicial relevante sobre a compatibilidade de determinado dispositivo com a Constituição, de modo que, pressupõe a comprovação de dissídio judicial. Essa controvérsia, vale notar, deve refletir a instabilidade jurídica, caracterizada pela multiplicidade de decisões judiciais antagônicas.

Nesse passo, a medida cautelar concedida em ADC não reflete um prévio entendimento acerca do provável desfecho pela constitucionalidade da norma, como se dá na ADI, mas implica o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da existência de um contexto de incerteza judicial, que merece ser sanado. A decisão cautelar atinge, portanto, apenas a atuação dos órgãos judiciais no exercício do controle difuso de constitucionalidade, não impactando a eficácia técnica da norma.

O efeito dúplice, próprio da ADI e da ADC, refere-se ao julgamento do mérito das ações, uma vez que, se o Tribunal Superior considerar constitucional a norma, haverá a improcedência da ADI, ou, a procedência da ADC. O inverso, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade, ensejará a improcedência da ADC e a procedência da ADI:

“Essa é a razão pela qual as decisões proferidas, tanto na ação direta de inconstitucionalidade, quanto na ação declaratória de constitucionalidade, têm natureza dúplice, ou seja, ambas têm aptidão para firmar, quando julgadas, no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que configura seu objeto”¹²⁴.

Neste último caso - de improcedência da ADC e procedência da ADI - se já houver a suspensão da vigência da norma por medida cautelar concedida pelo Supremo, o julgamento definitivo da ação atingirá, além da vigência, a validade da norma com efeitos retroativos, exceto se houver a chamada modulação dos efeitos da decisão.

O parágrafo único do artigo 28 da Lei 9.686/99 é expresso quanto ao caráter vinculante, ao Poder Judiciário e à Administração Pública Federal, Estadual e Municipal da Declaração de Constitucionalidade ou de Inconstitucionalidade:

¹²⁴ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 203.

“Art. 28. (...)”

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Como mencionado pelo dispositivo em comento, é possível que, do julgamento da ADC e da ADI o Tribunal, em lugar de limitar-se a declarar constitucional ou inconstitucional a norma impugnada, adote a chamada interpretação conforme a constituição e/ou a inconstitucionalidade sem redução de texto.

Sobre o tema, Robson Maia Lins¹²⁵ ressalta que, embora, via de regra, a retirada da vigência e, eventualmente, da validade da lei ou ato normativo do sistema quando da declaração de inconstitucionalidade esteja acompanhada da retirada do enunciado prescritivo do sistema, hipótese denominada declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade, existem situações em que ao menos uma das normas jurídicas construídas a partir da lei arguida inconstitucional está em consonância com o ordenamento jurídico.

“Hipóteses há, contudo, em que pelo menos uma das normas jurídicas construídas a partir da lei (ou ato normativo) arguida de inconstitucionalidade está em consonância com o ordenamento jurídico. Assim, se das interpretações cabíveis na "moldura" da norma, uma delas estiver em consonância com a Constituição, o STF prescreve aquela significação como possível de ser aplicada pelos órgãos competentes e, portanto, válida. Na mesma linha, se dentre as várias interpretações possíveis, somente uma não guardar consonância com a Constituição, será esta declarada inconstitucional e as outras constitucionais. Na primeira hipótese, temos o emprego da técnica de interpretação conforme a Constituição; na segunda, a técnica empregada é a da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (do texto)”¹²⁶.

A interpretação conforme a constituição consiste em técnica de controle de constitucionalidade que impede a declaração de inconstitucionalidade da norma através da

¹²⁵ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 146.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 146.

afirmação de que esta tem, dentre as possíveis interpretações, uma que possa ser considerada conforme a constituição¹²⁷.

Equivale dizer, há o reconhecimento de que determinada atribuição de sentido à norma jurídica, de fato, afronta a Constituição Federal, mas a sua manutenção no sistema se justifica em razão da possibilidade de se firmar outros sentidos que vão ao encontro dos ditames constitucionais.

“Assim, o que diferencia tais técnicas é a circunstância de que a interpretação conforme exclui a interpretação proposta e impõe outra, conforme a Constituição, enquanto a declaração parcial de nulidade revela a ilegitimidade da aplicação da norma na situação proposta, ressaltando a sua aplicabilidade em outras. Ou melhor, a distinção está em que um caso discute-se o âmbito de *interpretação* e, no outro, o âmbito da *aplicação*. No primeiro, exclui-se a possibilidade de interpretação, fixando-se a interpretação conforme a Constituição. No segundo, não se discute sequer acerca da interpretação da norma. Nega-se aplicação da norma em determinado local, ressaltando-a para outros.”¹²⁸.

Tem-se, com isto, que a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto se dá quando uma norma pode ser aplicada em mais de uma situação, uma que se apresenta constitucional, e outra, que se apresenta inconstitucional. No entender de Marinoni, a distinção se daria no plano de atuação, ou seja, da interpretação ou da aplicação.

O efeito transcendente atribuído a estes enunciados prescritivos que serviram de base para a construção da norma declarada constitucional ou inconstitucional é abordado por Robson Maia Lins. segundo o qual tanto os efeitos da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma determinada norma, veda que a mesma seja construída a partir de qualquer outro texto normativo.

"Entendemos que o julgamento do STF, declarando constitucional ou inconstitucional uma determinada norma, veda que a mesma norma seja construída a partir de qualquer outro texto normativo, mesmo que não indicado nas petições iniciais da ADIN e ADC, nem na respectiva decisão, mas desde que posto no sistema até o respectivo julgamento da ação de controle de constitucionalidade. Da mesma forma, se declarada constitucional determinada norma construída a partir de determinado texto, não será dado ao

¹²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. SARLET, Igor Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1416.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 1417/1418.

Judiciário e ao Executivo deixarem de aplicar a norma a pretexto de construir outra, a partir de outros enunciados prescritivos, que discipline a conduta em sentido contrário à examinada pelo STF"¹²⁹.

A conclusão do autor corrobora com a perspectiva de distinção entre o texto da lei e a norma jurídica, atrelando-se o controle de constitucionalidade ao plano da norma jurídica, ainda que possa alcançar o enunciado prescritivo, excluindo-o do sistema.

3.3.3. Supremo Tribunal Federal e a interpretação da Constituição Federal

O Supremo Tribunal Federal foi criado em 1828 e instalado em 09.01.1829, denominando-se "Supremo Tribunal de Justiça", sendo em sua estrutura atual o órgão do Poder Judiciário mais antigo, situado no topo da hierarquia como "órgão de cúpula".

Em sua concepção originária, era detentor de competência adstrita fundamentalmente ao conhecimento de recursos de revista e julgamento dos conflitos de jurisdição e das ações penais contra ocupantes de determinados cargos.

Até 1988, a uniformização da interpretação de leis federais encontrava-se dentre as suas atribuições, estando abaixo dele o Conselho Nacional da Magistratura, os tribunais e os juízes estaduais, os tribunais e juízes militares, eleitorais e do trabalho e a Justiça Federal, composta pelos juízes federais singulares e pelo Tribunal Federal de Recursos.

Neste período, configurou-se um problema de ordem prática proveniente do nosso modelo federal: a de que um único Tribunal Superior fosse o responsável por uniformizar uma vasta gama de ramos do direito federal, aplicado por diversos tribunais, estaduais e federais.

Este cenário suscitou o amplo debate do qual surgiu a ideia de se criar uma nova Corte Nacional, com a revisão da competência do Supremo destacando, de um lado, o seu papel constitucional, e, de outro, repartindo a parcela atinente à matéria sem natureza constitucional.

¹²⁹ LINS, Robson Maia. *Controle de constitucionalidade da norma tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 146.

Em 1976 o TRF, ao qual coube por 42 anos o julgamento em segunda instância de feitos envolvendo os interesses da união ou autoridade federal, com exceção das matérias próprias da justiça eleitoral e da militar, encaminhou ao Congresso Nacional um anteprojeto de "reforma do Judiciário", propondo a descentralização da justiça federal com a criação de tribunais regionais, e destacando a importância de um órgão uniformizador do direito federal¹³⁰.

O mesmo órgão, em 1887, criou uma comissão de acompanhamento da Constituinte para apresentar estudos e sugestões à Assembleia Nacional Constituinte, fortalecendo a ideia de se criar um Tribunal Superior Federal com competências originária, ordinária e extraordinária.

Um substitutivo foi apresentado na Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, para a criação do Superior Tribunal de Justiça, com aproveitamento, na sua composição inicial, dos ministros do TFR.

Ao tratar do tema, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹³¹ ressaltam que, após diversas tentativas de superar a "crise do recurso extraordinário" e a "crise do Supremo Tribunal Federal" por força do excesso de demandas, a Constituição de 1988 adotou a solução proposta desde 1963 pelo eminente jurista José Afonso da Silva:

O centro desta proposta era a de em uma reforma constitucional do Poder Judiciário Federal, com a redistribuição de competência e atribuição dos órgãos judiciários da União, dirimida em três planos: o primeiro é o plano dos direitos e interesses subjetivos, restrito ao sistema judiciário que conheceu a lide; o segundo, é o da inteireza, da unidade do Direito, objetivo federal que leva o processo para além do sistema judiciário; e o terceiro, da supremacia das garantias constitucionais, cuja efetivação se daria através da via recursal ao Supremo Tribunal Federal.

¹³⁰ Disponível em < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Institucional/Historia/A-Constituinte>>. Acesso em 21.08.2022.

¹³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 302.

Com o advento da Constituição Federal, o Recurso Extraordinário, previsto pelo art. 102, inciso III, passou a ser cabível contra decisão proferida em única ou última instância que: (a) contrariar dispositivo da Constituição; (b) declarar inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; (c) julgar válida lei ou ato de governo contestado em face da Constituição e (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Tem-se, com isto, que a pretensão recursal está fundada essencialmente na demonstração de que o provimento jurisdicional, contrário ao interesse da parte, resultou em efetiva afronta aos dispositivos constitucionais. Com isto, a apreciação da Suprema Corte limita-se aos preceitos violados, restando impossibilitada o mero reexame de matéria fática e probatória¹³².

A partir da Emenda Constitucional 45 de 2004, passou a se exigir como requisito de processamento do Recurso Extraordinário a existência da repercussão da matéria discutida, a ser examinada em juízo de admissibilidade pelo Tribunal de origem, consoante previsto pelo §3º do art. 102.

Por força do desmembramento da competência do Supremo quanto ao controle da legislação federal, reservou-se ao Recurso Especial as situações em que a decisão que se pretende recorrer, nos moldes do art. 105, III, da CF: (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; e (c) atribuir interpretação divergente que lhe tenha dado outro tribunal.

Aqui, tem-se a eleição pela Constituição Federal do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como sujeitos competentes para formular a interpretação final em matéria constitucional e infraconstitucional federal:

"Sendo uma das funções dos tribunais superiores uniformizar o entendimento da CF (STF) e da lei federal no país (STJ), toda decisão tomada pelas Cortes Superiores em casos individuais projeta o entendimento do tribunal, atuando como que paradigma para casos idênticos futuros. A relevância das decisões dos tribunais superiores em lides individuais, portanto, não está apenas em sua aplicação ao caso concreto, como atuação da verdadeira atividade substitutiva da jurisdição e como fator de implementação da paz social. Sua relevância

¹³² Súmula 279/STF. Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

transcende à situação individualista no quadro da fundamentação do acórdão [...] fundamentos esses que se aplicarão aos casos concretos futuros que serão examinados pelo tribunal superior ou por qualquer outro órgão do Poder Judiciário. Daí podermos nominar de decisões quadros [...]"¹³³

Tem-se, com isto, que os Recursos de natureza extraordinária direcionados aos Tribunais Superiores funcionam como instrumentos essenciais à efetivação das funções que lhe foram atribuídas pela Constituição. Especificamente quanto ao Recurso Extraordinário, exerce a Suprema Corte a nobre função de dar a última palavra em matéria de interpretação e aplicação da Constituição, à luz da solução do caso concreto, realizando, inclusive, o controle acerca das interpretações formuladas pelos Tribunais Federais e Regionais, de modo a uniformizar, em todo o território nacional, a interpretação da Constituição que deverá prevalecer.

¹³³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 797/798.

4. A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO

4.1. Breves considerações históricas acerca do Recurso Extraordinário e as hipóteses de Cabimento: Art. 102, III, da CF/88.

4.1.1. *writ of error* norte-americano como inspiração do Recurso Extraordinário

Por muito tempo prevaleceu em nosso ordenamento a adoção do modelo de controle de constitucionalidade difuso, cabendo à Suprema Corte a última palavra pela via do Recurso Extraordinário, ao qual será dado maior enfoque. Apenas na Constituição de 1934, mantido o sistema de controle difuso, é que se estabeleceu a ADI interventiva, inserindo os primeiros indicativos para a adoção do “modelo misto”, vigente até hoje, com a ampliação de mecanismos para o exercício da via concentrada.

Embora parcela da doutrina atribua a origem do recurso extraordinário à suplicação do direito Português, posteriormente substituído pela revista cabível perante o Supremo Tribunal de Justiça em face de nulidade ou injustiça, Osmar Mendes Paixão Côrtes¹³⁴ ressalta que a semelhança entre os institutos não significa, necessariamente, que haveria uma relação de evolução entre eles.

Citando os ensinamentos de José Afonso da Silva, o doutrinador atribui a origem do recurso extraordinário ao *writ of error*, criado na Inglaterra com a finalidade de sanar erros de direito em favor da parte prejudicada, o qual foi, posteriormente, passado para as colônias inglesas, como os Estados Unidos da América. Nesse passo, José Carlos Barbosa Moreira destaca a inspiração do recurso extraordinário no *writ of error* como incorporado ao direito norte-americano.

"O recurso extraordinário é instituto de origem norte-americana. Nos Estados Unidos, porém, não foi criado pela Constituição Federal, nem pelas emendas ao seu texto. A Constituição deu à Corte Suprema competência originária e

¹³⁴ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 45.

competência recursal (*appellate jurisdiction*) no tocante a certas causas; mas, em matéria de recursos, só se referiu aos interpostos contra decisões dos órgãos judiciários inferiores da União. Foi o *Judiciary Act* de 1789 que permitiu a revisão pelas Cortes Supremas de decisões finais dos mais altos tribunais dos Estados, mediante *writ of error*, em diversas hipóteses relacionadas com a constitucionalidade de leis e com a legitimidade de normas estaduais, bem como de títulos, direitos, privilégios e isenções à luz da Constituição, dos tratados e das leis da União. Acoimou-se de inconstitucional, mais de uma vez, essa própria atribuição de competência, feita por lei ordinária, mas a Corte, através de duas decisões famosas, nos casos *Martin vs Hundert's Lessee* e *Cohens v. Virginia* deu por válida a norma"¹³⁵.

Como bem anotado pelo professor, embora o *writ of error* no direito norte-americano não tenha encontrado originariamente respaldo em norma constitucional, a Corte Suprema reconheceu a sua validade, inclusive por se mostrar instrumento bastante eficaz para permitir certa uniformidade e controle normativo entre as legislações e julgamentos descentralizados, próprio do modelo federativo adotado pelos Estados Unidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, apenas com a Proclamação da República em 1889 e adoção da forma federativa de Estado é que teve lugar a instituição do recurso extraordinário.

A Constituição Imperial de 1824, inspirada no dogma da soberania do Parlamento do direito francês, reconhecia somente o órgão legislativo como competente para estabelecer o verdadeiro sentido da norma, deixando de prever qualquer sistema de judicial de controle normativo¹³⁶.

A visão de supremacia do legislativo, contudo, não resistiu à Constituição Republicana de 1891. Com o primeiro Decreto do Governo Provisório, estabeleceu-se a dualidade da justiça em federal e estadual, outorgando, de um lado, certa autonomia aos Estados, - embora limitados pela União, soberana, e a quem cabia dar unidade política à nação

¹³⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5. 17. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 577/578.

¹³⁶ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 153.

- e, de outro, aumentando o risco da instauração de certos conflitos entre os poderes estaduais, e estaduais com o federal.

Neste contexto, é que se encontrou, por inspiração do *Judiciary Act* do Direito norte-americano, o *writ of error* como exemplo de mecanismo adequado para dirimir tais conflitos, de modo a tornar possível a autoridade do Direito federal ante a possíveis erros das justiças estaduais na aplicação do Direito¹³⁷.

Embora não tenha chegado a vigor, o art. 58, §1º do Decreto 510, de 1890 do Governo Provisória atribuía ao Supremo Tribunal a competência para:

“Julgar, em grau de recurso, as questões resolvidas pelos juízes e tribunais federaes, assim como as de que trata o presente artigo, §1º, e o art. 60.

§1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o supremo tribunal federal:

- a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicabilidade de tratados e leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado fôr contra ella;
- b) quando se contestar a validade de leis ou actos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federaes, e a decisão do tribunal do Estado considerar validos os actos, ou leis impugnadas”.

Tem-se, com isto, a função da Suprema Corte de consolidar e revisar a jurisprudência proveniente da justiça federal, especialmente quanto a questões jurídicas, com a manutenção da autonomia dos Estados para dar a última palavra sobre a matéria de fato¹³⁸.

Em 1890, o Governo Provisório editou novo Decreto de nº 848 que, em seu art. 9, ao dispor acerca da organização da Justiça Federal, ampliou as hipóteses de cabimento do recurso para abranger decisões de última instância da justiça local, contrárias à título, direito, privilégio ou isenção previstos em dispositivo constitucional, de lei federal, tratado ou convenção.

¹³⁷ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 49.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 50.

Assim, caso a parte litigante não tivesse sua pretensão satisfeita perante a justiça local, poderia recorrer ao Supremo Tribunal Federal demonstrando que o seu interesse teria respaldo na constituição, na legislação federal, tratado e/ou convenção.

Com isto, o recurso ao Supremo passou a ter importância decisiva no sistema processual, firmando a sua condição de intérprete final do direito positivo e guarda a Constituição, inclusive com vistas a solucionar possíveis conflitos entre a União e os Estados ou entre os próprios Estados:

"E porque na prática é possível dar-se colisão entre poderes estaduais e federais, a uma instituição que, na ordem política veio a tornar-se uma das mais notáveis, a maior autoridade judiciária da nação, - ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ficou competindo à missão de intérprete final e guarda da Constituição, com poderes para definitivamente solver os conflitos, no domínio constitucional, da União com os Estados, destes entre si, e em garantia do povo e do cidadão contra as violências perpetradas pelas autoridades federais ou locais, das quais os interessados recorram a essa superior e última instância, pelos trâmites e na forma estabelecida pela Constituição e leis da União"¹³⁹.

A Constituição de 1981 manteve o recurso para o Supremo como previsto pelo Decreto 848, o qual, com a reforma constitucional de 1926, passou a ter contornos mais detalhados, que prevalecem até hoje, especialmente quanto a inclusão de duas hipóteses de cabimento: para a uniformização da interpretação da legislação federal em caso de divergência entre dois ou mais Tribunais Locais e para recurso *ex officio* com caráter facultativo.

Art. 60. §1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal:

- a) quando se questionar sobre a vigência ou validade das leis federais em face da Constituição e a decisão do tribunal do Estado lhe negar aplicação;
- b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas;

¹³⁹ CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brasileira** (1981). Brasília: Senado Federal, 2002. p. 10.

- c) quando dois ou mais tribunais locais interpretarem de modo diferente a mesma lei federal, podendo o recurso ser também interposto por qualquer dos tribunais referidos ou pelo Procurador-Geral da República;
- d) quando se tratar de questões de direito criminal ou civil internacional.

Neste cenário, Osmar Mendes Paixão Côrtes ressalta as semelhanças que permitem concluir pela real origem do Recurso Extraordinário e suas raízes firmadas no *writ of error* norte-americano:

"Daí, nota-se a clara semelhança com o Direito norte-americano, no qual foi consagrado o poder de a Suprema Corte rever decisões relativas ao direito federal, justamente para preservar a supremacia da lei e a unidade, típicas do modelo federativo. Também observa-se semelhança com o *writ of error*, tanto inglês como americano, que não serviam para o reexame de fatos e provas, mas de questões de direito"¹⁴⁰.

A denominação "recurso extraordinário" foi adotada apenas pela Constituição Federal de 1934 - empregada, primeiramente, pelo Regimento Interno do Tribunal -, mantendo de forma substancial a previsão anterior, exceto pela ampliação da legitimidade para o recurso *ex officio*, que poderia ser interposto também pelo Presidente de qualquer dos Tribunais ou pelo Ministério Público em caso de diversidade de interpretação da lei federal. Tal possibilidade, contudo, não foi contemplada nas Cartas posteriores.

A principal modificação relativa ao recurso extraordinário sobreveio com a Constituição Federal de 1988, sendo possível falar-se em duas fases nitidamente distintas, e que têm como marco temporal precisamente a Magna Carta vigente.

Apesar de não ter trazido grandes transformações ao Recurso Extraordinário, se comparada às Constituições anteriores, a Carta de 1934, mantendo sistema de controle difuso de constitucionalidade, estabeleceu pela primeira vez mecanismo relacionado ao controle concentrado, através da ADI interventiva (art. 12, V), cabível por provocação do Procurador Geral da República, e que se destinava à viabilizar a intervenção da União nos Estados, para assegurar a execução de leis federais e a observância dos princípios constitucionais

¹⁴⁰ CÔRTE, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 65.

especificados pelo art. 7º, inciso I, dentre os quais se pode mencionar a forma republicana federativa, a independência e coordenação de poderes, autonomia dos Municípios, garantias do Poder Judiciário e dos Ministérios Públicos Locais, dentre outros.

Antes que houvesse a intervenção, no entanto, era necessário que a Suprema Corte tomasse ciência da lei que a tenha decretado e que lhe declarasse a constitucionalidade.

Outro ponto importante ao controle de constitucionalidade trazido em 1934 foi dispor, inauguralmente, sobre a cláusula de reserva de plenário, a qual estabelecia que a declaração de inconstitucionalidade pela via difusa somente seria possível por maioria absoluta dos membros do tribunal, atribuindo, por conseguinte, ao Senado Federal a competência para suspender, no todo ou em parte, a lei ou o ato declarado definitivamente inconstitucional.

Em 1937, contudo, em uma clara tentativa de fortalecer o Poder Executivo e retomar a ideia de supremacia do Poder Legislativo, até mesmo quanto ao controle de constitucionalidade, o parágrafo único do artigo 96 da Constituição então vigente trazia o poder discricionário do Presidente da República de submeter ao Parlamento a lei considerada inconstitucional pelo Poder Judiciário, para que fosse reexaminada.

A hipertrofia do Executivo, como ressalta Rafael Pandolfo¹⁴¹, foi flexibilizada pela Constituição de 1946, como o restabelecimento do tradicional sistema de controle de constitucionalidade exercido de forma repressiva apenas pelo Poder Judiciário.

A ação direta de inconstitucionalidade, de competência originária do Supremo Tribunal Federal, foi inserida ao ordenamento jurídico pela primeira vez através da Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, admitindo o julgamento e o processamento da representação de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, federal ou estadual, de iniciativa exclusiva do Procurador-Geral da República.

¹⁴¹ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 155.

4.1.2. Recurso Extraordinário e a Constituição Federal de 1988: hipóteses de cabimento previstas pelo art. 102, inciso III

Até a Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal concentrava a relevante função de uniformizar a interpretação da lei em todo o território nacional, reunindo a competência para julgar questões relativas à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional federal.

No entanto, o expressivo volume de demandas advindas dos diversos Estados da Federação frente ao número de membros da Corte, acabou por sobrecarregar o Tribunal tornando mais moroso o julgamento dos recursos, o que culminou na chamada “crise do recurso extraordinário”.

A criação do Superior Tribunal de Justiça, como visto, esteve intrinsecamente relacionada a este cenário e decorreu da proposta apresentada por José Afonso da Silva no sentido de redistribuir a competência do até então concentrada pelo Supremo.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, passou a Suprema Corte a assumir de forma primordial - mas não exclusiva - a função de guardião da Constituição. Se diz não exclusiva pois, de um lado, a Magna Carta outorga a competência originária e a competência para apreciação de recurso ordinário, nem sempre relacionados à matéria constitucional.

Igualmente não é exclusiva a competência para efetuar o controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, porquanto se admite a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo do Poder Público pelos demais juízes e tribunais, desde que observada a reserva de plenário (artigo 97¹⁴², da CF/88).

A falta de exclusividade, em lugar de diminuir o relevante papel de guardião da Constituição desempenhado pela Suprema Corte, acaba por fortalecê-lo na medida em que a diversidade de decisões em matéria de constitucionalidade pode, por vezes, se mostrar

¹⁴² Artigo 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

conflitantes em casos semelhantes ou idênticos, tornando essencial a construção da interpretação última e uniforme pelo Tribunal.

Como tivemos a oportunidade de analisar, a despeito da cautela com que deve ser utilizada a expressão “interpretação autêntica”, o seu emprego se justifica como instrumento para diferenciar toda e qualquer interpretação formulada acerca do ordenamento jurídico daquela que produz um novo enunciado jurídico, mediante a edição da linguagem competente.

Assim, para que se possa atribuir o predicado “autêntico” a certa interpretação, não basta que tenha sido produzido por este ou por aquele sujeito, mas mediante a produção de determinada linguagem eleita pelo sistema do direito positivo como competente.

Exemplificamos tal realidade sob a perspectiva da Administração Pública, que interpreta a legislação vigente e os fatos para produzir a norma individual e concreta através do lançamento tributário. Ao Poder Judiciário, por sua vez, tal linguagem é expressa através das decisões judiciais (sentenças, acórdãos).

Ao tratar da função do recurso extraordinário, Humberto Theodoro Júnior¹⁴³ atribui ao recurso a função de tutelar a autoridade e a integridade da lei magna federal, assumindo assim função “eminentemente política”. Não obstante, essa função especial não afastaria o caráter de instituto processual destinado à impugnação de decisões judiciais, frente a sua natureza recursal.

Neste cenário, a Magna Carta de 1988 outorgou ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição Federal em lides subjetivas por meio do Recurso Extraordinário, cabível em face de decisão proferida em única ou última instância que (i) contrariar dispositivo da Constituição; (ii) declarar inconstitucional tratado ou lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição; (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (artigo 102, III, CF/88).

¹⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 53. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 686.

Em única ou última instância nos permite identificar o cabimento do recurso em comento após o esgotamento das possibilidades de impugnação perante as instâncias ordinárias, ou em instância única, às quais compete o amplo exame dos fatos e do direito suscitados pelas partes litigantes. Ao recurso extraordinário, o Poder Constituinte trouxe específica função, a qual transcende a simples satisfação do interesse das partes, e refere-se à preservação do ordenamento objetivo e da Constituição.

Essa preocupação do legislador com o estreito cabimento do recurso extraordinário encontra-se refletida pela bastante conhecida Súmula 279/STF, segundo a qual “*Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”. Não são poucos os recursos sequer conhecidos em juízo de admissibilidade sob o fundamento de que a parte recorrente buscaria, em verdade, o revolvimento do acervo probatório acerca dos fatos que embasam o direito que se busca garantir.

Não se pode confundir, contudo, a vedação ao reexame de provas com o reenquadramento jurídico de determinada questão fática debatida nos autos e expressamente consignada pelo acórdão ou decisão recorrida. Osmar Mendes Paixão Côrtes destaca que o Tribunal Superior poderá dar novo enquadramento jurídico à questão fática que estiver estampada no acórdão, “até porque a função do recurso extraordinário é a de corrigir o erro cometido pelo Tribunal *a quo* reformando a decisão que aplicou mal a legislação constitucional principalmente”¹⁴⁴.

O que se pretende evitar é que o Tribunal Superior revolva o acervo probatório inauguralmente, examinando os fatos e provas como se fosse o julgador de primeira e de segunda instâncias, cuja competência, cabe ressaltar, é precisamente mais ampla e profunda sobre o direito postulado pelos litigantes.

Daí decorre, igualmente, a exigência de prequestionamento da matéria, que nada mais é do que o efetivo enfrentamento pela decisão recorrida da matéria que se pretenda submeter ao reexame da Corte pela via do recurso extraordinário.

¹⁴⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos**. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 95.

Não se trata de requisito extrínseco mas confunde-se com o próprio cabimento recursal, porquanto a violação constitucional suscitada pelo recorrente impõe o seu prévio enfrentamento pela decisão recorrida, sob pena de configurar manifesta supressão de instância submeter à Suprema Corte matéria que não foi devidamente debatida nos autos.

A demonstração do prequestionamento independe da indicação expressa de cada dispositivo legal pela decisão, requisito este reservado apenas às razões recursais, sendo suficiente que a matéria tenha sido devidamente apreciada.

Não obstante, na hipótese de a matéria a ser alegada em recurso extraordinário ter sido trazida pela parte ao longo do processo, e ainda assim, ter a decisão recorrida deixado de apreciá-la, caberá a oposição de embargos de declaração, consoante disposto pelo artigo 489, 1º e 1.022, inciso I, do Código de Processo Civil, por configurar nítido vício de omissão.

Se, mesmo com a oposição dos aclaratórios, a decisão quedar-se omissa, o Diploma Processual prevê o denominado prequestionamento ficto, previsto em seu artigo 1.025, ao considerar como incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento, mesmo que sejam inadmitidos ou rejeitados. Exige-se, para tanto, que o tribunal superior considere existente o vício na decisão, sendo insuficiente que a parte se utilize dos embargos para trazer discussão até então inexistente.

Ademais, a jurisprudência do Supremo se consolidou pela impossibilidade, em regra, de interposição de recurso extraordinário em face de acórdão que defere medida liminar, em conformidade com o enunciado sumular nº 735. Por se tratar de juízo cognitivo preliminar e precário, a eventual afronta à Constituição poderia ser modificada no próprio curso do processo.

Retomando o rol previsto pelo artigo 102, inciso III, da Constituição Federal, a alínea “a” trata do cabimento do recurso extraordinário em face de decisão que “contrariar dispositivo desta Constituição”, a qual deverá ser direta, consoante jurisprudência consolidada pelo Supremo, vedando-se alegação de violação reflexa. Cite-se, exemplificativamente, as seguintes ementas:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RETENÇÃO DE

VALORES DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS – FPM: OBSERVÂNCIA DE LIMITES PERCENTUAIS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AUSÊNCIA DE OFENSA CONSTITUCIONAL DIRETA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA MANTIDOS. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DO ART. 1.033 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: IMPOSSIBILIDADE. VERBA HONORÁRIA MAJORADA EM 1% (§§ 2º, 3º E 11 DO ART. 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA DE 1% SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA, SE UNÂNIME A VOTAÇÃO. (ARE 1373421 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 24/10/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-215 DIVULG 24-10-2022 PUBLIC 25-10-2022).”

“SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. BENEFÍCIO FISCAL. REVOGAÇÃO. NECESSIDADE DO REEXAME DE NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS: DECRETOS 45.490/2000 E 64.213/2019 DO ESTADO DE SÃO PAULO, LEI COMPLEMENTAR 24/1975 E CONVÊNIOS ICMS 100/97, 74/2007, 37/2017 E 28/2019. AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – É inadmissível o recurso extraordinário quando sua análise implica a revisão da interpretação de normas infraconstitucionais que fundamentam o acórdão recorrido, dado que apenas ofensa direta à Constituição Federal enseja a interposição do apelo extremo. II – Agravo regimental a que se nega provimento. (ARE 1379008 AgR-segundo, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 14/09/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-185 DIVULG 15-09-2022 PUBLIC 16-09-2022)”.

De acordo com a posição firmada pela Suprema Corte ao longo do tempo, o recurso extraordinário cujo exame dependesse da revisão de interpretação de normas infraconstitucionais trataria de ofensa indireta à Magna Carta, o que o tornaria inadmissível por se confundir com o feixe de matérias passíveis de impugnação pelo recurso especial.

Osmar Mendes Paixão Côrtes considera lamentável que a jurisprudência tenha caminhado neste sentido, na medida em que a afronta indireta constitui violação da mesma forma que a direta, embora admita que há justificativa para a postura adotada “pois o cabimento

amplo do recurso, para alcançar hipótese de afronta indireta, além de esvaziar a competência do Superior Tribunal de Justiça, poderia inviabilizar o funcionamento da Corte Suprema”¹⁴⁵.

A fim de solucionar a questão e evitar o cerceamento do direito de ação, o artigo 1.033 do Código de Processo Civil prevê a remessa do recurso extraordinário ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial nos casos em que o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição, por pressupor a revisão da interpretação da lei federal ou de tratado.

Ainda sobre a hipótese prevista pela alínea “a”, o citado autor afirma que haveria uma confusão entre o exame da admissibilidade recursal e o próprio mérito, porquanto haveria um juízo de valor, necessariamente, ao analisar se o acórdão teria, ou não, violado dispositivo constitucional. Em outras palavras, tem-se que o recurso só será cabível se houver contrariedade pela decisão à Constituição, o que implica enfrentar o próprio mérito posto, e, constatada a violação, deve ser reformada a decisão, sendo, portanto, conhecido e provido.

José Carlos Barbosa Moreira discorda dessa posição, defendendo que deve ser preservada a etapa de admissibilidade recursal de forma autônoma ao exame de mérito, tratando-se de impropriedade técnica a utilização de expressão para o cabimento que já desenha hipótese de procedência.

Propõe como solução que o requisito de admissibilidade seja considerada a mera ocorrência hipotética do esquema textual, ou seja, a alegação pela parte recorrente que teria havido afronta à dispositivo constitucional.

"Nessa peculiaridade da redação da letra *a* reside, ao que nos parece, o fator principal de persistente mal entendido - desde a vigência de Cartas anteriores - no que concerne ao julgamento dos recursos extraordinários interpostos com invocação do dispositivo em foco (ou de seus predecessores, que não aludiam a infrações apenas da *Constituição*, mas também de outras normas federais). Se o texto constitucional, querendo indicar hipótese de *cabimento* usou, por impropriedade técnica, expressão que já desenha hipótese de *procedência*, isso não é razão para que, no caso, se deixe de atender à distinção entre juízo de admissibilidade e juízo de mérito. Por outro lado, já que a ocorrência *efetiva* do esquema consagrado no texto constitui requisito de *procedência*, seria

¹⁴⁵ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos**. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 95.

absurdo exigi-la para declarar *admissível* o recurso: não se pode condicionar a admissibilidade à procedência, pois esta *pressupõe* aquela, e para chegar-se à conclusão de que um recurso merece provimento é logicamente necessário que, *antes*, se haja transposto a preliminar. Requisito de admissibilidade será, então, a mera ocorrência *hipotético* (isto é, *alegada*) do esquema textual: (...)”¹⁴⁶.

A relevância de se buscar um critério que possa preservar a autonomia do juízo de admissibilidade e a sua desvinculação do mérito recursal é ainda mais latente ao se ter em vista que o Diploma Processual vigente estabeleceu o juízo duplo de admissibilidade, cabendo o primeiro ao presidente ou vice-presidente do Tribunal recorrido.

Pretende-se evitar, com isso, a invasão da competência outorgada ao Supremo pelo Tribunal de origem que, sob o fundamento de examinar o preenchimento dos requisitos de conhecimento recursal, acabe por enfrentar o próprio mérito, emitindo juízo sobre a existência - ou não - de afronta à Constituição.

As demais hipóteses de cabimento previstas pelas alíneas “b”, “c” e “d” do inciso III do artigo 102 se utilizam de terminologia axiologicamente “neutra”, admitindo com mais clareza as etapas de admissibilidade e de exame do mérito recursal.

A alínea “b” refere-se à decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, a qual está intrinsecamente relacionada à cláusula de reserva de plenária, autorizando ao órgão especial dos Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Se, de um lado, o ordenamento jurídico autoriza o controle de constitucionalidade difuso por juízes e tribunais, de outro, ao outorgar ao Supremo Tribunal Federal a relevante função de guardião da Constituição, atribui-lhe igualmente pelo recurso extraordinário, a competência para julgar em última análise a declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica realizada pelos tribunais.

¹⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5*. 17. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 577/578.

Neste sentido, a alínea “c” cuida da decisão que julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, refletindo objeto do recurso extraordinário de assegurar a hierarquia das leis da República, também presente na hipótese descrita na alínea “d”, inserida pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Até 2004, encontrava-se no âmbito de cabimento do recurso especial (artigo 105, III, alínea “b” da CF/88) a impugnação de decisão que julgar válida lei ou ato de governo contestado em face de lei federal. Contudo, houve o desmembramento para reconhecer como recorrível pelo recurso extraordinário a decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal, e, ao especial, aquela que julgar válido ato de governo local em face de lei federal.

Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim¹⁴⁷ ressaltam que a inclusão da alínea “d” se justifica por referir-se à controvérsia que se põe em âmbito constitucional no que se refere à distribuição constitucional da competência para legislar, superando o âmbito da legislação infraconstitucional.

As regras de interposição, processamento e julgamento do recurso extraordinário encontram-se previstos pelo Código de Processo Civil através dos artigos 1.029 e seguintes.

A interposição do recurso extraordinário é endereçada ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido e deverá conter a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso interposto e as razões do pedido de reforma ou de invalidação da decisão recorrida. Disso decorre o que afirmamos acima quanto à desnecessidade de constar na decisão recorrida numericamente os dispositivos legais analisados, enquanto, na peça recursal, é imprescindível que a parte aponte cada artigo que entende ter sido violado demonstrando as razões que embasam tal conclusão.

O §3º do artigo 1.029 traz a possibilidade de desconsiderar vício formal que não se repute grave, intimando a parte recorrente para regularizá-lo a fim de viabilizar o

¹⁴⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 328/329.

processamento do recurso, dentre os quais a ausência de recolhimento de custas recursais ou o recolhimento a menor.

A intempestividade recursal, no entanto, refere-se à requisito extrínseco mais relevante e que não poderá ser superado em hipótese alguma, sendo bastante rígida a jurisprudência atual acerca da exigência da comprovação de feriado local no ato da interposição do recurso através de documento idôneo, sendo insuficiente a apresentação de calendário ou página disponibilizada em portal eletrônico com a lista de feriados.

Recebida a petição, a secretaria do tribunal determinará a intimação do recorrido para apresentar contrarrazões no mesmo prazo de interposição, ou seja, dentro de quinze dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido para exame de admissibilidade, o qual poderá (i) negar seguimento ao recurso (i.1) que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou que tenha sido interposto em face de acórdão que esteja em conformidade com entendimento da Suprema Corte exarado no regime de repercussão geral; (i.2) interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; (ii) encaminhar o processo ao órgão julgador para realizar juízo de retratação, se constatado que o acórdão encontra-se em desconformidade do entendimento do Supremo exarado nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; (iii) sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo; (iv) selecionar o recurso como representativo da controvérsia; (v) realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo.

Distribuído o recurso à Suprema Corte, será realizado novo exame de admissibilidade recursal o qual, se positivo, ensejará o enfrentamento do mérito recursal para que, julgando o processo, a Corte aplique o direito (artigo 1.034, CPC).

Para Osmar Mendes Paixão Côrtes, julgado o recurso extraordinário para dar-lhe provimento com a reforma da decisão recorrida, ainda que se trate de interpretação formulada

pelo intérprete máximo da Constituição, não haverá eficácia *erga omnes* mas, apenas para as partes do processo, mesmo se houver a declaração de inconstitucionalidade¹⁴⁸.

Bruno Dantas e Teresa Arruda Alvim¹⁴⁹, embora também reconheçam a eficácia *inter partes* própria do julgamento de demandas individuais, reforçam que em razão da finalidade do recurso extraordinário de resguardar o direito objetivo, é natural que seu resultado transcenda a situação das partes, desempenhando função paradigmática ou exemplificadora, que será melhor explorada em tópico próprio.

4.2. Repercussão geral e a "objetivação" do Recurso Extraordinário

4.2.1. Repercussão geral e a EC 45/2004

No ano de 2004, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 45, a qual instituiu novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, com a inserção do §3º ao artigo 102 da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte:

“Art. 102. (...)

§3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos seus membros”.

O Poder Constituinte Derivado outorgou ao legislador ordinário a definição e o alcance da repercussão geral, regulamentada inicialmente pelos artigos 543-A e 543-B do Código de Processo Civil de 1973, incluídos pela Lei nº 11.418/2006.

¹⁴⁸ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos**. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 107.

¹⁴⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16)**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 328/329.

Ainda que a Magna Carta não tenha estabelecido o conceito e os requisitos necessários para que determinada questão tenha ou não “repercussão geral”, a finalidade para a qual o novo requisito foi criado é bastante clara: a de funcionar como um filtro que, ao mesmo tempo em que se destina a reduzir o expressivo número de recursos diariamente distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, também permite o desempenho da relevante função da Corte de guardião da Constituição, dedicando-se à temas que possam transcender a lide concreta entre os litigantes.

A criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade específico do recurso extraordinário vem a reforçar a concepção da Suprema Corte como Tribunal Constitucional, cuja função precípua é a de estabelecer a interpretação final dos dispositivos constitucionais e realizar o controle do ordenamento jurídico à luz da Constituição. Em contrapartida, pretende-se afastar a utilização do recurso extraordinário como mecanismo de rever ilimitadamente a lide, esperando do Supremo a atuação como terceira instância recursal.

Instituto semelhante vigorou em nosso ordenamento até o advento da Constituição Federal de 1988, denominado “arguição de relevância”. Em decorrência da alteração promovida pela Emenda Constituição nº 07/1977, o Supremo foi autorizado a indicar em seu Regimento Interno as causas que seriam julgadas, com base no dispositivo constitucional então vigente que regulava o cabimento do recurso extraordinário.

De acordo com a redação dada pela Emenda Regimental nº 02, de 04 de dezembro de 1985¹⁵⁰, o artigo 327 estabelecia a competência privativa da Corte de examinar a arguição de relevância da questão federal, assim compreendida, aquela que, *“pelos reflexos da ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”*.

A arguição de relevância deveria ser demonstrada pela parte Recorrente em capítulo destacado na petição do recurso extraordinário e seria apreciada pelo Supremo nos autos originais do processo caso o juízo de admissibilidade na origem restasse positivo. Caso

¹⁵⁰ Disponível em <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_integral.pdf> . Acesso em 12/11/2022.

contrário, a questão deveria ser novamente suscitada nas razões do agravo do despacho denegatório.

A despeito da preocupação do legislador constituinte com o processamento do volume de recursos distribuídos ao Supremo já naquela época, a exigência da arguição de relevância foi muito criticada, pois a filtragem realizada pela Corte poderia levar a critérios absolutamente discricionários.

A Constituição de 1988 aboliu a arguição de relevância e, somente em 2004, trouxe a repercussão geral como requisito semelhante de admissibilidade específico ao recurso extraordinário.

Dentre as distinções existentes entre a arguição de relevância e a repercussão geral, Osmar Mendes Paixão Côrrea¹⁵¹ pontua que a primeira estava inserida em um sistema em que a regra seria o não exame, cabendo inclusive à Suprema Corte indicar as causas que seriam julgadas, enquanto na repercussão geral acontece o contrário, sendo a regra a apreciação do recurso, somente podendo ser afastada a repercussão geral por dois terços dos seus membros.

No entanto, assim como a arguição de relevância, os critérios para o reconhecimento da repercussão geral são demasiadamente vagos, relacionados, como se verá mais adiante, à demonstração de que a questão constitucional é relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

No que se refere à exigência de quórum qualificado de dois terços dos membros da Corte, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado no sentido de que a sua observância é obrigatória apenas para concluir pela inexistência de repercussão geral, caso tenha sido conhecido o caráter constitucional da controvérsia. Neste sentido, aliás, é a redação do §1º do artigo 324 do Regimento Interno da Corte, ao prever que “somente será analisada a repercussão geral da questão se a maioria absoluta dos ministros reconhecer a existência da

¹⁵¹ CÔRTEES, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 123.

matéria constitucional” (conforme redação dada pela Emenda Regimental nº 54, de 1º de julho de 2020).

Pode parecer um tanto óbvia a prejudicialidade entre a questão constitucional e a repercussão geral, especialmente porque a repercussão geral deve ser demonstrada em relação à questão suscitada pela parte, e não ao recurso em si mesmo considerado.

Neste sentido, se restar reconhecido o caráter infraconstitucional da discussão, por maioria simples, ter-se-ia por prejudicada a análise da repercussão geral, pois, reitere-se, está atrelada precisamente à questão constitucional.

Indo além, contudo, a Suprema Corte proferiu julgamento recente consignando que a ausência de matéria constitucional, ainda que reconhecida por maioria simples, poderia autorizar o reconhecimento expresso pelo Tribunal da inexistência de repercussão geral da matéria, independente do quórum qualificado.

Tal posição foi a adotada por ocasião do recente julgamento dos embargos de declaração opostos em face de acórdão proferido no RE nº 611.505/SC, que, em votação realizada através do Plenário Virtual realizada em 2021, decidiu por maioria simples pela (i) ausência de matéria constitucional e (ii) inexistência de repercussão geral, no tocante à incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador nos primeiros quinze dias de auxílio-doença.

Por meio dos aclaratórios, a União (Fazenda Nacional) alegou a existência de erro material no acórdão, porquanto deixou de constar a existência da repercussão geral da controvérsia tendo em vista a vocação o quórum de 08 (oito) votos para a sua rejeição.

O Ministro Edson Fachin, relator do recurso, votou pelo acolhimento dos embargos para reconhecer a repercussão geral da matéria por ausência de maioria qualificada em sentido contrário, tendo em vista que no plenário virtual 4 (quatro) ministros manifestaram-se expressamente pela ausência de repercussão geral, 3 (três) ministros votaram favoráveis à sua existência e 3 (três) não se manifestaram, não sendo possível computar, estes últimos, como contrários à repercussão geral.

Sendo acompanhado apenas pelo Ministro Marco Aurélio, o relator foi vencido por maioria, prevalecendo a rejeição dos embargos com a indicação como relatora para a redação do acórdão da Ministra Cármen Lúcia, do qual se extrai a ementa a seguir transcrita:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. VALORES PAGOS PELO EMPREGADOR AO EMPREGADO NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DE AUXÍLIO-DOENÇA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NATUREZA INFRACONSTITUCIONAL DA MATÉRIA ASSENTADA POR ESTE SUPREMO TRIBUNAL. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA REJEIÇÃO DA REPERCUSSÃO GERAL. INAPLICABILIDADE DO QUÓRUM QUALIFICADO DO § 3º DO ART. 102 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O quórum qualificado previsto no § 3º do art. 102 da Constituição da República respeita às hipóteses de inexistência de repercussão geral, isto é, quando este Supremo Tribunal entende que determinada controvérsia constitucional não preenche os requisitos de relevância ou transcendência. 2. Situação diversa é aquela em que o Supremo Tribunal Federal manifesta-se pela ausência de questão constitucional no recurso extraordinário e assenta, no caso, incidirem os efeitos da inexistência de repercussão geral. Não há, então, análise da repercussão geral da matéria, pois o recurso extraordinário sequer trata de questão constitucional. 3. Embargos de declaração rejeitados.(RE 611505 ED, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-297 DIVULG 18-12-2020 PUBLIC 07-01-2021).”

Em seu voto, a Ministra defendeu que à luz da interpretação literal do artigo 102, §3º da Constituição Federal, seria possível afirmar que a admissibilidade recursal dependeria da demonstração da “repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”, de modo que, o exame da existência ou da inexistência da questão constitucional do recurso extraordinário seria logicamente antecedente à análise da repercussão geral. Assim, “Constatando-se que o recurso trata de matéria infraconstitucional ou de ofensa indireta à norma constitucional, sequer se pode cogitar de apreciação da repercussão geral”.

Neste sentido, seria possível concluir pela desnecessidade de quórum qualificado para consignar expressamente a ausência da repercussão geral de matéria que sequer se refere à afronta constitucional. É o que já constava inclusive no Regimento Interno da Corte, especificamente no §2º do citado artigo 324, com redação dada pela Emenda Regimental nº 65, de 1º de julho de 2020, o qual exige, em contrapartida a maioria absoluta dos ministros, nos seguintes termos: “A decisão da maioria absoluta dos ministros no sentido da natureza infraconstitucional da matéria terá os mesmos efeitos da ausência de repercussão geral,

autorizando a negativa de seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”.

Em vista dos votos proferidos e considerando que, naquele caso, havia apenas maioria simples, nos parece que são dois os cenários possíveis: o primeiro, o de que o reconhecimento do caráter infraconstitucional da questão controvertida tornaria prejudicada a análise da repercussão geral, implicando na ausência de qualquer juízo expresso sobre o tema. A segunda, que acabou por prevalecer, seria a de que, por força da relação de prejudicialidade entre a matéria infraconstitucional e a repercussão geral, poderia se entender, independente de quórum qualificado, pela inexistência desta última, aplicando os desdobramentos próprios da declaração pelo tribunal de ausência de repercussão geral.

A primeira opção, embora não tenha sido a adotada majoritariamente pela Corte, parece ser a que melhor se adequa ao texto constitucional, segundo o qual o reconhecimento da inexistência de repercussão geral depende da votação por quórum qualificado de seus membros.

Entender pela ausência de questão constitucional implica, em verdade, na falta de competência da Suprema Corte para julgar a matéria posta pela via extraordinária, sequer havendo que se falar na análise da repercussão geral e, menos ainda, na aplicação das restrições impostas pela sistemática processual. Não é demais reforçar que, diversamente da arguição de relevância, a regra posta pela EC nº 45/04 é a de que o recurso extraordinário seja admitido em razão da repercussão geral, a ser demonstrada pela recorrente, mas que somente poderá ser afastada por votação de dois terços dos membros do Tribunal.

A instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade recursal e a busca pela preservação da competência constitucional do Supremo reflete, como ressalta Taís Schilling Ferraz, uma mudança substancial no sistema de controle difuso:

"Foi criado um inédito regime de processamento de recursos e de geração de efeitos sobre as ações individuais fundadas em idêntica questão constitucional, provocando mudanças substanciais no sistema de controle difuso de constitucionalidade e exigindo profunda adaptação nos modelos até

então adotados, não apenas no STF, mas também nas instâncias recursais ordinária e especiais".¹⁵²

Ainda que a repercussão geral tenha a finalidade de atuar como um filtro recursal, tendente a minimizar o volume de recursos perante o Supremo e evitar a manifestação da Corte em cada caso individual em um mesmo sentido, é tida por parte da doutrina como elemento de “objetivação” do recurso extraordinário, ou seja, de uma aproximação do controle do ordenamento jurídico em detrimento do simples atendimento do interesse subjetivo das partes.

Em voto proferido no AgRg na Sentença Estrangeira 5.206 em 2001, o Ministro Sepúlveda Pertence, um dos precursores da “objetivação” ou “abstração” do controle difuso, defendeu a adoção gradual desta linha pela Suprema Corte, o que se coaduna com a sua atuação como órgão de cúpula do Poder Judiciário:

"Detentor do monopólio do controle direto e, também, como órgão de cúpula do Judiciário, titular da palavra definitiva sobre a validade das normas no controle incidente, em ambos os papéis, o Supremo Tribunal há de ter em vista o melhor cumprimento da missão precípua de 'guarda da Constituição', que a Lei Fundamental explicitamente lhe confiou. Ainda que a controvérsia lhe chegue pelas vias recursais do controle difuso, expurgar da ordem jurídica a lei inconstitucional ou consagrar-lhe definitivamente a constitucionalidade contestada são tarefas de essências da Corte, no interesse maior da efetividade da Constituição, cuja realização não se deve subordinar à estrita necessidade, para o julgamento de uma determinada causa, de solver a questão constitucional nela adequadamente contida. (...) a realização da função jurisdicional, para o Supremo Tribunal, é um meio mais que um fim: no sistema de controle *incidenter* em especial no recurso extraordinário, o interesse particular dos litigantes, como na cassação é usado 'como elemento propulsor posto a serviço de interesse público', que é aqui a guarda da Constituição, para a qual o Tribunal existe"¹⁵³.

O fenômeno da objetivação do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal tem se consolidado por meio da sistemática de julgamento de recursos repetitivos, embasado no primado da segurança jurídica:

"Em síntese, dentro do controle constitucionalidade, o controle difuso se aproxima do concentrado. E fora, o procedimento recursal (movido pelo subjetivismo) vai-se objetivando em nome de razões de segurança e da

¹⁵² FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 131.

¹⁵³ SE 5206 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

necessidade de os tribunais exercerem os seus papéis constitucionais de primarem pelo respeito à Constituição Federal e à legislação. O que a parte traz no seu recurso e o que ela quer (desistindo) importam menos do que a necessidade de exercício dos papéis constitucionais das Cortes.

Isso deixa claro a tendência atual de os Tribunais Superiores concentrarem-se mais no julgamento de teses importantes e, depois, se ocuparem de fiscalizar a observância do que já decidido, ao invés de continuarem julgando caso a caso, atendendo ao princípio dispositivo (subjetivismo)"¹⁵⁴.

Georges Abboud traça algumas críticas sobre os riscos da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, o qual poderá causar graves prejuízos simbólicos por passar a visão de que os Tribunais Superiores teriam apenas a função constitucional de fixar teses jurídicas.

Sem deixar de reconhecer a função mais seletiva e especializada desempenhada por estes órgãos, o autor ressalta a função jurisdicional plena que a Constituição lhes outorga, resolvendo lides concretas e protegendo direitos subjetivos dos particulares. Por isso considera que, ao julgar o recurso extraordinário, o Supremo profere dois juízos: o de cassação e o de revisão, cabendo, neste último, a resolução da lide concreta que lhe foi submetida por meio do extraordinário.

Haveria um desacerto na minimização da função constitucional da Corte Suprema sob o fundamento de que esta deveria uniformizar o entendimento sobre questões constitucionais, o que seria óbvio, entretanto, isto não descarta a competência que a própria Magna Carta atribui-lhe de decidir lides, inclusive por outros mecanismos além do recurso extraordinário.

“A ideia de que a atuação dos Tribunais estaria reduzida apenas a uma função objetiva não encontra respaldo no texto constitucional. Nem mesmo mediante emenda constitucional seria possível transformar o STF e o STJ em tribunais que julgam questões exclusivamente de natureza objetiva, uma vez que, mesmo com a alteração da CF 102 e 105, ainda assim não estaria autorizado tal entendimento. Isso ocorre porque somente seria possível afirmar que o STF e o STJ são tribunais de natureza jurisdicional exclusivamente objetiva, se fossem suprimidos do texto constitucional todos os *writs* constitucionais

¹⁵⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 30.

previstos na CF 5º, tais como: mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*"¹⁵⁵.

O caso concreto inclusive é que daria a riqueza factual necessária à adequada tutela judicial aos direitos fundamentais, ao controle do ordenamento jurídico e dos dispositivos constitucionais, interpretados à luz de uma lide subjetiva. Afastar tal relevante função desempenhada pela Corte seria reduzir o próprio acesso ao direito de ação e à tutela jurisdicional aos particulares, tolhendo-lhes de afastar afronta havida concretamente à Constituição Federal.

As sensíveis e relevantes críticas traçadas pelo autor demandam reflexão acerca da função do Supremo Tribunal Federal que desempenha, simultaneamente, a competência para realizar o controle de constitucionalidade abstrato, por meio dos mecanismos instrumentais concentrados, e o controle concreto, revendo decisões judiciais proferidas em única e última instância em afronta à Constituição Federal, pela via difusa, caso a caso.

Ainda que a instituição da repercussão geral possa refletir, em certa medida, essa “objetivação” do recurso extraordinário ao impor que a lide supere o interesse subjetivo das partes, não se pode perder de vista que o recurso extraordinário é interposto, necessariamente, em uma demanda individual, estando a ela atrelada.

4.2.2. O julgamento do recurso extraordinário pela sistemática da "repercussão geral": artigos 543-A e 543-B do CPC/73

De acordo com a redação dada ao §3º do artigo 102 pela Emenda Constitucional nº 45/2004, cabe ao legislador ordinário definir a repercussão geral e o seu processamento.

O instituto foi regulamentado pela primeira vez pela Lei nº 11.418/2006 a qual inseriu ao Código de Processo Civil de 1973 os artigos 543-A e 543-B, dedicando o primeiro para traçar os elementos da repercussão geral e a sua apreciação pela Corte, e, o segundo, para

¹⁵⁵ ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1112.

estabelecer uma nova sistemática de julgamento envolvendo a multiplicidade de recursos extraordinários, com repercussão geral, versando sobre o mesmo tema.

De acordo com os artigos 4º e 5º da citada lei de 2006, as alterações legislativas passariam a produzir efeitos em relação aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência, sendo de sessenta dias a *vacatio legis*. No entanto, como o legislador ordinário outorgou a regulamentação de parte do processamento da repercussão geral ao Regimento Interno do Supremo, somente com a publicação da Emenda Regimental nº 21, no dia 03 de maio de 2017, é que se deu o marco normativo temporal das modificações legislativas.

Neste sentido foi a posição da Suprema Corte ao analisar, por meio da Questão de Ordem suscitada no AI-QO 664.576/RS¹⁵⁶, a exigência de demonstração, na petição do recurso

¹⁵⁶ STF, “I. Questão de ordem. Recurso extraordinário, em matéria criminal e a exigência constitucional da repercussão geral. 1. O requisito constitucional da repercussão geral (CF, art. 102, § 3º, red. EC 45/2004), com a regulamentação da L. 11.418/06 e as normas regimentais necessárias à sua execução, aplica-se aos recursos extraordinários em geral, e, em consequência, às causas criminais. 2. Os recursos ordinários criminais de um modo geral, e, em particular o recurso extraordinário criminal e o agravo de instrumento da decisão que obsta o seu processamento, possuem um regime jurídico dotado de certas peculiaridades - referentes a requisitos formais ligados a prazos, formas de intimação e outros - que, no entanto, não afetam substancialmente a disciplina constitucional reservada a todos os recursos extraordinários (CF, art. 102, III). 3. A partir da EC 45, de 30 de dezembro de 2004 - que incluiu o § 3º no art. 102 da Constituição -, passou a integrar o núcleo comum da disciplina constitucional do recurso extraordinário a exigência da repercussão geral da questão constitucional. 4. Não tem maior relevo a circunstância de a L. 11.418/06, que regulamentou esse dispositivo, ter alterado apenas texto do Código de Processo Civil, tendo em vista o caráter geral das normas nele inseridas. 5. Cuida-se de situação substancialmente diversa entre a L. 11.418/06 e a L. 8.950/94 que, quando editada, estava em vigor norma anterior que cuidava dos recursos extraordinários em geral, qual seja a L. 8.038/90, donde não haver óbice, na espécie, à aplicação subsidiária ou por analogia do Código de Processo Civil. 6. Nem há falar em uma imanente repercussão geral de todo recurso extraordinário em matéria criminal, porque em jogo, de regra, a liberdade de locomoção: o RE busca preservar a autoridade e a uniformidade da inteligência da Constituição, o que se reforça com a necessidade de repercussão geral das questões constitucionais nele versadas, assim entendidas aquelas que “ultrapassem os interesses subjetivos da causa” (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 1º, incluído pela L. 11.418/06). 7. Para obviar a ameaça ou lesão à liberdade de locomoção - por remotas que sejam -, há sempre a garantia constitucional do habeas corpus (CF, art. 5º, LXVIII). II. Recurso extraordinário: repercussão geral: juízo de admissibilidade: competência. 1. Inclui-se no âmbito do juízo de admissibilidade - seja na origem, seja no Supremo Tribunal - verificar se o recorrente, em preliminar do recurso extraordinário, desenvolveu fundamentação especificamente voltada para a demonstração, no caso concreto, da existência de repercussão geral (C.Pr.Civil, art. 543-A, § 2º; RISTF, art. 327). 2. Cuida-se de requisito formal, ônus do recorrente, que, se dele não se desincumbir, impede a análise da efetiva existência da repercussão geral, esta sim sujeita “à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal” (Art. 543-A, § 2º). III. Recurso extraordinário: exigência de demonstração, na petição do RE, da repercussão geral da questão constitucional: termo inicial. 1. A determinação expressa de aplicação da L. 11.418/06 (art. 4º) aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência não significa a sua plena eficácia. Tanto que ficou a cargo do Supremo Tribunal Federal a tarefa de estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias à execução da mesma lei (art. 3º). 2. As alterações regimentais, imprescindíveis à execução da L. 11.418/06, somente entraram em vigor no dia 03.05.07 - data da publicação da Emenda Regimental nº 21, de 30.04.2007. 3. No artigo 327 do RISTF foi inserida norma específica tratando da necessidade da preliminar sobre a repercussão geral, ficando estabelecida a possibilidade de, no Supremo Tribunal, a Presidência ou o Relator

extraordinário, da repercussão geral, concluindo pela sua aplicabilidade apenas aos acórdãos publicados a partir de 03 de maio de 2007, ou seja, da regulamentação do instituto pelo Regimento Interno do Tribunal.

A fim de demonstrar a repercussão geral, caberia à parte recorrente explicitar em que medida a questão constitucional controvertida seria relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ultrapassando os limites subjetivos da causa.

Diante da vaguidade dos elementos necessários ao reconhecimento da repercussão geral, atribuiu-se à parte recorrente o esforço argumentativo para demonstrar que a questão constitucional por esta suscitada transcende os limites subjetivos e possui relevância econômica, política, social ou jurídica. A despeito de o legislador ter se utilizado do conectivo alternativo “ou”, a prática impõe que sejam enfrentadas todas as perspectivas indicadas por lei, seja pelo recorrente, seja pela decisão que afasta ou que reconhece a repercussão geral.

A necessidade de que a matéria controvertida ultrapasse os limites subjetivos da causa - refletindo a já mencionada “objetivação” do recurso extraordinário - tem sido vista como ponto imprescindível ao reconhecimento da repercussão geral de determinada controvérsia.

Em alinhamento com as críticas traçadas à tendência de objetivar o recurso, Georges Abboud¹⁵⁷ alerta também para o risco de que todos os recursos que tratem de direitos fundamentais possam ser excluídos da esfera de análise da Corte, por se exigir do recorrente a demonstração de que a solução a ser dada à questão constitucional controvertida servirá como paradigma para a resolução de diversos outros casos semelhantes.

sorteado negarem seguimento aos recursos que não apresentem aquela preliminar, que deve ser "formal e fundamentada". 4. Assim sendo, a exigência da demonstração formal e fundamentada, no recurso extraordinário, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas só incide quando a intimação do acórdão recorrido tenha ocorrido a partir de 03 de maio de 2007, data da publicação da Emenda Regimental n. 21, de 30 de abril de 2007. (AI 664567 QO, Relator(a): MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00037 EMENT VOL-02288-04 PP-00777 RTJ VOL-00202-01 PP-00396 RDDP n. 55, 2007, p. 174 RMP n. 34, 2009, p. 259-279).

¹⁵⁷ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1098.

Isto porque, as decisões judiciais que impliquem em violação de direito fundamental estão, em regra, atreladas às peculiaridades do caso concreto, de modo que nem sempre se repetirão. Assim, o autor defende que a repercussão geral em caso de alegação de afronta à direito fundamental deve ser tida como presumida, conclusão esta imprescindível para que o Supremo Tribunal Federal, em sua condição de órgão máximo do Judiciário e guardião da Constituição possa, e deva, assegurar a tutela desses direitos.

Até porque, no entender do autor, impor que a questão constitucional possa servir de paradigma para a solução de casos futuros como critério imprescindível ao reconhecimento da repercussão geral, seria na prática o mesmo que transformar todo recurso extraordinário em repetitivo, a despeito de nem todo recurso ter potencialidade de ser repetitivo.

Contudo, sob a vigência do Diploma Processual de 1973, o legislador trouxe expressamente como hipótese de presunção de repercussão geral somente os casos em que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

Nos demais casos, caberia à parte demonstrar em preliminar do recurso a repercussão geral da questão constitucional para, então, esta ser submetida à apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo dispensada a remessa ao Plenário do Tribunal caso quatro Ministros da Turma votassem a favor do preenchimento do requisito constitucional.

Em contrapartida, negada a repercussão geral por decisão irrecorrível, o entendimento do Supremo deveria ser aplicado em todos os recursos sobre matéria idêntica, os quais seriam passíveis de indeferimento liminar, exceto se houvesse a revisão da tese (art. 543-A, §5º, CPC/73).

A complementação dos regramentos para processamento da repercussão geral coube ao Regimento Interno do Tribunal o qual, nos termos da Emenda nº 24, de 20/05/2008, previa que caberia ao Presidente indeferir de plano os recursos apresentados com ausência de preliminar formal e de fundamentação referente à repercussão geral da matéria suscitada, bem como, aqueles cuja questão a Corte já houvesse afastado a repercussão geral.

Superada essa fase, o feito era distribuído ao Relator a quem caberia elaborar manifestação favorável ou contra a repercussão geral, disponibilizando-a eletronicamente aos

demais julgadores para votação no prazo comum de vinte dias, após o qual, sem manifestações suficientes para afastar o requisito constitucional, seria reputada como existente a repercussão geral.

O relator poderá admitir a participação de terceiros no exame da repercussão geral, a fim de que contribuam para o amadurecimento e aprofundamento da discussão, tendo em vista inclusive a aptidão do julgamento de repercutir em outros casos.

Ao comentar a sistemática da repercussão geral e a sua regulamentação pelo Código de Civil de 1973 e pelo Regimento Interno então vigente, Humberto Theodoro Júnior destaca a finalidade do instituto de reduzir o excessivo volume de recursos a cargo do Supremo, não tendo como objetivo principal e imediato os extraordinários interpostos de maneira isolada, um por um. Para o autor, o que o legislador pretendeu atacar foi precisamente as causas seriadas repetidas em inúmeros e sucessivos processos, afastando a necessidade de que a Corte se debruçasse, um a um, para julgar o mesmo caso.

E assim conclui, quanto a exigência da repercussão geral em processos isolados que não envolvam repetitividade, que “na verdade não reduz o número de processos no STF, porque, de uma forma ou de outra, teria aquela Corte de enfrentar todos os recursos para decidir sobre a ausência do novo requisito de conhecimento do extraordinário”¹⁵⁸.

O grande mecanismo para enfrentar os processos que envolvessem multiplicidade de recursos, sobre a mesma matéria, foi regulamentado pelo artigo 543-B, observando o seguinte procedimento:

(i) verificada a multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, deverá ser apreciada pelo órgão competente a repercussão geral;

(ii) caberá ao tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal, sobrestando os demais até pronunciamento definitivo da Corte;

¹⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 53. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 683.

(iii) negando-se a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados serão automaticamente inadmitidos;

(iv) julgado o mérito, no entanto, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou poderão retratar-se.

Publicados os acórdãos proferidos sob a sistemática da repercussão geral e do recurso repetitivo, a aplicação da orientação fixada pelos Tribunais estava adstrita aos casos sobrestados, atuando como verdadeiro fator orientador aos demais julgamentos. É por isso que alguns doutrinadores afirmam que, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, estes julgamentos eram detentores de eficácia persuasiva, atuando como fator relevante na formação do livre convencimento motivado do julgador.

5. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPETITIVO E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

5.1. É possível falar-se em precedente no "Civil Law"?

Atento à vaguidade que acomete o termo “precedente”, José Renato Camilotti bem anota que a sua utilização na linguagem jurídica se dá de forma indistinta, sendo utilizada tanto no âmbito contencioso administrativo como no judicial. Buscando a raiz do termo, o autor destaca o elemento cronológico que o compõe.

“Destaca-se o elemento óbvio cronológico. *Precedente* é um adjetivo oriundo da língua latina (*praecedens, praecedentis*) que significa ‘que precede’. O verbo *preceder*, de mesma origem (*praecedere*), significa estar diante de, anteceder, chegar antes de, existir antes de, suceder ou ocorrer antes de, anteceder. Uma decisão anterior que potencialmente pode exercer influência sobre a uma decisão posterior.”¹⁵⁹

O precedente judicial, neste sentido, diz respeito à uma decisão original, ou seja, sem que haja outra semelhante que a antecede, detentora de potencial projeção em casos futuros. Essa projeção no sistema jurídico pode se dar de duas maneiras, tornando o precedente persuasivo ou vinculante/obrigatório.

José Renato Camilotti considera ainda que esta classificação está atrelada à própria natureza jurídica do precedente, embora não desconheça a posição da doutrina que utiliza a mesma denominação mas sob a perspectiva dos efeitos do precedente, no entanto, conclui inexistir significativa mudança no resultado da conclusão.

Tanto para um como para o outro, o *discriminem* está atrelado à liberdade e capacidade que detém o julgador para produzir a linguagem jurídica à solução do caso concreto que, ao menos em tese, possui semelhança fática ou normativa em relação ao precedente.

¹⁵⁹ CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática na aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. São Paulo: Noeses, 2018. p. 68.

Em se tratando de precedente persuasivo, há uma maior liberdade do julgador, o qual poderá ou não adotar as fundamentações utilizadas na decisão anterior, de modo que, se o fizer, é por simpatizar com os argumentos utilizados aderindo voluntariamente àquele posicionamento.

Neste contexto, o precedente atua na formação do livre convencimento do julgador, podendo ser suscitado pelas partes objetivando influenciar a motivação a ser adotada pelo magistrado.

Já no precedente vinculante não há essa liberdade, sendo impositiva a adoção das mesmas razões de decidir na hipótese de se identificar a semelhança fática e normativa entre os dois casos.

Se diz similitude fática e normativa, tendo em vista que a razão nuclear da decisão pode ser uma situação fática, traduzida em fatos jurídicos processuais, adotados como elementos centrais de justificação decisória, ou circunstâncias normativas, através da apresentação de teses jurídicas centradas em normas jurídicas¹⁶⁰.

Todas as decisões jurídicas serão necessariamente compostas pelas narrativas fáticas e jurídicas, no entanto, pode haver a predominância de um elemento de fundamentação sobre o outro.

A observação compulsória do precedente é “a pedra de toque de um sistema jurídico que adote a vinculação dos precedentes como uma das balizas de seu sistema de decisão”¹⁶¹, e está amparada em um presumido acerto premente da decisão adotada pelo julgador, devendo prevalecer a mesma fundamentação ao solucionar lide semelhante.

¹⁶⁰ CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática na aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. São Paulo: Noeses, 2018. p. 70.
Ibidem, p. 76.

Victor Vasconcelos Miranda¹⁶² conceitua precedente como a decisão que fixa uma norma jurídica, que, por sua vez, deverá ser adotada em casos idênticos, admitindo a bifurcação deste conceito em dois sentidos.

O primeiro, refere-se ao precedente em sentido próprio, assim considerado como a decisão judicial adotada em determinado caso concreto, cujo elemento normativo - denominado *ratio decidendi* - atua como diretriz para julgamento de casos futuros. O segundo, diz respeito ao precedente em sentido impróprio, equivalente à própria norma jurídica vinculante e aplicável aos casos subsequentes, criada pela decisão judicial.

Como tivemos a oportunidade de mencionar, a Emenda Constituição nº 45/2004 inseriu ao texto constitucional certos dispositivos tendentes à reforma do Poder Judiciário, objetivando, inclusive, solucionar “a crise do recurso extraordinário”, que a despeito da criação de um novo Tribunal Superior como desmembramento de competência, manteve-se ao longo do tempo com alto acervo recursal.

Dentre as modificações realizadas, foi instituído o requisito de admissibilidade específico do recurso extraordinário que é a repercussão geral, passando o processamento do recurso a estar atrelado à demonstração preliminar da relevância da questão constitucional do ponto de vista político, jurídico, social e econômico, superando o interesse subjetivo das partes.

Com o advento da Lei nº 11.418/2006, que originariamente regulamentou o instituto, foi criada uma sistemática de julgamento para os recursos extraordinário cuja matéria controvertida representasse multiplicidade recursal, ou seja, para as discussões que reiteradamente eram submetidas ao crivo da Corte.

A fim de evitar que o Tribunal se manifestasse individualmente em cada recurso, no mesmo sentido já decidido, é que criou-se o “rito da repercussão geral”, brevemente analisado no tópico antecedente, em que haveria (i) o sobrestamento de recursos extraordinários versando sobre a mesma matéria, até o julgamento do recurso paradigma; (ii) se afastada a

¹⁶² MIRANDA, Victor Vasconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2022. p. 21.

repercussão geral, os recursos seriam inadmitidos na origem; e (iii) se declarada a repercussão geral, haveria o enfrentamento do mérito, o que seria aplicado nos casos sobrestados.

Juntamente com a repercussão geral, a Emenda Constitucional nº 45/2004 institui a súmula vinculante, de competência do Supremo Tribunal Federal, podendo ser editada de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, e após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional. A partir da publicação, a súmula terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal (artigo 103-A, da CF/88).

Tais alterações constitucionais foram encaradas por parcela da doutrina como os primeiros passos para a uma sistemática de precedentes, mediante a valorização de provimentos jurisdicionais provenientes da Suprema Corte e a sua adoção em casos semelhantes.

O ápice da adoção de um sistema de precedentes se deu com o advento do Diploma Processual Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), o qual trouxe expressamente em seu artigo 926, o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

O artigo 927, por conseguinte, trouxe o rol de provimentos judiciais cuja observância passou a ser obrigatória pelos juízes e tribunais. É o que se conclui da redação empregada pelo legislador:

“Art. 927. O juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§1º. Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§2º. A alteração da tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§3º. Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§4º. A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§5º. Os tribunais darão publicidade a seus precedentes organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

Com exceção dos incisos I e II, cuja vinculação já estava expressamente prevista pela Magna Carta, foi atribuído aos demais pronunciamentos provenientes do Poder Judiciário verdadeira eficácia vinculante. Não só pela redação do *caput* do citado artigo, mas também pelas modificações impostas ao processamento de ação que tratar de matéria que tenha sido objeto de uma das hipóteses elencadas pelo artigo 927.

O reconhecimento da eficácia vinculante, contudo, não se deu - e ainda não se dá - de forma tranquila na doutrina, cabendo citar o comentário traçado por José Rogério Cruz e Tucci sobre o dispositivo em questão:

"Ademais, salta aos olhos o lamentável equívoco constante desse dispositivo, que impõe aos magistrados de forma cogente - "os tribunais observarão" -, submissão aos mencionados pronunciamentos, como se todos aqueles arrolados tivessem a mesma força vinculante vertical. É evidente que os acórdãos proferidos nos incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, nos julgamentos de recursos extraordinários e especial repetitivos, as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, e ainda, a orientação do plenário ou do órgão especial dos

tribunais aos quais estiverem subordinados os julgadores, à luz do regime constitucional vigente, *não* ostentam força vinculante"¹⁶³.

Ponto importante colocado por essa parcela da doutrina, que chega a questionar a constitucionalidade da sistemática de precedentes, é se haveria espaço em nosso ordenamento jurídico, em que vigora o “Civil Law”, para a valorização das decisões judiciais, em detrimento do direito positivo.

Deve-se ter em vista, primeiramente, que a adoção de certo “precedente”, assim estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, não se dá de forma natural e voluntária, mas por imposição da própria lei.

"Não se trata de aplicar os precedentes da Corte de mais alta hierarquia por lhes reconhecer a natural autoridade e legitimidade, proveniente de suas atribuições constitucionais e da experiência. Trata-se de aplicá-los por imposição legal".¹⁶⁴

Diz-se, com isto, que em nosso ordenamento não há o reconhecimento gradual e natural do precedente, mas, há a regulamentação de todo o *iter procedimental* que deverá ser observado para que certo julgamento possa produzir um “precedente”, assim como, dos efeitos que produzirá a publicação do acórdão em casos sobrestados e lides futuras.

Ademais, não nos parece que haveria a valorização dos pronunciamentos judiciais em detrimento do direito positivo, ao menos não poderia havê-lo sem afronta à Constituição. À luz da corrente doutrinária que tem direcionado o presente estudo, o texto do direito posto não contém, em si mesmo considerado, o sentido posto a ser encontrado pelo intérprete, mas deve ser construído, perpassando os quatro planos do percurso gerador de sentido.

Assim, partindo-se dos enunciados prescritivos soltos, inseridos ao ordenamento pelo Poder Legislativo, é que o intérprete construirá a norma jurídica, atribuindo-lhes sentido e

¹⁶³ TUCCI, José Rogério Cruz e. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil* - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 30.

¹⁶⁴ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 75.

estruturando as proposições jurídicas na fórmula hipotético-condicional, objetivando com isto compreender o sentido completo do deôntico.

Como tivemos a oportunidade de considerar no capítulo 3 do presente trabalho, a atividade interpretativa é inesgotável e imprescindível, não havendo que se falar em uma interpretação autêntica, como pretendia Carlos Maximiliano, por força da autoridade que a produziu.

A utilização da expressão “interpretação autêntica” somente se justifica como uma distinção entre aquelas produzidas por linguagem competente, assim prevista pelo próprio ordenamento, e que prevalece frente às demais interpretações possíveis.

Assim, ainda que se admita a inauguração a partir de 2015 da sistemática de precedentes em sistema, não há que se falar no distanciamento do texto legal, especialmente em matérias como a que nos dedicamos, o direito tributário, em que vigora o princípio da estrita legalidade.

O que nos parece existir, é a instituição de mecanismos para a produção da “interpretação autêntica” sobre determinada controvérsia, ou seja, aquela que deve prevalecer em casos semelhantes, a fim de se resguardar os primados da segurança jurídica e da isonomia.

Dentre as hipóteses elencadas no rol do artigo 927, cabe notar que não há uniformidade no uso das técnicas por este adotadas e nem de suas aplicações ao longo do Código de Processo Civil, o que, inclusive, justifica a classificação adotada por Teresa Arruda Alvim da “vinculação forte” e “vinculação fraca”, a depender de o descumprimento do pronunciamento jurisdicional autorizar - ou não - o emprego da reclamação constitucional.

Por força do recorte metodológico adotado, nos dedicaremos à aprofundar a sistemática de julgamento e os efeitos do acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo pelo Supremo Tribunal Federal.

5.1.1. A função dos Tribunais Superiores: funções clássicas e funções contemporâneas

Antes de adentrar propriamente no *iter procedimental* e na vinculação do acórdão proferido em recurso extraordinário pelo Supremo Tribunal Federal, cabe pontuar as principais características das funções desempenhadas pelos Tribunais Superiores, classificadas pela doutrina como clássicas e contemporâneas, não por uma questão cronológica, mas em razão da evolução histórica do papel destes Tribunais.

As funções clássicas referem-se àquelas atribuições fundamentais desempenhadas ao longo da história, e que, de certo modo, ainda o são pelos tribunais de cúpula através da competência recursal¹⁶⁵.

A função nomofilática é aquela própria dos Tribunais de cassação da França e da Itália, em que a tutela está voltada exclusivamente à ordem jurídica e ao controle de validade e legalidade da decisão, ou seja, se o órgão julgador observou e aplicou corretamente a lei, anulando o julgamento em caso negativo.

Neste contexto, o exame do interesse das partes postos em juízo, fundada na perspectiva fática da aplicação do direito, seria realizado apenas com a devolução dos autos ao órgão inferior, prolator da decisão considerada nula, a quem caberá proferir um novo julgamento aplicando a interpretação e a conclusão do Tribunal de Cassação.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas ressaltam dois problemas decorrentes de uma função que busca tutelar exclusivamente questões jurídicas. O primeiro decorre da impossibilidade de uma separação, rigorosa e absoluta, entre questões de fato e de direito, apontada pelos autores, concluindo que há, na verdade, a predominância de um em relação ao outro, sem se perder de vista a relevância dos fatos para o deslinde do caso concreto.

¹⁶⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 308.

O segundo está atrelado à crise do positivismo jurídico, em que passou a ser questionado o objeto desta tutela, para alcançar não somente a lei, em sentido estrito, mas voltada a preocupação da unidade do direito, sopesando os demais elementos que compõem o ordenamento como a própria jurisprudência.

Daí porque as modernas correntes adotam a nomenclatura "*nomofilaquia dialética ou tendencial*", atribuindo à essa expressão a persecução da unidade do *direito*, e não mais da *lei*¹⁶⁶, com a adoção de processo dialético que permita aferir, dentre as múltiplas interpretações possíveis, aquela que melhor se adeque à solução da lide.

Esta percepção parece ir ao encontro da visão que temos de norma jurídica em sentido amplo e norma jurídica em sentido estrito, bem como, do ordenamento jurídico como sistema comunicacional composto por normas jurídicas, e não somente pelo texto positivo da lei.

Prosseguindo, tem-se a função uniformizadora como aquela fundada essencialmente nos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade, primados caros à Constituição Federal, especialmente em matérias como o direito tributário, ao primar pela uniformidade da aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência.

Assim, os recursos atuam como verdadeiros mecanismos de uniformização da jurisprudência nacional, submetendo ao exame do Tribunal de Cúpula se as regras de direito material e processual foram bem aplicadas, impondo-lhe o dever de fixar a interpretação, sob o viés constitucional ou da legislação federal, que deverá prevalecer.

As funções contemporâneas, por conseguinte, dividem-se em dikeógica e paradigmática, e são assim nomeadas por terem se revelado na dinâmica atuação dos Tribunais ao longo do tempo, ainda que não tivessem sido originariamente planejadas pelos mentores de

¹⁶⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. ***Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16***. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 309.

dois grandes modelos de tribunais de cúpula - o da Corte Suprema dos EUA e da Corte de Cassação da França.

De origem grega, *dike* significa "justiça" e *lógiko*, "relativo à razão", a função dikelógica refere-se à busca da justiça na resolução do caso concreto através da correta aplicação do direito. Para os defensores de uma corrente mais tradicional, essa função teria um papel secundário, pois a função essencial seria a de preservar o direito objetivo.

Por fim, a função paradigmática, também chamada persuasiva, é exercida de forma bastante distinta entre os modelos do *civil law* e do *common law*, atinente à obrigatoriedade de se observar, em julgamentos futuros, as decisões proferidas pelos Tribunais de Cúpula.

Sendo a fonte primária do *civil law* o direito objetivo, embora possam existir determinadas situações em que o legislador atribui eficácia vinculante às decisões dos tribunais superiores, esta não é a regra.

Diversamente se dá no sistema do *common law*, em que a regra é *lex non scripta*, servindo os julgamentos dos Tribunais Superiores como vetores de orientação de julgamentos futuros, trazendo maior estabilidade e segurança jurídica. Atualmente são duas as correntes presentes nos países anglo-saxões que explicam a doutrina do precedente: *estrita* e *atenuada*¹⁶⁷.

De acordo com a corrente *estrita*, o juiz do futuro está obrigado a observar a decisão do tribunal, ainda que a considere errada. Já para a *atenuada*, o julgador deve, de alguma forma, ter em conta as considerações das decisões anteriores sobre a mesma controvérsia, exceto se considerá-las erradas o bastante para afastar a presunção inicial e examinar livremente a questão.

Cumprido notar que, no cenário atual, há uma tendência mundial de ruptura dos esquemas jurídicos clássicos, a exemplo da tendência dos países de *common law* de escrituração

¹⁶⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 319.

de suas leis¹⁶⁸, e, dos de *civil law*, de paulatinamente adotar a eficácia vinculante a determinados julgamentos, especialmente aqueles provenientes dos Tribunais Superiores.

Retomando nosso olhar para a função historicamente desempenhada pela Suprema Corte, identificamos a incorporação de importantes traços do *writ of error* norte-americano atinente à preservação da supremacia da lei e a unidade, típicas do modelo federativo, com limitação ao reexame de fatos e provas, e certa prevalência para a solução de questões de direito.

Nesta senda, com a reforma constitucional de 1926, foram inseridas ao texto da Constituição de 1981 mais duas hipóteses de cabimento do recurso: para a uniformização da interpretação ou mais Tribunais Locais em matéria de legislação federal e para recurso *ex officio* com caráter facultativo

Com o advento da Constituição Federal vigente, diante da necessidade de repartir o volume de demandas provenientes dos mais diversos ramos do direito federal, aplicado tribunais estaduais e federais, foi criado o Superior Tribunal de Justiça a quem compete, pela via do recurso especial, realizar o controle da legalidade na esfera federal e uniformizar a jurisprudência em matéria infraconstitucional.

O desmembramento de competências e a criação de um novo Tribunal, contudo, não se mostrou suficiente para resolver a crise do Judiciário. Em contextos como o de “processos em massa”, em que um expressivo número de ações enfrenta a mesma problemática (fática e jurídica), e cuja apreciação pelos Tribunais Regionais Federais ou Estaduais levam a resultados por vezes diametralmente opostos, a insuficiência da atuação dos Tribunais Superiores é ainda mais gritante.

Neste cenário, como visto, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, foram inseridos os artigos 543-B e 543-C os quais previam o julgamento de recurso extraordinário sob a sistemática da repercussão geral, e o recurso especial representativo da controvérsia, a fim de resolver a multiplicidade de recursos versando sobre a mesma controvérsia. Assim, a orientação firmada pelos Tribunais Superiores ao julgar a lide concreta

¹⁶⁸ Exemplo disso são o *Civil Procedure Act* (de 1997) e a *Rules of procedure* (de 1998) da Inglaterra.

à luz da legislação federal e/ou da Constituição deveria ser aplicada aos casos sobrestados, e, para os casos futuros, serviria como elemento de persuasão, atuando diretamente no livre convencimento motivado do julgador.

Se, desde a sua criação, já era clara a relevância da atuação da Suprema Corte, repercutindo os julgamentos em ações futuras como orientador jurisprudencial, superando, ao menos potencialmente, a causa concreta, esta realidade tornou-se ainda mais patente diante das modificações inseridas pelo Código de Processo Civil de 2015, ao atribuir verdadeira eficácia vinculante aos acórdãos proferidos em julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos.

Em vista do atual cenário legislativo, Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁶⁹ reconhece a tríplice função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça: a função nomofilácia, ao zelar pela higidez técnico-jurídica do ordenamento; a função dikelógica, quanto à preservação da justiça das decisões; e a paradigmática, frente à produção de padrões exegéticos para solução igualitária de controvérsias repetidas.

Em que pese o autor não mencione expressamente a função uniformizadora, nos parece claro que os Tribunais Superiores igualmente a desempenham em nosso ordenamento, tendo em vista que, ao estabelecer padrões decisórios, interpretativos do direito positivo, acabam por uniformizar a interpretação que deve prevalecer em detrimento das outras, possíveis, formuladas por outros juízes e tribunais.

Ao tratar da função desempenhada pelo Supremo através do recurso extraordinário, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, defendem o exercício simultâneo de juízos de cassação e de revisão, independente da sistemática de recursos repetitivos:

“O sistema brasileiro dos recursos excepcionais (RE, REsp e RR) confere dupla competência recursal ao tribunal *ad quem* (STF, STJ e TST), que tem *simultaneamente* competência para proferir os juízos de cassação e de revisão.

Isso significa que o tribunal superiores analisará, num primeiro momento, a regularidade da decisão judicial recorrida, proferindo *juízo de cassação*. Caso

¹⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella. **Comentários ao Código de Processo Civil** - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 490.

a decisão recorrida esteja incorreta, o tribunal superior dará provimento ao recurso e *cassará* a referida decisão porque, v.g., ofendeu a CF (RE e RR) ou negou vigente à lei federal (REsp e RR). Somente depois de haver dado provimento ao recurso excepcional, cassando a decisão judicial recorrida, é que o tribunal superior analisará, num segundo momento, o direito posto em causa, proferindo juízo de revisão, rejugando a causa”¹⁷⁰.

Neste mesmo sentido, Georges Abboud ressalta o processamento do recurso extraordinário em dois juízos: por meio do juízo de cassação, o Supremo apenas controla a higidez do acórdão ou decisão de última ou única instância objeto de recurso, cassando, ou seja, anulando a decisão recorrida; o juízo de revisão, por conseguinte, refere-se à competência recursal do tribunal, oportunidade em que este revê o julgamento dos tribunais superiores.

Afirma, inclusive, com base no artigo 1.034 do Código de Processo Civil de 2015, que no juízo de revisão o tribunal superior poderá ingressar livremente no exame da prova constante dos autos, funcionando como verdadeiro tribunal de apelação, “(...) pode o tribunal superior examinar pela primeira vez as questões de ordem pública, que devem ser examinadas em qualquer grau *ordinário* de jurisdição, circunstância que decorre do *efeito translativo* dos recursos”¹⁷¹.

A posição adotada pelo autor é coerente com as críticas por ele traçadas à “objetivação” do recurso extraordinário e à função do Supremo Tribunal Federal como um tribunal de tese”, que tivemos a oportunidade de tratar, no entanto, não tem sido esta a posição que vem prevalecendo perante a Suprema Corte.

Cabe lembrar o disposto no enunciado sumular nº 279/STF, que expressamente veda o reexame de provas em sede de recurso extraordinário, reexame este que não se confunde com a reavaliação das provas, à luz do *quantum* julgado pelo tribunal ou juízo de origem.

José Ricardo Camilotti pondera que, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve uma mitigação do papel de corte de apelação com a qual convivía a Suprema Corte através do recurso extraordinário. Tanto é que o acesso à Corte pela via do extraordinário

¹⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 2154.

¹⁷¹ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1089.

passou a ser condicionada à prévia demonstração da existência de um interesse da sociedade no deslinde da ação individual.

Passou a se restringir o acesso à Suprema Corte apenas à assuntos de relevo, outorgando-lhe definitivamente “a missão aglutinadora que lhe cabe, de unificar a hermenêutica das normas do sistema jurídico pátrio, pela via das decisões produzidas em casos concretos cuja amplitude de matéria evoque manifestação da Suprema Corte”¹⁷², manifestação esta que deverá ecoar, no entender do autor, ante todos os quadrantes do Poder Judiciário.

Especificamente quanto ao julgamento de recursos repetitivos, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas afirmam que haveria a obtenção de uma tutela pluri-individual, que representa um fortalecimento da função nomofilática do recurso-piloto e o fracionamento do exame de dois interesses: o interesse público, por um lado, e o interesse dos recorrentes.

"Partindo-se da premissa de que o recurso-piloto transporta à corte superior o interesse público, consistente na definição da questão de direito que se repete em uma multiplicidade de casos idênticos, e também o interesse estritamente individual do recorrente, consistente em reformar o acórdão recorrido e aplicar o direito à espécie, o enquadramento teórico mais adequado aponta para o reconhecimento dessa realidade, ou seja, *a existência do fracionamento*. Segue-se necessária distinção entre o julgamento da questão de direito e sua aplicação posterior ao caso concreto".¹⁷³

O julgamento de recursos repetitivos, neste cenário, seria composto por duas partes independentes. A primeira diz respeito à definição, em abstrato, da questão predominantemente de direito subjacente ao conflito, resultando na emissão de um comando normativo com eficácia vinculante aos processos sobrestados e julgamentos futuros sobre a mesma questão.

Já na segunda, caberá ao próprio colegiado aplicar ao recurso-piloto a interpretação fixada, em lugar de devolver o feito ao tribunal de origem para juízo de retratação. É o que

¹⁷² CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática na aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. São Paulo: Noeses, 2018. p. 203.

¹⁷³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 348.

abordaremos com maior profundidade ao analisar o processamento do recurso extraordinário repetitivo.

5.1.2. A constitucionalidade da sistemática de precedentes: breves considerações sobre o que diz a doutrina

Como pudemos notar até aqui, a aceitação da eficácia vinculante do acórdão proferido em recurso extraordinário em relação ao Poder Judiciário não é questão tranquila na doutrina, estando a divergência em sua aceitação e no reconhecimento de sua constitucionalidade relacionada (i) ao modelo jurídico vigente em nosso ordenamento (“Civil Law”), (ii) à repartição de poderes e a função típica desempenhada pelo Poder Legislativo de criar o direito, pelo Poder Executivo de executá-lo e do Poder Judiciário de interpretá-lo para solucionar o caso concreto; (iii) à função da Suprema Corte desempenhada por meio do recurso extraordinário e (iv) à autorização constitucional para edição de pronunciamento vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Por muito tempo, atribuiu-se aos modelos jurídicos vigentes a classificação em “Civil Law” e “Common Law”, compreendendo, o primeiro, os ordenamentos jurídicos que adotaram a lei como mecanismo único apto a regulamentar as relações intersubjetivas.

Sob essa perspectiva, o direito posto deveria exaurir, o máximo que fosse possível, a previsão dos eventos colhidos da realidade social a fim de regulamentá-los, estabelecendo os efeitos jurídicos provenientes da sua ocorrência.

Já os sistemas compreendidos pelo “Common Law”, o texto positivo estaria restrito a certos regramentos fundamentais, de forma não exaustiva, de modo a dar valor ao direito costumeiro, ou seja, embasado nos costumes de determinada sociedade.

O exercício da função jurisdicional, como é de se esperar, se dava - e ainda se dá - de forma muito distinta no “Civil Law” e no “Common Law”, mormente porque, enquanto no primeiro seria inconcebível ao juiz “criar” o direito, devendo tão somente aplicar a lei posta a fim de solucionar o caso concreto, no segundo, o juiz é, precisamente, quem pode criar a regra que servirá de embasamento para a interpretação e solução de casos futuros.

"Em modelos assentados sobre as bases do *common law*, como no direito americano, uma das funções mais relevantes do Judiciário sempre foi o de servir como contrapeso ao Poder Legislativo e a posição dos juízes revelou-se politicamente mais expressiva em termos históricos.

No sistema dos países do *civil law*, a absoluta separação de poderes negava ao juiz qualquer papel criador, a partir da concepção que já muito se reconhece utópica, de que seria possível a prolação de decisões puramente racionais, de que o juiz seria capaz de se desligar de seu espaço cultural e de que o ordenamento legal traria resposta para todo e qualquer conflito"¹⁷⁴

O chamado precedente do “Common Law” refere-se ao julgamento de um caso paradigmático pelo Poder Judiciário - em regra, pelas Cortes Superiores - a partir do qual se estabelecerá um regramento de ordem geral, e que atuará como indicador de solução para litígios supervenientes.

A adoção do precedente pelos julgadores “do futuro”, se dá de forma voluntária, pela adesão ao posicionamento firmado pelo Tribunal, seja por força da sua condição de Tribunal Superior, seja pela concordância com o regramento por este formulado.

Em contrapartida, no “Civil Law”, diante da percepção do julgador como mero aplicador da literalidade da lei, por influência da visão decorrente da Revolução Francesa que encarava o juiz com grande desconfiança, é que parece ser inconcebível a formação de um precedente.

É este, aliás, o caso do ordenamento jurídico brasileiro, em que se adotou a forma do Estado Democrático de Direito, tendo a Magna Carta outorgado somente à lei a aptidão de regular as relações intersubjetivas, modalizando as condutas prescritas como obrigatória, permitida ou proibida.

Isto porque, o Poder Legislativo, a quem compete - tipicamente - produzir enunciados normativos inaugurais de natureza geral e abstrata, é composto por representantes

¹⁷⁴ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.

eleitos pelo povo e que expressam, em decorrência disso, a vontade e os valores que são caros à determinada sociedade.

Neste cenário, caberia ao Poder Judiciário tão somente extrair o sentido e alcance contido no texto da lei, positivado pelo Legislativo, a fim de solucionar conflitos e estabilizar as relações estabelecidas socialmente, tornando secundária a função desempenhada de controle de validade repressivo das normas jurídicas vigentes.

Embora essa repartição de funções pareça, em um primeiro momento, bastante exata, a visão do juiz como mero aplicador da lei esbarra em importante questionamento - seria possível, de fato, extrair da literalidade da lei exatamente o sentido almejado pelo Legislador?

Tal dúvida ganha ainda maior relevância diante da complexidade que envolve a comunicação, os ruídos possíveis - em especial a vaguidade e a amplitude - e o próprio volume de normas válidas, vigentes e eficazes, em todo o território nacional, e que podem inclusive mostrar-se conflitantes, surtindo dúvidas quanto ao seu real alcance.

Consoante os ensinamentos da Escola do Construtivismo Lógico Semântico, tem-se a distinção entre a lei (texto posto) e a norma, sendo esta última o resultado do processo de interpretação para a construção do sentido do texto, o que torna inconcebível a ideia de extração de sentido pela literalidade da lei.

Resgatando, por conseguinte, os quatro planos do percurso gerador de sentido, tem-se o texto da lei como o suporte físico, equivale dizer, como o ponto de partida do processo interpretativo que culminará na norma jurídica em sentido estrito, estruturando os enunciados prescritivos na forma hipotético condicional, de modo a construir o sentido deôntico completo posto pelo Legislativo.

A possibilidade de atribuir-se mais de um sentido ao texto da lei pode ser aferido com certa facilidade por aqueles que manuseiam o direito posto, seja na função de advogado, seja na de julgador. É bastante possível que um mesmo patrono, atuando em lides envolvendo questões de direito idênticas, tenha se deparado com resultados diametralmente opostos a depender da sorte - ou da sua falta - na distribuição do processo para esta ou para aquela vara.

Ainda mais grave é o deparar-se com posicionamentos conflitantes produzidos por um mesmo Tribunal, especialmente ao tratar dos Tribunais Superiores, que em curto espaço de tempo, e sem qualquer modificação legislativa ou social que justifique a superação da interpretação firmada, venha, sem qualquer aviso, a modificar o seu entendimento.

Tal cenário beira ao ápice da insegurança jurídica e da desigualdade, tolhendo os sujeitos de antever as consequências de suas ações juridicamente, esvaziando a previsibilidade mínima que se espera do direito. Em lugar de regulamentar e estabilizar as relações sociais, a multiplicidade provimento jurisdicionais conflitantes acaba por fomentar o ambiente de instabilidade.

O contexto jurídico brasileiro envolve elementos que potencializam a complexidade da solução desta problemática: o volume de processos, a quantidade de normas, a extensão do território e a necessidade de isonomia na interpretação e aplicação da lei.

Especificamente em matéria de controle de constitucionalidade, a possibilidade de controle difuso vem a confirmar a gravidade do cenário de provimentos conflitantes, sendo possível que, ao mesmo tempo, em determinado caso a norma seja considerada constitucional e, em outro, inconstitucional, beneficiando ou prejudicando a parte.

A via do Recurso Extraordinário se mostra mecanismo processual - de natureza recursal - através do qual o Supremo Tribunal Federal, a quem compete dar a última palavra em questões Constitucionais, atue de modo a consolidar, pela via difusa, a constitucionalidade de certa norma questionada diante de caso concreto. Apesar da relevante função desempenhada pela Corte pela via do Extraordinário, a quantidade de recursos reflete problema, que embora não seja novo, suscita diversos esforços para viabilizar a boa atuação do Supremo.

Nos parece que a eficácia obrigatória atribuída aos julgamentos repetitivos vai ao encontro do relevante papel que desempenham os órgãos de cúpula no ordenamento jurídico, porquanto detentores do dever de estabelecer a uniformização da jurisprudência e a interpretação que deve prevalecer em matéria constitucional, que bem atesta a função da Suprema Corte de guardião da Constituição, e infraconstitucional federal, desempenhada pelo Superior Tribunal de Justiça desde 1988.

Não obstante, ressalte-se que com o advento do Código de Processo Civil de 2015, muito se discutiu, e ainda se discute, acerca da constitucionalidade do “microssistema de formação de precedentes”, cuja observância passou a ser obrigatória, seja por previsão expressa contida no art. 927, seja por força dos mecanismos criados pelo próprio sistema processual para impedir o julgamento em sentido distinto ao fixado pelos Tribunais Superiores.

A relevante preocupação da parcela da doutrina que considera inconstitucional a atribuição de eficácia vinculante aos acórdãos proferidos em recursos especial e extraordinário repetitivo, traz à tona a própria separação de poderes e funções constitucionalmente atribuídas a eles.

“Trata-se de comando que considera esses preceitos como *abstratos* e de *caráter geral*, vale dizer, com as mesmas características de lei. Resta analisar se o Poder Judiciário tem autorização constitucional para legislar, fora do caso da *Súmula Vinculante do STF* [...]. O objetivo almejado pelo CPC 927 necessita ser autorizado pela CF. Como não houve modificação na CF para propiciar ao Judiciário legislar, como não se obedeceu o devido processo, não se pode afirmar a legitimidade desse instituto previsto no texto comentado”¹⁷⁵.

Como destacam os professores Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, a Constituição Federal teria outorgado ao Supremo Tribunal Federal a competência de editar preceitos abstratos e de caráter geral - que compreenderia a função típica de legislar, atribuída ao Poder Legislativo - tão somente quanto a edição de súmulas vinculantes.

As súmulas vinculantes, vale lembrar, são enunciados editados pelo Supremo em conformidade com o disposto pelo artigo 103-A da Constituição, e poderão ser propostas de ofício ou por provocação, aprovadas por decisão de dois terços dos seus membros.

Diversamente do que se dá para o julgamento de recurso extraordinário repetitivo, no caso da súmula vinculante, pressupõe-se a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, envolvendo, por conseguinte, o amadurecimento da discussão ao longo do tempo.

¹⁷⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 1963.

Poderão ter por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais há controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, de modo que, após publicadas na imprensa oficial, vincularão em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Além da repartição de competências entre os Poderes, a inconstitucionalidade da eficácia vinculante atribuída aos acórdãos proferidos em recurso extraordinário repetitivo, defendida também por Lênio Streck e Georges Abboud, decorre da imposição de obstáculos ao acesso dos indivíduos aos Tribunais Superiores. Assim, em lugar de melhorar o acesso à justiça, haveria a restrição da via recursal a depender da relevância que exceda a lide entre as partes.

A forte oposição que se manifesta ao movimento de “objetivação” do Recurso Extraordinário encontra-se, ainda, amparada pela natureza recursal da via estando portanto vinculado ao interesse recursal subjetivo das partes e aos limites da lide. No entanto, a Suprema Corte tem admitido a ampliação do debate posto, seja pela afetação de outros recursos sobre o tema, seja pela participação de terceiros, a fim de abranger o maior número de casos e elementos fáticos e jurídicos para o amadurecimento da discussão.

“No regime da repercussão geral, é necessária uma releitura do efeito devolutivo, tradicionalmente informado, sob o aspecto da extensão, pela máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*, e que, se tratando de recurso extraordinário, sempre produziu resultados ainda mais restritivos, especialmente em decorrência do requisito do prequestionamento, construído no contexto de uma jurisprudência defensiva e reforçada ao longo dos anos”¹⁷⁶.

Para defensores dessa sistemática, tais instrumentos são essenciais à garantia dos princípios da legalidade, da isonomia e da segurança jurídica. Nesse contexto, tem-se como elementos a gritante disparidade presente nos provimentos jurisdicionais para casos idênticos, em afronta a confiabilidade da atuação do Judiciário, assim como, na caracterização de uma “loteria”, estando o acolhimento ou não do pleito relacionado à sorte da parte em ter seu

¹⁷⁶ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 201. p. 190.

processo submetido à apreciação deste ou daquele magistrado, revisto por este ou aquele componente do Tribunal, e assim por diante.

"O entendimento no sentido de que a criação de precedentes vinculantes seria inconstitucional desconsidera a gravidade da ofensa ao princípio da isonomia nas sociedades contemporâneas, em que são frequentes os litígios que envolvem *direitos de massa*. Essa circunstância faz toda diferença. Não se trata pura e simplesmente de A ter uma decisão diferente da de B a respeito do mesmo problema x. Trata-se, isto sim, de 500 pessoas sofrerem os efeitos da decisão y e de 200 outras pessoas terem de se submeter à decisão x - no caso de as 700 terem discutido em juízo exata e precisamente a mesma questão de direito. Não se tivesse criado a vinculatividade da tese adotada nos acórdãos dos recursos repetitivos, isso é o que poderia (como, em tese, pode à luz do CPC/73) acontecer. Essa situação gera a mais gritante das inconstitucionalidades: os jurisdicionados já nem sabem mais o que é o direito."¹⁷⁷

A falta de previsibilidade do direito é um fator agravante à alta complexidade que envolve a legislação tributária. Ainda que a Constituição Federal tenha se dedicado à repartir o feixe de competência e à dispor expressamente princípios constitucionais tributários, resguardando com isto os direitos e as garantias tanto do Estado como do particular, é significativa a quantidade de leis esparsas, instituidoras de tributo editada pelos respectivos Estados e Municípios, como pela própria União, além dos inúmeros deveres instrumentais impostos aos particulares a fim de facilitar a fiscalização e arrecadação tributária.

A arrecadação tributária impacta diretamente no patrimônio do sujeito ativo, assim eleito por lei, onerando-o de modo a contribuir com a arrecadação estatal e viabilizar o próprio funcionamento e a existência do Estado.

Além de afrontar diretamente a isonomia, admitir a coexistência em nosso sistema de decisões judiciais em matéria tributária conflitantes, onerando um contribuinte e desonerando outro, que teve a sorte de litigar perante certo juízo que interpretou a norma a seu favor, acaba por interferir diretamente do livre exercício da atividade econômica (artigo 170,

¹⁷⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores no Direito Brasileiro**. 3. ed. rev., aual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 282.

CF/88), causando, até mesmo, fator concorrencial favorável àquele que teve sorte. Tal cenário é inadmissível.

Precisamente em razão dos dispositivos constitucionais em matéria tributária vigentes, o que autoriza inclusive reconhecer a existência de um “direito tributário constitucional”, são inúmeras as discussões tributárias que pendem de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse passo, cabe notar que os litígios instaurados entre contribuintes e Fisco são típicos exemplos de questões constitucionais com potencial multiplicidade. Não é que toda discussão tributária seja repetitiva, mas tendo em conta que as lides tributárias envolvem comumente matérias cuja predominância é jurídica, atingindo a interpretação correta dos dispositivos constitucionais e legais, a constitucionalidade dos tributos instituídos, afrontas às garantias constitucionais, dentre outros, tem-se a sistemática de julgamento de recursos repetitivos como importante mecanismo processual tendentes a trazer maior previsibilidade e segurança jurídica aos envolvidos.

Nesta senda, ainda que não se desconheça a divergência doutrinária acerca da constitucionalidade da sistemática de precedentes, em especial, no que pertine à eficácia vinculante do acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, bem como, não se perca de vista a relevância de levar tal discussão ao âmbito acadêmica, o fato é que na esfera pragmática, atualmente a Suprema Corte tem se dedicado à firmar teses pelo rito do artigo 1.036 do Diploma Processual vigente, impondo a adoção de todas as medidas processualmente previstas que restringem e legitimam a aplicação obrigatória destes entendimentos para casos futuros.

Tendo em vista, portanto, que atualmente o próprio Supremo Tribunal, a quem compete ser guardião da Constituição Federal, tem admitido, afetado e julgado matérias constitucionais sob o rito da repercussão geral e do recurso extraordinário repetitivo, havendo cada uma maior aproximação entre o controle concentrado e o controle difuso, com a apreciação da constitucionalidade da norma de forma abstrata, é que se adota por pressuposto a constitucionalidade da sistema, passando-se, portanto, a considerar em que medida esta vinculação pode alcançar a Administração Pública no exercício da competência privativa de efetuar o lançamento tributário.

Passemos, antes disso, ao estudo do processamento do recurso extraordinário repetitivo, e a busca pela parcela vinculante do acórdão proferido pela Suprema Corte, de modo que, antes de analisar a vinculação da Administração, se possa ter em vista a que estaria ela vinculada.

5.2. Recurso Extraordinário Repetitivo: julgamento da lide ou fixação de tese?

Ainda que não seja tranquila a aceitação doutrinária acerca da eficácia vinculante do acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo pelo Supremo Tribunal Federal, é notório o crescimento da relevância desta sistemática de julgamento no cenário atual, especialmente no que se refere às controvérsias envolvendo o ramo do direito tributário.

Espera-se que, cada vez mais, o instrumento possa se mostrar realmente efetivo para alcançar a desejada segurança jurídica e previsibilidade do direito, como idealizado pelo legislador, servindo como diretriz segura a orientar a conduta dos contribuintes e da própria Administração Pública.

Daniel Mitidiero¹⁷⁸, ao comentar a função desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, defende a importância do desprendimento da percepção da Corte como reativa e de simples controle de juridicidade das decisões recorridas, o que implicaria em dar destaque a casuística concreta em detrimento dos aspectos gerais que envolvem a interpretação do direito positivo e tudo aquilo que avança para além do caso examinado.

Em sentido contrário, deve-se ter a visão da Suprema Corte como uma Corte proativa e de adequada interpretação da Constituição Federal, figurando a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento dessa função, sendo o ponto de chegada a posição firmada pelo Tribunal.

Isto não significa renunciar o escopo do controle das decisões recorridas, mas o resultado que se espera não é propriamente a solução do caso concreto, mas a decisão a respeito

¹⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 110.

do significado do direito constitucional. Neste contexto é que se coloca se a atuação do Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário repetitivo almeja o julgamento da lide ou tão somente a fixação de uma tese.

5.2.1. Repercussão geral e o art. 1.035 do Código de Processo Civil

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, foram revogados todos os dispositivos do Diploma Processual de 1973, dentre os quais os artigos 543-A e 543-B que regulamentavam o instituto da repercussão geral.

Sem a pretensão de reanalisar o instituto, como fizemos no item “4.2.1. Repercussão geral e a EC 45/2004”, almejamos agora enfrentar como a repercussão geral encontra-se regulamentada, traçando as semelhanças e possíveis modificações.

Atualmente, a matéria passou a ser objeto do artigo 1.035 do Código vigente, que se passa a transcrever a seguir:

“Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada na repercussão geral, nos termos deste artigo.

§1º. Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questão relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.

§2º. O recorrente deverá demonstrar a existência da repercussão geral para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

§3º. Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:

I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;

II - (Revogado pela Lei nº 13.256, de 04/02/2016);

III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.

§4º. O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§5º. Reconhecida a repercussão geral, o relator do Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os

processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.

§6º. O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) para manifestar-se sobre o requerimento.

§7º. Da decisão de indeferir o requerimento referido no §6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno.

§8º. Negada a repercussão geral, o presidente ou vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.

§9º. O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§10. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 04/02/2016).

§11. A súmula de decisão sobre a repercussão geral, constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.”

A começar pelas semelhanças, o exame da repercussão geral permanece de competência exclusiva da Suprema Corte, que, por decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário diante da ausência da repercussão geral.

Embora o dispositivo não o diga expressamente, permanece o dever da parte recorrente de, em preliminar, demonstrar que a controvérsia se mostra relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos das partes.

A exigência de que o requisito seja tratado em preliminar se justifica diante da prejudicialidade ao conhecimento recursal, inclusive para análise de outros requisitos objetivos e subjetivos. Como tratado, apenas antecede o exame da repercussão geral o caráter constitucional da controvérsia - tendo em vista que a repercussão se refere precisamente à questão constitucional - bem como, poderá a parte interessada suscitar a intempestividade do recurso, tornando-o inadmissível de plano.

É o que bem anota Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁷⁹ ao afirmar que o resultado positivo da avaliação da repercussão geral é relativamente includente, por ser necessária mas não suficiente ao processamento do recurso, na medida em que não dispensa a avaliação dos demais pressupostos recursais objetivos, a exemplo do preparo, da adequação, da tempestividade, prequestionamento, o esgotamento das vias ordinárias, ou mesmo os pressupostos subjetivos, como o interesse recursal e a legitimidade.

Já a avaliação que resultar negativa, será absolutamente excludente, ficando desde logo o recurso inadmitido, sendo irrelevante a presença dos demais pressupostos de admissibilidade recursal.

Quanto à vaguidade dos parâmetros para a demonstração e avaliação da repercussão geral, o autor ressalta que esta não deve se dar apenas pela ótica quantitativa, equivale dizer, em relação à quantidades de sujeitos e demandas que potencialmente poderá atingir. Mas também, e principalmente, pela perspectiva qualitativa, correspondente à importância intrínseca da matéria como àquelas relacionadas a valores fundantes como os direitos humanos e outros de extração constitucional.

Vale aqui lembrar a posição de Georges Abboud ao demonstrar preocupação com o exame da repercussão geral nas hipóteses em que o recurso extraordinário visa combater violação à direito fundamental, muitas vezes decorrente das especificidades de um caso concreto, individualizado, o que poderia torná-lo inviável por força da exigência da transcendência do interesse subjetivo das partes recorrentes.

Neste cenário, a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso parece ir ao encontro desta ressalva, ao reforçar que a relevância da questão constitucional deve estar atrelada, em primeiro lugar, à importância intrínseca da própria matéria, verificando-se em um segundo momento, e se necessário for, o transbordamento da controvérsia para outros casos semelhantes.

Neste sentido, superar o interesse subjetivo das partes, como era previsto pela legislação anterior, e mantém na redação do Código vigente, deve ser interpretada para além da

¹⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil* - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 529.

quantificação de processos. Inclusive, note-se que a "multiplicidade de recursos" é pressuposto específico do rito processual de julgamento de recursos repetitivos, e não da repercussão geral.

Supera o interesse subjetivo das partes a apreciação pela Suprema Corte de qualquer afronta aos direitos fundamentais, função intrínseca ao seu dever de zelar pela Constituição Federal e pelos direitos ali garantidos, mais caros à dignidade do ser humano. Tal é a amplitude dos parâmetros trazidos pelo §1º do artigo 1.035, que comporta a referida interpretação.

E como já fazia a legislação anterior, trouxe o legislador a ampliação das hipóteses em que a repercussão geral será considerada como presumida e que atualmente são duas, em razão da revogação do inciso II do §3º do artigo 1.035 pela Lei nº 13.256/2016.

Permaneceu na redação atual a presunção em relação à recurso interposto em face de acórdão que contrarie súmula ou jurisprudência dominante, ao qual se acresceu o acórdão que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, que trata da reserva de plenário.

No entanto, a presunção não significa que o recorrente estaria dispensado de demonstrar a repercussão geral, cabendo-lhe em verdade comprovar o fato-base¹⁸⁰, ou seja, que o acórdão contrariou súmula ou jurisprudência dominante, citando-a, ou ainda, que houve o reconhecimento da inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal pelo acórdão recorrido.

O revogado inciso II tratava da presunção da repercussão geral do recurso extraordinário interposto em face de acórdão que tenha sido proferido em julgamento de casos repetitivos, assim compreendidos os acórdãos proferidos (i) em incidente de resolução de demandas repetitivas e (ii) nos recursos especial e extraordinário repetitivos.

A despeito da revogação legal, é certa a presunção em relação ao incidente de resolução de demandas repetitivas, por expressa previsão contida no §1º do artigo 987, que trata

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil* - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 533.

do cabimento de recurso especial e extraordinário no incidente, segundo o qual “O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral constitucional eventualmente discutida”.

Em Parecer sob o nº 135 elaborado pelo senador Blairo Maggi ao então PLC 180/2015, que originou a Lei nº 13.256/2016, opinou-se favoravelmente à proposta de revogação sob a justificativa de que haveria liberdade do Supremo Tribunal Federal para verificar se realmente o recurso extraordinário veicula matéria constitucional de grande relevância econômica, política, social ou jurídica, sendo insuficiente o mero fato de haver demandas repetitivas para caracterizar sua relevância.

A justificativa da revogação parece confirmar o papel secundário do critério quantitativo da repercussão geral, com a prevalência do critério qualitativo, cabendo à Suprema Corte avaliar a importância intrínseca da matéria alegada.

Neste processo de exame da repercussão geral, o §4º do artigo 1.035 adotou a idêntica redação do §6º do artigo 543-A do CPC anterior, para admitir ampla atuação de terceiros no exame da repercussão geral em conformidade com o Regimento Interno, o qual autoriza, por sua vez, a convocar pelo relator de audiência pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em relação à matéria em debate, sempre que entender necessário para o melhor esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato com repercussão geral ou interesse público relevante (artigo 21, inciso XVII, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 29/2009).

Diante da irrecurribilidade da decisão que nega a repercussão geral e a inadmissibilidade automática dos demais recursos versando sobre o mesmo tema, na tentativa de legitimar o procedimento da repercussão geral, optou-se pela possibilidade de participação de terceiros que venham a contribuir para o aprofundamento das especificidades que envolvem a demonstração da relevância da matéria constitucional controvertida.

Os interessados deverão requerer a habilitação como “amicus curiae”, nos termos previstos pelo artigo 138 do CPC/15, que poderá ou não ser autorizada pelo relator do recurso extraordinário por decisão igualmente irrecurível.

Reconhecida a repercussão geral, o relator determinará o sobrestamento dos processos pendentes, individuais e coletivos, em todo o território nacional, que versem sobre a mesma matéria, a fim de prevenir a prolação de decisões que possam ser distintas daquilo que vier a se decidir com o julgamento do mérito recursal.

Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas destacam a ausência de obrigatoriedade da observância da orientação pelos demais tribunais no sentido forte da expressão - assim compreendida a obrigatoriedade para a qual a lei impõe remédio específico para eventual desobediência - embora reconheçam que o único sentido da suspensão nacional seria exatamente que essa orientação fosse acatada.

Não obstante, de acordo com os autores, essa suspensão pode não ocorrer, especialmente ao considerar que nem todo recurso extraordinário gira em torno de questão repetitiva, em todo o país.

"Evidentemente, a suspensão não ocorre necessariamente, já que o recurso extraordinário nem sempre gira em torno de questões que se repetem em todo o País. O dispositivo foi concebido com o objetivo de alcançar situações em que se discutem direitos que sejam objeto de discussão em diversas ações em curso no País, não necessariamente de massa. Não se trata, aqui, de julgamento de recurso extraordinário no recurso dos repetitivos".¹⁸¹

Rodolfo de Camargo Mancuso¹⁸², de outro lado, defende a eficácia vinculante do acórdão de mérito sob a premissa, sob pena de se esvaziar o próprio sentido da expressão “repercussão geral”, ainda que não conste expressamente no rol do artigo 927, do CPC/15 e não seja cabível reclamação constitucional em face da decisão que descumprir a orientação firmada pelo Supremo.

De fato, a justificativa adotada por Bruno Dantas e por Teresa Arruda Alvim é coerente com a classificação por eles realizada quanto à eficácia obrigatória dos

¹⁸¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 412.

¹⁸² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella. *Comentários ao Código de Processo Civil* - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017. p. 538.

pronunciamentos judiciais explicitados nos incisos do artigo 927 em forte ou fraca, a depender do cabimento, ou não, da reclamação.

Todavia, cabe ressaltar que o artigo 1.030, inciso I, alínea “a”, do Código vigente, autoriza o não conhecimento do recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência da repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com o entendimento da Corte exarado no regime de repercussão geral.

Disso decorre a conclusão de que há efetivamente a produção de efeitos para além do caso subjetivo submetido ao julgamento da Corte, alcançando, a orientação firmada, os processos sobrestados e demandas futuras, propostas quando já firmada a posição em sede de repercussão geral.

5.2.2. Sistemática de julgamento do recurso extraordinário repetitivo

Sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, com as modificações realizadas pelas Leis nºs 11.418/2006 e 11.672/2008), existiam duas sistemáticas de julgamento distintas para o recurso extraordinário e para o recurso especial.

O artigo 543-B cuidou de regulamentar o julgamento do recurso especial sob a “sistemática da repercussão geral” que tratava dos efeitos extraprocessuais da orientação firmada pela Corte, seja ao afastar a repercussão geral da matéria constitucional, ensejando a inadmissibilidade dos demais recursos sobrestados, seja ao enfrentar o mérito firmando orientação a ser adotada nas demais demandas.

O artigo 543-C, por sua vez, tratava da sistemática de julgamento de “recurso especial repetitivo”, cujo processamento era bastante semelhante ao do recurso extraordinário, segundo o qual com a admissibilidade do recurso especial envolvendo a multiplicidade de recursos sobre a mesma questão de direito, haveria a suspensão dos demais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

O processamento do recurso especial poderia também contar com a participação de terceiros interessados para o amadurecimento e aprofundamento da controvérsia envolvendo a legislação infraconstitucional federal, especialmente tendo em vista que, com a publicação do

acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, seria retomado o julgamento dos recursos especiais sobrestados para (i) negar seguimento ao recurso interposto em face do acórdão que coincidir com a orientação firmada pelo Tribunal; ou (ii) o reexame pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação firmada.

Com o advento em 2015 do novo Código de Processo Civil, houve a unificação do rito de processamento e julgamento dos Recursos de natureza extraordinária repetitivos, mantendo, em parte, o *iter* procedimental previsto pelo diploma anterior, cabendo a sua regulamentação aos artigos 1.036 ao 1.041.

Pode surgir, deste contexto, uma dúvida quanto ao processamento unificado dos recursos considerando a exigência da repercussão geral para o recurso extraordinário, já que até então inexistia requisito semelhante para o recurso especial¹⁸³, além da regulamentação da repercussão geral e a aplicação da orientação firmada para casos semelhantes, nos termos do artigo 1.035, a que nos dedicamos no tópico antecedente.

Se há regramento específico para processamento da repercussão geral e os desdobramentos dos efeitos do *quantum* ali decidido, seja pela recusa da repercussão geral, com a inadmissibilidade dos demais recursos, seja com o enfrentamento do mérito e a aplicação nos casos suspensos e nas ações tratando da mesma questão, o que justificaria a criação de uma sistemática para julgamento de recurso extraordinário repetitivo, unificado ao recurso especial repetitivo?

Para resolver essa questão, é importante esclarecer, de plano, que a repercussão geral é requisito de admissibilidade de todo e qualquer recurso extraordinário, instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, para atuar como um “filtro” de relevância entre as matérias

¹⁸³ A Emenda Constitucional nº 125/2022 incluiu os §§2º e 3º ao artigo 105 da Constituição Federal, passando a exigir como requisito de admissibilidade a relevância das questões de direito federal infraconstitucional. A respeito, cite-se o §2º. “No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinado pelo tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de $\frac{2}{3}$ (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento”.

que merecem ser apreciadas pela Suprema Corte diante da função desempenhada pelo Tribunal e frente ao volume de recursos diariamente distribuídos e pendentes de julgamento.

O procedimento previsto pelo artigo 1.035, portanto, deve ser observado para todos os recursos extraordinário, somente sendo possível o seu julgamento quanto ao mérito se reconhecida a repercussão geral da matéria constitucional, etapa imprescindível ao exame recursal.

O rito de que trata artigo 1.036 e seguintes, por sua vez, será aplicável aos recursos que, além da repercussão geral, envolvam questões em “massa”, equivale dizer, matérias que potencial ou efetivamente estão presentes em múltiplos recursos e ações.

Sobre o tema, o Regimento Interno do STF assim dispõe em seu artigo 326-A:

“Art. 326-A. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido (*Incluído pela Emenda Regional n. 54, de 1º de julho de 2020*).

§1º. Caso os recursos representativos de controvérsia constitucional ou os feitos julgados no STJ sob a sistemática de recursos repetitivos não recebam proposta de afetação pelo Presidente e sejam distribuídos, poderá o relator proceder na forma do art. 326, *caput*, e parágrafos. (*Incluído pela Emenda Regional n. 54, de 1º de julho de 2020*).

§2º. A decisão proferida nos processos mencionados no §1º será comunicada à instância de origem e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, inclusive para os fins do art. 1.037, §1º, do Código de Processo Civil. (*Incluído pela Emenda Regional n. 54, de 1º de julho de 2020*).

A regulamentação dada pelo Regimento vem a confirmar a distinção entre as sistemáticas de repercussão geral e a de recursos extraordinário repetitivos, embora o processamento destes últimos dependa, necessariamente, do reconhecimento da repercussão geral da matéria em conformidade com a primeira, juntamente com a multiplicidade de recursos envolvendo o tema.

A confusão entre as duas sistemáticas decorre ainda da nomenclatura utilizada pela Suprema Corte para ambas, organizando o acervo dos temas de “repercussão geral” repetitivos

ou não como se fossem uma mesma realidade. Em decorrência disso, aliás, no aspecto pragmático é bastante comum a utilização da expressão “tese fixada em repercussão geral” ou “por meio do tema de repercussão geral nº (...)”, tanto pelos próprios Ministros como pelos Tribunais, juízes, advogados e estudiosos.

Não obstante, são inúmeros os casos em que a Suprema Corte expressamente determina a devolução dos autos à origem para aplicação do “tema de repercussão geral” nos moldes dos artigos 1.036 a 1.040 do CPC/15, os quais regulamentam os recursos extraordinários repetitivos, reforçando a confusão como se houvesse uma única sistemática.

É importante se ter em vista que existem duas sistemáticas distintas, sendo que apenas uma delas - recursos repetitivos - se encontra expressamente prevista no rol do artigo 927, e é passível de ensejar reclamação constitucional em caso de inobservância. Precisamente em razão dos diversos desdobramentos processuais próprios de cada sistemática, assim como, o pressuposto específico da multiplicidade para afetação pelo rito de julgamento de recurso extraordinário repetitivo, é que entendemos que seria recomendável ao Supremo diferenciá-los na organização de seu acervo e consignar expressamente a que rito será submetido aquele tema.

Busca-se, com isto, evitar que temas afetados somente pela sistemática de repercussão geral possam ser aplicados com as restrições e sistemáticas próprias do recurso extraordinário repetitivo quando multiplicidade de casos não há.

Para alguns autores, o processamento do recurso extraordinário repetitivo se assemelha mais a um julgamento por amostragem do que propriamente à formação de um precedente, como concebido pelos *common law*.

Sem a pretensão de reiterar tudo o que já foi dito quanto à distinção do precedente em nosso sistema daquele existente no direito estrangeiro, cabe mencionar as ponderações trazidas por Osmar Mendes Paixão Côrtes, ao citar a posição de Georges Abboud:

"Nessa linha, por fim, vale lembrar que as decisões em repetitivos não se confundem com os típicos precedentes do *common law*. Georges Abboud bem anota que a utilização de um precedente para solucionar um caso concreto “exige intensa interpretação e realização de contraditório entre as partes”. Por outro lado, a utilização da técnica dos recursos repetitivos dispensaria nova argumentação das partes, até mesmo porque o processo em que elas atuam

estaria sobrestado, aguardando definição da Corte Superior, para sofrer diretamente e imediatamente os efeitos da decisão paradigma"¹⁸⁴.

Em complementação, é por essa razão que o autor afirma que as decisões vinculantes, que bem refletem a objetivação dos Tribunais Superiores, são mais drásticas do que uma jurisprudência vinculante, ou mesmo que a própria súmula vinculante, já que em ambas há o amadurecimento maior de debates. Em contrapartida, as decisões vinculante podem ser tomadas a partir do julgamento de um único caso, passando a ser aplicável a uma multiplicidade de processos imediatamente, e até casos futuros, mediatemente.

De fato, a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal já nasce vinculante, por força de expressa previsão legal, o que impõe aos julgadores a adoção de mecanismos postos pelo próprio legislador para aumentar o amadurecimento e aprofundamento da discussão, com a ampla participação e contribuição de terceiros interessados e de audiências públicas.

A seleção dos recursos paradigmas é igualmente relevante neste contexto, impondo a busca por aqueles que tenham a maior amplitude de argumentos envolvendo a controvérsia, de modo a enriquecer o exame pela Suprema Corte das questões jurídicas que envolvem a controvérsia.

Taís Schilling Ferraz¹⁸⁵ bem anota o desafio do novo regime de controle difuso atrelado, em grande medida, à adequada seleção do recurso representativo de controvérsia constitucional que será apreciada, efetuada inicialmente pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal de origem, sem, contudo, vincular o relator no tribunal superior.

Desde 2007, sob a vigência da sistemática instituída pelo art. 543-B do CPC/73, todos os órgãos de origem passaram a remeter ao Supremo um número mínimo de recursos tratando do mesmo tema constitucional, aumentando o volume de casos candidatos a

¹⁸⁴ CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos*. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021. p. 120.

¹⁸⁵ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 201. p. 151.

representativos da controvérsia. Contudo, alguns tribunais não realizavam filtros de seleção, ensejando a remessa de quantidade expressiva de processos do que o necessário para deleção.

Com isto, a Suprema Corte adotou sistema próprio de seleção objetivando racionalizar tal procedimento, com o emprego de mecanismos para a classificação dos temas antes mesmo do seu encaminhamento ao exame da repercussão geral.

Exemplo disso é o “Projeto Victor”, iniciado no ano de 2017 durante a gestão da Ministra Cármen Lúcia na presidência da Corte, fruto de parceria firmada entre o Supremo e a Universidade de Brasília (UNB) com o objetivo de aplicar a inteligência artificial para resolver ou mitigar os desafios pertinentes a uma maior eficiência e celeridade processual, auxiliando especialmente na análise dos recursos extraordinários recebidos de todo o país, especialmente quanto a sua classificação em temas de repercussão geral de maior incidência¹⁸⁶.

De acordo com as informações disponibilizadas sobre a ferramenta no portal eletrônico do Tribunal Superior, o “Victor” não decide qualquer recurso, atuando apenas como um indicativo de que determinado tema da repercussão geral se aplica ao caso dos autos, sempre validado ou confirmado pelos ministros.

A afetação para julgamento de acordo com a sistemática dos Recursos Extraordinário e Especial repetitivos será cabível sempre que houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito (art. 1.036, *caput*) Mas, o que se entende por “questão de direito”?

Diante da dificuldade enfrentada pela doutrina ao tentar distinguir rigorosamente questão de fato e questão de direito, Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas¹⁸⁷ ponderam que, ao menos sob o aspecto ontológico, não seria possível realizar tal distinção.

¹⁸⁶ Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>>. Acesso em 19/11/2022.

¹⁸⁷ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 348.

Isto porque, o fenômeno direito se perfectibiliza no momento da incidência da norma, no mundo real, o que permite identificar a decisão judicial proveniente de um “movimento pendular” entre o mundo dos fatos e o das normas.

Desta forma, acertadamente, consideram como mais adequada a distinção entre questões cuja *predominância* será, por vezes, fática, e outras, jurídica:

"Todavia, se, de um lado, o fenômeno jurídico envolve necessariamente fato/direito, a nosso ver pode-se falar em *questões* que sejam *predominantemente* de fato e *predominantemente* de direito. Ou seja, o *fenômeno jurídico abrange fato e direito*, mas o problema (a questão) pode girar em torno do aspecto fático ou em torno do aspecto jurídico. Queremos com isso dizer que, embora indubitavelmente o fenômeno jurídico não ocorra senão diante de *fato* de *de norma*, o aspecto *problemático* desse fenômeno pode estar lá ou cá, assim como pode dizer respeito à subsunção".¹⁸⁸

Neste cenário, são dois os critérios que permitem a subdivisão das questões predominantemente fáticas e questões predominantemente jurídicas. O primeiro, de ordem ontológica ou substancial, refere-se à natureza, ao “ser” da problemática submetida ao Judiciário, e, a segunda, de caráter técnico-processual, decorre dos efeitos de possibilidade de reexame por meio de remédios de estrito direito, como é o caso dos Recursos Extraordinário e Especial.

Especificamente quanto à questão predominantemente jurídica, a despeito de existirem graus de predominância, tem-se como quase exclusivamente de direito a discussão que demanda que o raciocínio do juiz esteja direcionado a como deve ser entendido o texto normativo.

"No plano ontológico, devem-se admitir (tanto quanto no plano técnico-processual) *graus* de predominância do aspecto jurídico da questão. Ter-se-á, por exemplo, uma questão quase exclusivamente jurídica, se o *foco da atenção do raciocínio do juiz* estiver situado em *como* deve ser entendido o texto normativo, dado que estariam “resolvidos” os aspectos fáticos (que fatos ocorreram e *como* ocorreram) e o mecanismo de subsunção. Essas primeiras

¹⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 348.

etapas do raciocínio do aplicador da lei terão sido superadas e, agora, sua atenção se centra *na exata compreensão da regra de direito*".¹⁸⁹

Nos moldes do art. 1.037, caberá ao relator do Tribunal Superior *identificar com precisão a questão a ser submetida a julgamento*, ao proferir a decisão de afetação, por meio da qual poderá determinar, ainda, a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, no território nacional, que versem sobre essa mesma questão.

A “questão a ser submetida a julgamento” deve, necessariamente, estar atrelada à uma das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário constitucionalmente previstas pelo artigo 102, inciso III, sob pena de desnaturalizar a própria via processual eleita, ampliando demasiada e injustificadamente o seu cabimento. De acordo com o comando constitucional, o recurso extraordinário é cabível em face de decisão proferida em única ou última instância que (i) contrariar dispositivo da Constituição; (ii) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal; (iii) julgar válida lei ou ato de governo contestado em face da Constituição; e/ou (iv) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Infere-se, daí, que o recurso extraordinário se destina ao controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico, destinando-se à busca pela declaração de (in)constitucionalidade de determinada norma jurídica ou mesmo da construção da sua interpretação constitucional, elegendo aquela que deve prevalecer em detrimento das demais.

Autores como Taís Schilling Ferraz defendem que haveria no recurso extraordinário repetitivo “*causa pretendi aberta*”, uma vez que os julgamentos tornaram-se cada vez mais objetivos no âmbito do controle difuso, o que levaria à aceitação de que poderão ser conhecidos fundamentos, vinculados à questão constitucional, mas não necessariamente suscitados nos recursos paradigmas.

¹⁸⁹WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015) e a Lei 13.256/16*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 348.

Isto porque, para a autora, diante do processo de objetivação que vem sofrendo o recurso extraordinário e, portanto, o próprio controle difuso de constitucionalidade, “deve-se conceber, inclusive, a possibilidade de haver soluções em alguma medida independentes para um (recurso) e outro caso (questão constitucional)”¹⁹⁰.

De certa forma, a ampliação da participação inclusive de terceiros interessados no amadurecimento da controvérsia constitucional, parece ir ao encontro da ideia de abertura da causa de pedir objetivada pelo recurso extraordinário, o que se justificaria para o aprofundamento não dos limites da controvérsia posta, que deverá ser bem delimitada pela decisão de afetação, mas quanto à profundidade do seu exame.

Torna-se um tanto temerária, todavia, admitir a ilimitada amplitude da via recursal, como se já nem mesmo existisse um caso concreto objeto de análise, tornando-se, como abordaremos a frente, um simples pretexto para exame da constitucionalidade pela Suprema Corte.

Ainda à luz do art. 1.037, tem-se importante inovação trazida pelo Código de 2015, que autoriza o sobrestamento, não somente dos recursos pendentes de julgamento, como, também, daquelas demandas em curso na primeira instância. É o que se infere do inciso II do referido dispositivo, em que o Legislador autoriza o alcance do sobrestamento a “todos os processos pendentes, individuais ou coletivos”.

Exatamente por isso, optou-se por dar preferência aos julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos, para que seja concluído em um ano, evitando-se a imposição de obstáculos ao exercício do direito de ação, e consequente obtenção de tutela jurisdicional em tempo razoável.

Além disso, o legislador criou um incidente próprio para eventual questionamento da decisão de sobrestamento do feito, possibilitando que a parte, devidamente intimada da suspensão do processo, requeira a revogação deste provimento com o prosseguimento da tramitação, seja com o julgamento em primeira ou em segunda instância, seja com a remessa

¹⁹⁰ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

dos autos ao Tribunal Superior, desde que demonstrado que o caso versa sobre questão distinta da invocada para o sobrestamento, autorizando o seu exame como recurso singular pelo Supremo.

Após a oitiva da parte contrária o reexame da hipótese de suspensão será feito por ato do relator sujeito a agravo interno, se os autos estiverem no tribunal, ou do juiz, passível de agravo de instrumento, se estiverem em primeiro grau,

Antes da própria análise meritória do repetitivo (recurso representativo da controvérsia), como já mencionado, caberá o enfrentamento do requisito constitucional de admissibilidade relativo à repercussão geral, que, se afastada, ensejará o não conhecimento automático dos demais recursos processados na origem (art. 1.039, parágrafo único).

Positivo o juízo de admissibilidade e julgado o mérito da discussão, com a publicação do acórdão paradigma, são três os cenários possíveis: no primeiro, os Tribunais de segunda instância declararão prejudicados os demais recursos que versem sobre idêntica controvérsia, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; no segundo, se constatada desconformidade entre o acórdão e a tese jurisprudencial fixada, os autos serão remetidos ao órgão prolator para juízo de retratação; e, no último, os processos sobrestados em primeiro e segundo grau retomarão o seu curso para julgamento e aplicação da tese.

A realização de juízo de retratação criou certas complexidades na prática forense que não foram previstas de antemão pelo legislador ordinário e que pendem, por vezes, de um direcionamento adequado quanto aos possíveis mecanismos de impugnação.

Tendo em vista o objeto delimitado do presente estudo, não pretendemos aprofundar no exame de todos estes desdobramentos e, menos ainda, atribuir-lhes soluções. Mas apenas citar alguns dos que entendemos mais problemáticos à própria efetividade do sistema vinculante de recursos repetitivos.

O primeiro está atrelado ao juízo de retratação, que poderá ser positivo ou negativo, a depender do convencimento do órgão prolator da decisão quanto à concordância do posicionamento então firmado e a nova orientação dada pela Suprema Corte.

Imaginemos, o seguinte cenário. O sobrestamento do recurso extraordinário se deu na origem por ato do vice-presidente, até o julgamento definitivo do recurso extraordinário repetitivo eleito como representativo da controvérsia. Publicado o acórdão paradigma proferido pelo Supremo, é levantado o sobrestamento daquele caso individual com a remessa dos autos para a turma julgadora para eventual juízo de retratação.

Questiona-se: qual o limite do reexame pelo órgão do acórdão objeto de retratação positiva? Será autorizado o amplo exame das alegações e das provas à luz da tese jurisprudencial firmada pela Corte, ou estaria o órgão atrelado às conclusões então alcançadas? Nos parece que, se apenas a conclusão tiver que ser revista, o Tribunal *a quo* estaria atrelado às conclusão já traçadas, sob pena inclusive de violar o princípio da não-surpresa, inaugurando o exame de determinadas questões sem que seja oportunizada às partes a prévia manifestação.

Diversamente seria se, por força da tese vinculante, as conclusões então alcançadas estivessem prejudicadas, obrigando o Tribunal à análise alegações que não haviam sido enfrentadas, como se dá, por exemplo, se afastada preliminar de nulidade da decisão, ou acolhimento de preliminar de prescrição ou decadência.

Neste contexto, imaginemos ainda que o Tribunal de origem, realize juízo negativo de retratação, ou seja, mantenha a conclusão anteriormente adotada (pelo provimento ou desprovimento do recurso sob exame), porém, adotando novos fundamentos sob a justificativa de elucidar em que medida o acórdão anterior estaria de acordo com a tese vinculante.

De acordo com o CPC, o juízo de retratação negativo ensejaria o exame de admissibilidade recursal do extraordinário interposto antes do sobrestamento, pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal, que poderá negar-lhe seguimento por entender que o acórdão está de acordo com o repetitivo. A questão, contudo, é se seria oportunizado à parte complementar, ou até mesmo modificar, as razões de extraordinário, tendo em vista que o acórdão embasa, agora, em outros fundamentos sequer impugnados, porquanto inexistentes.

Neste cenário, entendemos que sim, tendo em vista a garantia ao contraditório resguardada constitucionalmente, e reforçada pelo Código de Processo Civil, vedando inclusive a decisão-não surpresa, deveria ser oportunizado à parte recorrente o aditamento do recurso

extraordinário, para que antes mesmo do exame de admissibilidade, possa demonstrar as violações - caso ainda existentes - perpetradas pelo novo acórdão.

Por fim, a terceira problemática que gostaríamos de abordar, refere-se ao tema da modulação, citando questão bastante sensível, atual e conturbada que tem acontecido quanto ao tema nº 985/STF.

Em breve síntese, no ano de 2014, o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial nº 1.230.957/RS sob o rito dos recursos repetitivos regulamentado à época pelo art. 543-C do CPC/73, havia fixado a seguinte tese: “A importância paga a título de terço constitucional de férias possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa)”.

O posicionamento firmado passou a ser amplamente adotado pelos Tribunais e juízes, que contavam com decisão judicial favorável ao seu direito de excluir do campo de incidência da contribuição previdenciária o terço constitucional de férias, atuando o julgamento, por muito tempo, como verdadeira diretriz de conduta dos contribuintes.

No entanto, em 2020, houve a ruptura com a jurisprudência então consolidada, à luz da tese do Superior Tribunal de Justiça. em decorrência da afetação pelo Supremo Tribunal Federal do Tema nº 985 da repercussão, atrelado ao Recurso Extraordinário nº 1.072.485, em que se discutia, à luz dos arts. 97, 103-A, 150, §6º, 194, 195 e 201 da Constituição Federal, a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas de incidência da contribuição previdenciária patronal.

A despeito da posição à época da Corte de que não tinha caráter constitucional a controvérsia acerca da natureza jurídica das verbas que poderiam ser alcançadas pela contribuição previdenciária, houve a ruptura com a perspectiva que se tinha quanto à estabilização da não incidência da referida contribuição especificamente sobre o terço constitucional.

Isto porque, a Suprema Corte firmou a seguinte tese vinculante: “É legítima a incidência da contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de

férias”. Em casos como este, em que há nítida alteração da jurisprudência dominante, o §3º do artigo 927 do CPC/15 prevê a possibilidade de modulação dos efeitos do julgamento.

Ocorre que, desde outubro de 2020, está pendente de julgamento pela Corte os embargos de declaração discutindo precisamente a modulação fundada na mudança brusca da jurisprudência, almejando que seja resguardado o primado da segurança jurídica e as relações consolidadas sob a orientação então vigente.

Nestes dois anos que passaram, enquanto se aguarda a definição da modulação, os Tribunais passaram a realizar juízo de retratação envolvendo a matéria, reformando, imediatamente os acórdãos que estavam em conformidade com a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça e, portanto, em desconformidade com a nova tese firmada pelo Supremo.

Tal medida encontra amparo no artigo 1.040 do CPC que, de fato, autoriza o juízo de retratação a partir da publicação do acórdão paradigma, não detendo eventuais embargos efeito suspensivo, a menos que expressamente acolhido o pedido de suspensão nacional - igualmente pendente de análise naquele extraordinário.

A situação é bastante conturbada, de modo que, em lugar de diminuir a quantidade de recursos extraordinários sobre o tema, impõe que as partes sejam obrigadas a interpor o referido recurso, ou mesmo o recurso especial, a fim de manter ativo o processo para se beneficiar da modulação, se vier.

Caso contrário, nesta corrida contra o tempo, deixar que o processo se encerre, tolheria o direito da parte de se valer da modulação, restando-lhe a via da ação rescisória. Certamente, a sistemática de recursos repetitivos não almeja aumentar o número de processos e nem de recursos, sendo razoável que em casos como estes, excepcionalmente, a aplicação da tese vinculante aos demais casos aguarde a resolução da modulação. É a medida que melhor atende os princípios que embasam a própria sistemática e a função da Corte, primando-se pela correta observância das decisões sobre matéria constitucional.

Além das problemáticas de ordem bastante pragmáticas, não regulamentadas pelo Código de 2015, cumpre mencionar ainda que, embora legislador mencione o julgamento de recursos repetitivos atinentes à "idêntica questão de direito", como já ponderado neste estudo,

não há como considerar uma separação rigorosa entre questão fática e questão jurídica, porquanto há entrelaçamento entre fatos e direito.

Os primeiros constroem a realidade que atrai a incidência da norma jurídica abstrata de modo que, desconsiderar por completo o cenário fático em que se respaldou o julgamento pode acarretar embaraços para a aplicação da *ratio decidendi*, sem a qual não há o fiel cumprimento do precedente.

Vanessa Pereira Rodrigues Domene¹⁹¹ ressalta que a expressão "casos idênticos", no sentido de serem absolutamente iguais, seria algo de fato praticamente impossível, tendo em vista as particularidades que possam existir em razão de questões pertinentes às partes, como ramo ou setor de atividade, estruturação do próprio negócio em si, a tecnologia que possa estar envolvida, além da possibilidade de o pedido e a causa de pedir serem distintas.

Adotando os ensinamentos de Marinoni, a autora bem anota que haveria para a aplicação do precedente uma probabilidade e casos de maior aproximação de fatos, o que se fundamenta na possibilidade de se realizar o enquadramento de fatos do caso concreto de um e de outro em determinada categoria, a partir da análise cuidadosa da decisão que originou o precedente.

Assim, sob a perspectiva do recurso-piloto, é possível identificar, simultaneamente, o caráter objeto e o subjetivo do julgamento.

Há, com isto, a opção por uma sistemática mista em que, de um lado, os Tribunais Superiores, exercendo as funções nomofilática e uniformizadora da jurisprudência, fixam a tese jurisprudencial (aspecto objetivo), e, de outro, julgam o caso concreto aplicando-lhe a tese. Este último aspecto bem reflete a função dialética, em que se busca a justiça através da correta aplicação do direito, e, paradigmática, ao considerar que a vinculação para os casos futuros está atrelada ao comando normativo e ao contexto fático em que se originou o precedente, assim como, a solução dada pelo próprio Tribunal à lide.

¹⁹¹ DOMENE, Vanessa Pereira Rodrigues. *Aderência dos precedentes judiciais no processo administrativo tributário*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 97.

Aliás, o julgamento da pretensão recursal veiculada pela via do Extraordinário, à luz das questões predominantemente jurídicas suscitadas pelas partes, encontra amparo há muito no enunciado sumular 456 do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual "O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie"¹⁹².

Em igual sentido é o comando previsto pelo artigo 1.034 do CPC/15, ao que complementa, em seu parágrafo único: "Admito o recurso extraordinário ou especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado".

A relevância do caso concreto, mesmo para a sistemática de julgamento de recursos repetitivos, é ressaltada por Georges Abboud, que manifesta contrariedade à corrente que atribui super funções ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça:

“Por essas razões, discordamos das super funções que têm sido conferidas ao STF e ao STJ por setores da doutrina, transformando o recrudescimento da vinculação das decisões dos tribunais superiores em uma alternativa para a resolução das mazelas do nosso sistema judicial. Também não coadunamos com a ideia de que o STF e o STJ são tribunais para julgamento de teses e que o caso concreto é mero pretexto. Até mesmo porque, sem caso concreto, não há decisão judicial. Mesmo no processo de controle abstrato de constitucionalidade, há o caso concreto”.¹⁹³

É acertada a postura do professor ao primar pela solução do caso concreto, sendo insuficiente atribuí-la mero caráter de "pretexto" para que o Tribunal Superior atue objetivamente a fim de simplesmente fixar tese.

Não obstante, nos parece que o legislador ordinário, pela forma com que regulamentou a sistemática de julgamento dos recursos especial e extraordinário repetitivos e a sua aplicação aos casos sobrestados e futuros, trouxe maior objetivação à atuação dos Tribunais de cúpula.

¹⁹² Aprovada na Sessão plenária de 1/10/1964.

¹⁹³ ABOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1087.

Isto porque, fixada a tese jurisprudencial, há uma série de obstáculos criados para evitar que a questão volte a ser julgada, de forma subjetiva, caso a caso pelos órgãos superiores, atribuindo aos juízes e Tribunais o dever de julgar a lide aplicando a tese abstrata.

Exemplo disto é o julgamento liminar improcedente do pedido que contraria a tese fixada pelos Tribunais Superiores em julgamento de recursos repetitivos, cabível nas causas que dispensem a fase instrutória, e independentemente da citação do réu.

Outro exemplo previsto pelo Código é a possibilidade de o Relator negar provimento ao recurso monocraticamente contrário à acórdão proferido pelo Supremo e pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos e, dar provimento, caso a decisão recorrida contrarie tal entendimento (artigo 932).

Especificamente quanto a fase recursal aos Tribunais Superiores, os recursos interpostos serão inadmitidos pelo Tribunal de segunda instância, com base no artigo 1.030 do CPC, hipótese em que seria cabível o agravo interno, de competência do órgão especial do próprio tribunal de piso, e não o agravo típico de destrancamento previsto pelo artigo 1.042, cuja competência seria dos próprios órgãos de cúpula.

Tem-se, portanto, que embora esteja presente a perspectiva subjetiva com a resolução do recurso-piloto por ocasião da fixação da tese, os recursos sobrestados e interpostos sob a vigência da tese jurisprudencial dificilmente chegarão ao Supremo Tribunal Federal.

5.2.3. *Ratio decidendi* e a tese jurídica: de onde vem a eficácia vinculante do acórdão firmado em recurso extraordinário repetitivo?

Como tivemos a oportunidade de analisar do item anterior ao tratar do *iter procedimental* do recurso extraordinário repetitivo, o acórdão proferido pela Suprema Corte compreende dois juízos distintos: o aspecto “objetivo”, que diz respeito à tese jurisprudencial firmada pela Corte no controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico; e o aspecto “subjetivo”, referente à aplicação dessa tese ao caso concreto, ou seja, o julgamento da pretensão recursal subjetiva veiculada através do recurso extraordinário eleito como representativo da controvérsia.

Acórdão, antes de tudo, é o julgamento colegiado proferido pelos tribunais (art. 204, CPC/15), em que constará as conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, do qual fará parte a transcrição do áudio da sessão de julgamento (art. 93, RISTF).

Por meio da transcrição, se registrará o relatório, as discussões, os votos fundamentados, bem como as perguntas feitas e respondidas pelos advogados, devendo ser juntada aos autos com o acórdão, depois de revista e rubricada. Os votos escritos, por conseguinte, serão liberados pelos Ministros no prazo de vinte dias da sessão de julgamento, constando o teor da transcrição do voto cuja leitura foi realizada durante a sessão na hipótese de o Ministro deixar de disponibilizar o voto escrito dentro do prazo, com a ressalva de que não foi revisto (art. 96, RISTF).

A ementa conterá a conclusão do voto vencedor, em se tratando de julgamento não unânime, e será publicada juntamente com o acórdão, para todos os efeitos no Diário de Justiça e disponibilizada no repositório oficial da jurisprudência do Tribunal.

Como decisão judicial que é, o acórdão deverá ser composto pelo relatório, que conterá o nome das partes, a identificação do caso com a síntese do pedido e das manifestações das partes juntamente com o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; os fundamentos, atrelados à análise das questões de fato e de direito suscitadas pelos litigantes; e, o dispositivo, em que se votará pela resolução da pretensão recursal, que, no âmbito do recurso extraordinário, vincula-se ao controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 927, III do CPC/15, tornou obrigatória a observância pelos juízes e tribunais dos acórdãos em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Da leitura dos parágrafos do referido dispositivo, tem-se o emprego da expressão “tese jurídica” para referir-se ao *quantum* julgado pelos Tribunais Superiores.

O §3º do art. 1.038, do CPC/15, por sua vez, complementa com a previsão específica de que o acórdão proferido nesta sistemática abrangerá “a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica”.

Embora o legislador tenha se utilizado em mais de uma oportunidade da nomenclatura “tese jurídica”, o rito de formação do precedente em julgamento de recursos especial e extraordinário repetitivos não contempla, ao menos expressamente, a fixação de uma tese e a que ela se refere, sendo previamente estabelecida pelo próprio Tribunal Superior ou pelos julgadores “do futuro”.

Ainda que não haja previsão expressa neste sentido, a prática tem nos mostrado uma preocupação maior dos Tribunais de cúpula em formular, como conclusão do julgamento repetitivo, um enunciado que sintetize uma regra objetiva do precedente, a ser aplicada aos casos sobrestados ou julgados após a publicação do acórdão paradigma.

Teresa Arruda Alvim e Rodrigo Barioni¹⁹⁴ ressaltam a função facilitadora da tese jurídica para o uso do precedente, por descrever a situação fática e a regra jurídica a ela correspondente. A tese atua, assim, como uma espécie de “hipótese de incidência” do precedente.

Todavia, ao considerar a complexidade que envolve a formação do precedente advindo de recursos repetitivos, é temerário admitir o enunciado da tese como elemento suficiente para a adequada identificação da orientação firmada pela Suprema Corte, desvinculado do contexto em que foi criado.

"As teses que interessam, para o fim de aplicá-las aos casos futuros e semelhantes, são aquelas *firmadas no texto* (voto vencedor), considerando todo o *contexto* que envolve os fundamentos determinantes (*ratio decidendi*). As *teses fixadas nas ementas* são *frases sem texto*. E por isso mesmo, é preciso estar atento ao fenômeno do destacamento das frases, que saltam do texto, e no caso dos precedentes, evitar que as ementas circulem fora do texto do qual fazem parte em sua origem, qual seja, o voto condutor do julgamento”¹⁹⁵.

Como consideramos ao tratar da interpretação e da construção de sentido do texto do direito positivo, todo texto está inserido em um certo contexto, o qual é elementar para o

¹⁹⁴ ALVIM, Teresa Arruda. BARIONI, Rodrigo. **Recursos Repetitivos: Tese jurídica e ratio decidendi**. Revista de Processo. Vol. 269/2019. p. 203.

¹⁹⁵ CAVALCANTE, Mantovanni Colares. **Frases sem texto: a utilização de precedentes a partir de ementas**. XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Texto e contexto no direito tributário. p. 892.

processo interpretativo. Utilizemos como exemplo a seguinte oração utilizando a palavra “manga”, que em razão da ambiguidade comporta diversos significados.

Digamos que a oração “Marta, por favor, pode me passar a manga?”, seja dita no contexto de uma cozinha, em que se está preparando uma salada de frutas. O contexto nos fará atribuir à “manga” o sentido da fruta.

Já se a mesma oração for pronunciada em um ateliê de costura, o mesmo pedido imediatamente será atrelado ao sentido de “manga” como tecido que é parte de uma roupa.

Retirar a tese jurídica do seu contexto original, ou seja, do acórdão que a originou, poderia levar à interpretações dissociadas da real fundamentação adotada pela Suprema Corte para alcançar determinada conclusão.

Tal complexidade pode não ser vista, com tanta clareza, para os casos em que a tese reflete a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de certa norma jurídica então questionada, especialmente quanto à este último, em que se atingiria a própria validade normativa. A conclusão pela inconstitucionalidade pareceria suficiente para afastar os efeitos da norma por ocasião do julgamento dos demais casos, sobrestados ou futuros.

Diversamente se dá nos recursos em que a Corte Suprema firma interpretação conforme a constituição ou declare a norma inconstitucional sem a redução de texto. Enfrentar pormenorizadamente os fundamentos determinantes do acórdão será imprescindível para a correta aplicação do precedente.

E, até mesmo para a simples declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade, os fundamentos são imprescindíveis para que se possa alcançar a real motivação da Corte para que a norma possa ou não ser considerada constitucional, repercutindo em demandas futuras que possam ter questionamento de validade semelhante.

Neste sentido, embora as restrições processuais ao processamento de ações e recursos versando sobre matéria enfrentada pela Suprema Corte em sede de recurso extraordinário repetitivo se apliquem somente a casos idênticos, as razões de decidir devem ser observadas também para casos semelhantes, à luz do dever imposto pelo artigo 926 aos tribunais de uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente.

Tanto em um caso como no outro, faz-se imprescindível buscar pela *ratio decidendi*, que, segundo, Otávio Verdi Motta, refere-se à dimensão objetiva do precedente e representa ponto fundamental para a sua compreensão a partir das razões generalizáveis, que vinculam os julgadores.

"A dimensão objetiva do precedente possui especial importância, pois se relaciona com a determinação do que efetivamente é vinculante numa decisão, ao que se atribui a eficácia de precedente. Chega-se aqui ao ponto fundamental da compreensão do precedente e das razões generalizáveis por meio das quais haverá vinculação. Nesse sentido, indica-se que a única parte que é vinculante na decisão de um caso pretérito é a chamada *ratio decidendi*¹⁹⁶.

Taís Schilling Ferraz¹⁹⁷ igualmente destaca a distinção entre a tese e a *ratio* como elementos de uma mesma decisão, referindo-se a tese como uma solução que possa ser oferecida a muitos outros casos, limitando o espectro de aplicação do precedente e a sua própria legitimidade, ao delimitar o suporte fático necessário à sua aplicação.

A *ratio decidendi*, por outro lado, compreendida como os motivos determinantes da decisão, deverá ser buscada em outros lugares além da tese, tornando a aplicação do precedente mais útil, sistêmica e abrangente, efetivando o seu grande propósito de produzir coerência sistêmica na interpretação e aplicação do direito.

Contudo, em diversos dispositivos do Código de Processo Civil, o legislador utilizou-se da expressão “tese jurídica” não como a tese formulada pelo Tribunal como reflexo da conclusão alcançada no julgamento, mas como sinônimo da própria *ratio decidendi*. É o que bem pontua Bianor Arruda Bezerra Neto:

“Por sua vez, “tese jurídica” é apresentada como a forma pela qual o tribunal decidirá “questões de direito controvertidas”, em discussão a partir da comparação entre as decisões judiciais divergentes. No art. 979, §2º, o CPC/15 vincula a ideia de tese à resolução de “questão unicamente de direito”, ao passo que afirma poder esta última ser identificada através (I) dos fundamentos determinantes da decisão e (II) dos dispositivos normativos a ela relacionados”. Em outras palavras, para a identificação da decisão judicial, devem ser encontrados os “fundamentos determinantes” utilizados para a

¹⁹⁶ MOTTA, Otávio. *Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 182.

¹⁹⁷ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 266.

resolução das “questões unicamente de direito”, sendo este o conjunto a que se chama “tese jurídica”.¹⁹⁸

Embora se possa dizer que é quase unânime na doutrina a percepção de que o que vincula no precedente é a *ratio decidendi*, defini-la passa ao largo de qualquer facilidade, sendo já há muitos anos discutida pelas correntes teóricas do *common law*.

"Precedentes judiciais são, como enunciados legislativos, textos dotados de autoridade que carecem de interpretação. É trabalho do aplicador do Direito extrair a *ratio decidendi* - o elemento vinculante - do caso a ser utilizado como paradigma. Mas a noção de *ratio decidendi* e os critérios para a sua determinação constituem algo ainda fortemente controvertido. Talvez este seja o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda a teoria jurídica produzida no *common law*"¹⁹⁹.

Pautado nas contribuições de juristas acadêmicos - em sua maioria *common lawyers* - Thomas da Rosa de Bustamante²⁰⁰ aborda três aspectos distintos a partir do “tipo de objeto”, pelas concepções “normativista abstrata”, “normativista concreta” e “argumentativa”.

Para a primeira, a *ratio decidendi* corresponde a "norma jurídica geral", a regra, critério, princípio, a premissa normativa extraída da sentença complexamente considerada, sobre a base do que foi decidido no caso.

A segunda adota a locução para designar a norma jurídica geral contextualizada, assim entendida como aquela considerada a partir do seu uso pelo juiz para justificar a decisão de um caso, devendo ser vista unicamente quanto aos argumentos que a sustentam e à decisão do fato ao qual foi aplicada.

Por último, sob a perspectiva "argumentativa", distanciando-se das duas outras hipóteses, a *ratio decidendi* refere-se, em termos gerais, a qualquer elemento essencial da argumentação adotada pelo julgador para motivar a decisão de um caso.

¹⁹⁸ BEZERRA NETO, Bianor Arruda. *O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial*. São Paulo, Noeses, 2018. p. 322.

¹⁹⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012. p. 259.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 262.

A partir do grau de especificação, o autor ressalta a possibilidade de se encontrar na doutrina um número ainda maior de significados, os quais, a despeito da relevância, não cabem ser aprofundados e exauridos através do presente estudo, sendo possível desenvolver uma pesquisa voltada exclusivamente sobre a formação da *ratio decidendi*, tal é a controvérsia existente.

Sobre o tema, Victor Vasconcelos Miranda²⁰¹ pondera a relevância dos estudos e metodologias formulados à luz do *common law* para a compreensão da *ratio decidendi* no modelo de precedente instituído em nosso ordenamento jurídico, contudo, alerta para as necessárias adaptações de ordem cultural e procedimental, tendo em vista as sensíveis diferenças entre as sistemáticas.

Como abordamos neste capítulo, o “precedente” constituído no contexto do *common law* é distinto daquele concebido pelo legislador e instaurado com efeito vinculante por meio do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que se refere ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, que é objeto deste trabalho.

O primeiro pressupõe um olhar retrospectivo, enquanto no segundo, há uma perspectiva claramente prospectiva. O precedente é assim criado e declarado no momento de sua formação, produzindo efeitos a partir do julgamento, ainda que possa alcançar relações anteriores em nosso ordenamento - ação rescisória, por exemplo - como bem prescreve o artigo 1.040 acerca dos desdobramentos processuais advindos “publicado o acórdão paradigma”.

Nesta senda, tendo em vista a sistemática vigente em nosso sistema, o autor conclui que não haveria um único método ou o melhor método de identificação da *ratio decidendi*, o que não impede, todavia, o desenvolvimento de um eixo sistêmico que possa servir como ponte dogmática e mesmo prática para a reconstrução do acórdão paradigma.

É o que também pondera Alexandre Freitas Câmara²⁰² ao abordar a legitimação dos padrões decisórios vinculantes, não pela mera observância do procedimento prescrito em lei,

²⁰¹ MIRANDA, Victor Vasconcelos. *Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2022. p. 55.

²⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*. São Paulo: Atlas, 2018. p. 203.

mas principalmente em razão da sua constituição ser precedida de uma ampla aplicação do contraditório, tanto na perspectiva objetiva como subjetiva, por força do alcance que esta decisão projetar a outros inúmeros sujeitos que não participaram da formação do precedente.

5.2.4. Há uma norma jurídica a partir do precedente?

Embora possa soar uma conclusão bastante natural da postura adotada até aqui, é importante ter claro um ponto essencial: o acórdão é texto, e como texto, demanda necessariamente interpretação.

Especificamente aquele firmado em sede de recurso extraordinário repetitivo - a que nos dedicamos - identificamos a formação de dois juízos distintos, um de ordem objetiva, destinado ao controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico, e, outro, de ordem subjetiva, atrelado ao exame da pretensão recursal formulada pelas partes recorrentes do recurso eleito como paradigma, com a aplicação concreta da interpretação objetivamente formulada.

Pudemos verificar que a parcela vinculante do precedente é aquela passível de abstração e generalização, equivale dizer, é o padrão decisório universalizável, composto pelas razões determinantes adotadas pelos julgadores, sem as quais a conclusão alcançada seria outra.

Devidamente ponderada a relevância da tese jurídica como mecanismo facilitador de identificação entre o acórdão paradigma e o caso concreto, a sua amplitude é insuficiente para que se possa estabelecer o alcance e a aplicação do precedente.

Daniel Mitidiero²⁰³ destaca, nestes casos, a função voltada para a nomofilaquia interpretativa pelo Supremo, não se limitando à interpretação do ordenamento para resolver lide concreta, mas indo além, preponderando sua função primária de outorga de unidade ao Direito mediante a formação de precedentes.

²⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 114/113.

À luz da repartição de Poderes constitucionalmente estabelecida, cabe tipicamente ao Poder Legislativo a edição de normas de caráter geral e abstrato inaugurais, equivale dizer, que regulamentem originariamente determinada relação jurídica. A edição de norma geral e abstrata pelo Poder Judiciário, em contrapartida, é vista como usurpação de competência, com exceção do controle de constitucionalidade concentrado e da súmula vinculante, autorizados pela própria Constituição, sendo inclusive um dos fundamentos para que parcela da doutrina considere inconstitucional a eficácia vinculante do acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo.

Deve-se ter em vista, todavia, que as normas produzidas pelo Judiciário nestes julgamentos, são normas de ordem interpretativas, e não inaugurais. O poder criativo do juiz, neste contexto, é limitado às normas jurídicas pré-existentes, que serão por este interpretadas ou objeto de controle de constitucionalidade, podendo acarretar eventual declaração de invalidade se constatado vício de ordem formal ou material.

É o que bem ressalta Rafael Pandolfo ao reforçar que, no Brasil, os precedentes partem sempre de um enunciado normativo positivado, e conclui, que "as razões jurídicas do precedente, neste caso, são incorporadas ao próprio conteúdo normativo do texto interpretado"²⁰⁴.

No entanto, se constatado que em determinado julgamento a Suprema Corte extrapolou os limites legais (em sentido amplo), editando norma de caráter geral e abstrato inaugural, haveria clara invasão do feixe de competência do Poder Legislativo, o que é inadmissível. Neste ponto, bastante pertinente é o alerta feito por Lênio Luiz Streck:

"Ora, se não é o Direito, se não é a Constituição, se não são as leis que normatizam deontologicamente, mas o consenso colegiado que vira precedente, procedimento é a chave. E o que importa acaba sendo o “como”, e não o “o quê”. Para fins de argumentação, imaginemos um colegiado votando com essa coerência interna, uma coerência “entre si”, a partir da construção de um “consenso” (que, por vezes, é formado por livre convencimento, a partir de um ato de vontade). Isso vira precedente. Vinculante. Livre convencimento, que gera ato de vontade, que gera

²⁰⁴ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 188.

precedente, que gera colegialidade, que reforça o precedente, que vincula os Tribunais inferiores”²⁰⁵.

O autor ressalta que o consenso e a harmonização interna de julgados da Corte seriam elementos insuficientes - como de fato o são - para justificar a manutenção de precedente desvinculado de qualquer enunciado normativo. Não pode o livre convencimento reverter-se em pretexto para a atividade criativa ilimitada do julgador, como se este estivesse autorizado a legislar.

Contudo, para nós, a simples produção de norma geral e abstrata pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário repetitivo, não enseja automaticamente a inconstitucionalidade da sistemática ou a usurpação de competência legislativa, desde que, não é demais reforçar, esteja dentro dos limites das atividades interpretativa e do controle de constitucionalidade.

É por isso que consideramos haver uma norma proveniente do acórdão paradigma, que não se confunde com o texto do precedente em si mesmo considerado, nem mesmo com a tese jurisprudencial firmada.

Sobre o tema, Fredie Didier Júnior²⁰⁶ considera como elementos essenciais para a construção do precedente (i) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; (ii) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório; e (iii) a argumentação jurídica em torno da questão.

Embora o autor não realize distinção entre tese e *ratio*, utilizando a primeira para referir-se à segunda, considera que a *ratio decidendi* corresponde aos fundamentos jurídicos que sustentam a decisão, equivale dizer, a opção hermenêutica pela qual o juiz optou na sentença e sem a qual esta não teria sido proferida como o foi. Assim, "A *ratio* é o fundamento

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. ***Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/15***. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.p. 110.

²⁰⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. ***Curso de Direito processual civil: teoria da prova, Direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela***. 11ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. V. 2. p. 455.

normativo da solução de um caso: necessariamente será uma regra. Não por acaso, a norma do precedente é aplicável por subsunção"²⁰⁷.

A partir do julgamento de Recurso Extraordinário Repetitivos, tem-se a formação de duas normas: uma, de caráter geral, correspondente a tese firmada (*ratio decidendi*) pelos Tribunais; outra, de cunho individual, adentrando ao caso concreto das partes litigantes, voltando-se as razões recursais levadas ao conhecimento dos julgadores, e que demandam igual atenção e solução.

Ao tratar especificamente dos enunciados de súmulas vinculantes e a *ratio decidendi* das decisões da qual se originaram, José Ricardo Camilotti ²⁰⁸ acredita ser possível obter do verbete da súmula uma norma geral e abstrata, na clássica estrutura lógica de antecedente descritor e consequente prescritor, conectados pelo elemento deôntico, adotando-se a teoria da norma jurídica.

Ressalta, no entanto, que o enunciado sumular é apenas um resumo, enquanto a *ratio decidendi* singular ou o conjunto delas é que orienta a formação do precedente, somada às circunstâncias fáticas de um caso concreto.

O mesmo paralelo pode ser traçado em relação ao enunciado da tese formulada pelo Tribunal por ocasião do julgamento e a norma proveniente da *ratio decidendi*, de modo que o intérprete poderá organizar o enunciado da tese na estrutura hipotético condicional, a qual apenas sintetiza a conclusão alcançada no julgamento colegiado.

Sobre a relevância dos fatos para a construção da norma jurídica do precedente, Taís Schilling Ferraz²⁰⁹ bem anota que sempre haverá um caso concretamente enfrentado e solucionado na decisão que constitui o precedente, sendo a influência dos fatos na formação da

²⁰⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de Direito processual civil: teoria da prova, Direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 11ª ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. V. 2. p. 465.

²⁰⁸ CAMILOTTI, José Renato. *Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática na aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing)*. São Paulo: Noeses, 2018. p. 207.

²⁰⁹ FERRAZ, Taís Schilling. *O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

ratio maior ou menor a depender do quanto serviram de fundamento para a motivação utilizada pelos julgadores para alcançar determinada conclusão.

A autora considera ainda que seria próprio da dogmática do *civil law* a busca por uma norma jurídica a ser observada em tese, norma esta que por natureza é geral e abstrata, destinando-se a regulamentar, indistintamente, as situações enquadráveis em sua hipótese de incidência. É por isso que conclui que a aplicação do precedente se assemelha à aplicação de uma lei.

Embora se possa admitir que a tese elaborada pelo Supremo, na produção de precedentes vinculantes, resulte em verdadeira construção de uma norma, a sua utilização se dá como uma premissa maior em julgamentos subsequentes. Isto porque, a tese não reflete os motivos determinantes da decisão - ou seja, a *ratio* - mas sim a própria solução, encartada em preceito de caráter normativo, a ser aplicada em casos idênticos.

Ainda que a aplicação do precedente se assemelhe à aplicação de uma lei, a qual pressupõe o processo interpretativo para atribuição de sentido aos enunciados prescritivos soltos, considerarmos que a interpretação e a construção da norma jurídica do precedente é ainda mais complexa do que a própria aplicação da lei.

Importante fator que reflete essa realidade é a possibilidade de julgamento não unânime para a formação do acórdão em recurso extraordinário repetitivo, de modo que, ser ou não unânime refere-se apenas à conclusão do julgamento. Ainda mais grave é quando, ainda que haja concordância com a conclusão, os julgadores se utilizaram de fundamentos distintos para embasar a formação do seu juízo.

Não fosse suficientemente complexo o desenvolvimento de uma metodologia para a construção da *ratio decidendi*, há que se somar a isso a multiplicidade de fundamentos adotados nos votos apresentados, inviabilizando, por vezes, falar-se em uma única linha argumentativa determinante a conduzir àquela conclusão.

É por isso que Taís Schilling Ferraz propõe que seja repensada a própria constituição do acórdão e a formação, ou não, da maioria de votos para que passe a referir-se, para além da concordância quanto à conclusão, também aos fundamentos utilizados.

"A *ratio decidendi* deve ser especialmente procurada - e talvez com isso se torne bem mais limitada em termos de alcance - nos motivos que foram considerados relevantes para a maior parte dos julgadores, o que não é tarefa fácil, já que o relator da decisão que formará precedente não inclui necessariamente em seu voto as razões de decidir da maioria da Corte, mas suas próprias razões. A existência ou não de maioria, para a proclamação de um julgamento, é avaliada sob a perspectiva da conclusão e não dos seus fundamentos, o que merece ser repensado, já que será na *ratio* que se obterá a porção vinculante de um precedente"²¹⁰.

Victor Vasconcelos Miranda²¹¹ ressalta que a falta de um consenso majoritário quanto à solução da questão jurídica enfrentada evidencia a ausência da maturidade esperada para que haja formação adequada da *ratio*, o que compromete a projeção da estabilidade e integridade da ordem jurídica.

O discurso justificativo para fins de formação da norma do precedente pressupõe o compartilhamento de opiniões sobre as questões debatidas e centralizadas no feito que originará, ou que originou, o precedente, sob pena de não se consubstanciar uma norma.

"Uma decisão colegiada que não tenha fundamentação o compartilhamento convergente e majoritário sobre as questões jurídicas controvertidas e discutidas no processo não se consubstancia em *norma precedente*. Divergir disso é esvaziar a própria segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade que se pretenda projetar com a utilização dos precedentes obrigatórios"²¹².

Este ponto nos parece ser crucial. Se, de um lado, a sistemática de precedente foi instaurada objetivando preservar os princípios da segurança jurídica, da previsibilidade do direito e da isonomia, refutando a ideia de que o êxito do processo estaria atrelado à sorte do litigante, e não à interpretação uniforme do ordenamento jurídico, de outro, impõe modificações mais profundas e atentas que vão além do estabelecimento de um *iter procedimental*.

De fato, foi acertada a postura do legislador ao admitir a utilização de mecanismos que viabilizem uma participação maior de terceiros para a maturação e aprofundamento da discussão constitucional submetida ao crivo da Suprema Corte por meio do recurso

²¹⁰ FERRAZ, Taís Schilling. **O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 286.

²¹¹ MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2022. p. 162.

²¹² *Ibidem*, p. 161.

extraordinário repetitivo, o que contribui para a formação do julgador, para a adequada fundamentação do acórdão paradigma e para a formação da norma do precedente.

Todavia, além de editar enunciado sintetizando a conclusão alcançada pelo Tribunal, por meio da tese, é imprescindível que o debate estabelecido no julgamento colegiado, além de buscar a maturação da controvérsia, se dê com vistas à firmar de forma clara os fundamentos determinantes da decisão, que também deverão ser alcançados pela maioria dos julgadores.

Neste cenário, Georges Abboud propõe uma ressignificação da ementa para que os julgadores responsáveis pela elaboração do acórdão a utilizassem como uma forma clara de se expor a tese fixada, bem como, os elementos mais decisivos utilizados por unanimidade ou por maioria para adotar determinado posicionamento. Assim, "a ementa torna-se um sucedâneo do julgamento *per curiam*, ainda que o acórdão integral contemple o tradicional amálgama de posições individuais"²¹³.

Parece ter sido essa a preocupação do legislador ao prever no §3º do art. 1.038, que "o conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida", com a redação dada pela Lei nº 13.256/2016. A redação anterior determinava que "o conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis e contrários", mas acreditamos que a modificação legislativa foi assertiva, dando ênfase aos motivos determinantes, que compõem a *ratio decidendi* e refere-se à parcela vinculante do precedente.

E, se iniciamos este item com a ideia de que o acórdão é texto e, enquanto texto, deve ser interpretado, vamos terminá-lo com esta mesma perspectiva: o precedente constituído pelo acórdão paradigma proferido sob o rito de recurso extraordinário repetitivo é texto, e demanda necessariamente interpretação.

A norma do precedente, portanto, apenas será alcançada através da interpretação, não se limitando à tese enunciada pela Suprema Corte, mas deverá abranger os fatos, as

²¹³ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1087.

motivações determinantes utilizadas de forma majoritária pelos julgadores, a conclusão alcançada, e, a nosso ver, até mesmo a norma individual e concreta proveniente do julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia.

Isso porque, a própria aplicação da norma geral e abstrata do precedente pela Corte no caso concreto trará elementos importantes e até determinantes para que se possa interpretar e aplicar, posteriormente, a norma do precedente. O contexto é elemento imprescindível no processo interpretativo do texto.

6. A INCORPORAÇÃO DA TESE FIRMADA EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPETITIVO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

6.1. Há vinculação automática da Administração Pública Federal ao Precedente?

6.1.1. Legalidade tributária, autonomia entre os Poderes e os efeitos do controle de constitucionalidade abstrato.

A Constituição Federal trouxe expressamente o princípio da legalidade estrita em matéria tributária (art. 150, I, da CF/88) como orientador e limitador da atuação da Administração Pública, garantindo a segurança jurídica e a previsibilidade da arrecadação.

Se, de um lado, a arrecadação tributária em favor dos cofres públicos é imprescindível ao funcionamento estatal e à tutela de direitos fundamentais individuais e sociais, de outro, os administrados devem ser preservados de repentinas modificações que onerem o seu patrimônio.

A Magna Carta traçou o feixe de competência tributária a que os entes federados estão autorizados a atuar, cabendo ao Poder Legislativo a edição da competente legislação para, mediante o exercício desta competência, instituir o tributo, inserindo no ordenamento os regramentos necessários à sua constituição e exigência.

Atrelados ao princípio da legalidade, estão a tipicidade, que exige a plena identificação entre os critérios previstos de forma geral e abstrata pela lei, e àqueles atinentes ao caso concreto, para que haja a incidência da norma jurídica; e a vinculação da administração pública, que vem a reforçar o desempenho da função estatal dentro dos limites impostos por lei.

Neste cenário, cabe ao Poder Legislativo editar os enunciados prescritivos (texto do direito posto), a partir dos quais será construída a norma jurídica por meio da interpretação, que perpassa pelos quatro planos do percurso gerador de sentido. Para tratar desta norma jurídica (em sentido estrito), utilizamos a nomenclatura "regra-matriz de incidência tributária", a qual compreende os elementos mínimos necessários para a obtenção do sentido deôntico completo da mensagem legislativa.

Todavia, a norma de incidência estruturada na fórmula hipotético condicional raramente se encontra pronta e acabada dentro de um único dispositivo legal. Deve o intérprete, para alcançá-la, buscar entre os enunciados soltos àqueles correspondentes ao critério material, ao critério temporal e ao critério espacial, situados na hipótese da regra-matriz, e os critérios pessoal e quantitativo, que compõem o consequente normativo.

Não há como dissociar, sob esta perspectiva, a aplicação da norma da prévia interpretação e construção do seu sentido. Assim, afirmar que a Administração Pública está vinculada estritamente à lei, não afasta a necessidade de interpretação do direito posto, desde que atrelada à produção legislativa e sem qualquer margem para produção de ato inaugural.

Neste contexto, a atividade privativa da autoridade administrativa referente ao lançamento tributário, por meio da qual há a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação, a determinação da matéria tributário, o cálculo do montante de tributo devido, a identificação do sujeito passivo, pressupõe, indubitavelmente, a interpretação do ordenamento jurídica.

Estruturada a regra-matriz de incidência, e havendo identidade entre os critérios legais e o caso concreto, estará autorizada a constituição do crédito tributário através do lançamento, com a produção de uma nova norma, agora de caráter individual de concreto.

À luz dos ensinamentos do Construtivismo Lógico-Semântico, tem-se que, a partir de um mesmo suporte físico, seja possível a construção de mais de um sentido, a depender do contexto em que o texto está inserido e de interferências externas e/ou de ordem subjetivas.

Acontece, por vezes, que em decorrência da utilização pelo legislador de palavras e expressões vagas ou ambíguas, a interpretação formulada pela Administração Pública e àquela construída pelos sujeitos passivos possam ser, além de distintas, conflitantes. Há, ainda, os casos em que a exigência tributária é tida pelos administrados como inconstitucional.

Não obstante, sob o crivo da legalidade estrita, da vinculação da atividade administrativa e do poder-dever de tributar, não está a autoridade administrativa autorizada a deixar de constituir determinado tributo sob o crivo da inconstitucionalidade.

Vale lembrar que a validade da norma jurídica é presumida com o seu ingresso no sistema do direito posto, a qual poderá ser questionada *a posteriori* por vícios de ordem formal ou material.

O controle repressivo de constitucionalidade - assim compreendido como aquele efetuado após o ingresso da norma ao ordenamento - é de competência exclusiva do Poder Judiciário, e se dá de forma difusa e concreta.

Atualmente, todo e qualquer juiz pode - e deve - afastar a aplicação de dispositivo legal por entendê-lo inconstitucional, mas a declaração de constitucionalidade no controle difuso cabe apenas aos Tribunais, respeitado o *quórum* qualificado previsto pelo artigo 97 da Constituição Federal.

O controle de constitucionalidade concentrado, por sua vez, é de competência exclusiva da Suprema Corte, e produz eficácia contra todos e efeito vinculante, como expressamente previsto pelo §2º do artigo 102, que se passa a transcrever a seguir:

"Art. 102. (...).

§2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta nas esferas federal, estadual e municipal".

Robson Maia Lins²¹⁴ trabalha com a distinção entre efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, atribuindo ao primeiro o dever que têm os Poderes Judiciário e Executivo de não aplicar a regra-matriz de incidência tributária declarada inconstitucional pela Suprema Corte ou de aplicá-la, se declarada constitucional, e a segunda, ao direito subjetivo que têm todos os administrados de não sofrer a incidência da norma declarada inconstitucional ou de vê-la positivada quando declarar constitucional.

²¹⁴ LINS, Robson Maia. **Controle de constitucionalidade da norma tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 156.

Neste cenário, o autor considera que a eficácia vinculante pode ser norma primária dispositiva, norma primária sancionatória ou secundária ou processual, assim estruturadas:

Norma primária dispositiva

Hipótese: dada a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da regra-matriz, pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado;

Consequente: deve ser a não incidência ou incidência da regra-matriz, respectivamente, pelos órgãos competentes.

Norma primária sancionatória

Hipótese: dada a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade da RMIT e sua aplicação ou aplicação pelos órgãos competentes;

Consequente: deve ser a sanção por descumprimento de dever funcional.

Norma secundária ou processual

Hipótese: dada a aplicação ou inaplicação da RMIT declarada pelo STF inconstitucional ou constitucional, respectivamente, em controle concentrado;

Consequente: deve ser a possibilidade de ingresso no STF com reclamação constitucional.

Já a eficácia *erga omnes* na estrutura normativa refere-se ao elemento relacional, ou seja, ao direito subjetivo que detém o sujeito passivo de não ser submetido à exigência de tributo declarado inconstitucional ou de tê-la positivada se declarada constitucional.

O vínculo relacional do efeito vinculante, como se infere das normas dispositiva primária, dispositiva sancionatória e/ou secundária/processual, está atrelado ao dever imposto ao próprio Poder Judiciário, impondo que os julgamentos supervenientes observem a inconstitucionalidade da norma ou a sua constitucionalidade, ao menos sob o fundamento analisado pela Corte; e à Administração Pública, a quem será defesa a constituição de crédito tributário com base em norma inconstitucional, ou, será obrigatória a sua constituição já que confirmada a constitucionalidade normativa.

Entendemos que as mesmas conclusões e normas possam ser aplicadas ao julgamento proveniente do recurso extraordinário repetitivo, o qual, com o advento do Código de Processo Civil, passou a ter incontroversa eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, como expressamente previsto pelo inciso III, do artigo 927, ao prescrever "os juízes e tribunais observarão".

Dando por pressuposta a constitucionalidade da sistemática de precedente diante do atual cenário, em que tem sido amplamente adotada e aplicada pelos juízes singulares, pelos Tribunais de segunda instância, e constituídos pelos Tribunais Superiores, a problemática a que nos propomos a enfrentar recai precisamente sobre a vinculação automática da Administração Pública a estes julgados.

Tal questionamento envolve tanto as normas decorrentes do efeito vinculante quanto a perspectiva relacional da eficácia *erga omnes*, sendo que as normas primárias dispositiva e sancionatória expressamente tratam da vinculação do Poder Judiciário ao julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, obrigatoriedade esta que se repete no comando inserido pelo citado artigo 927, além dos mecanismos processuais de enrijecimento do exame da questão, primando pela prevalência da posição firmada pelo Supremo.

A norma secundária, por conseguinte, que trata do cabimento da reclamação constitucional em caso de descumprimento da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, encontra-se expressamente prevista também em relação ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, nos moldes do artigo 988 do Código de Processo Civil vigente.

No que diz respeito ao caráter relacional atrelado à eficácia *erga omnes*, o que se coloca é se haveria ou não a necessidade de ajuizamento de ação individual para que o particular possa se beneficiar do alcance do julgamento repetitivo, tendo em vista que a vinculação expressamente se refere ao Poder Judiciário.

Sobre a questão, Victor Vasconcelos Miranda considera não haver vinculação para além do Judiciário, o que afasta de antemão as normas envolvendo o efeito vinculante em relação à Administração Pública. Em contrapartida, precisamente por isso afirma que não

haveria interferência na separação de Poderes, um dos principais argumentos que, como ponderado, é utilizado para defender a inconstitucionalidade da sistemática de julgamento de recursos repetitivos.

“Com efeito, é de rigor anotar que não há, pelo rol estabelecido pelo art. 927 do CPC/2015, uma vinculação para além do Judiciário. Ou seja, os pronunciamentos judiciais que restaram consagrados no referido artigo espriam efeitos apenas ao Poder Judiciário, ressalvados os incisos I e II, que tratam do controle de constitucionalidade e das súmulas vinculantes. Não há, então, interferência na separação de Poderes, que é o principal argumento utilizado por quem defende a inconstitucionalidade. Existe, pois, um efetivo autorregramento do Poder Judiciário com vistas a assegurar o direito fundamental à segurança jurídica e à previsibilidade”.

No âmbito do processo administrativo federal, que se refere à etapa litigiosa instaurada, há previsão expressa no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais²¹⁵ reconhecendo, em certa medida, a vinculação dos julgadores ao *quantum* decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso repetitivo. É o que se infere da redação do artigo 62, que se passa a transcrever:

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

§1º. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

- a) Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal;
- b) Decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamentos realizados nos termos dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou os arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, na forma disciplinada pela Administração Pública; (...)"

²¹⁵ Disponível em < <http://carf.economia.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/ricarf-multi-11042022-alterada-ate-port-me-3125-2022.pdf>> Acesso em 24/11/2022.

Como bem destaca Vanessa Pereira Rodrigues Domene²¹⁶, a vinculação da Administração Pública no âmbito do processo administrativo (etapa litigiosa) está embasada na função jurisdicional desempenhada pelo órgão e na aplicação supletiva e subsidiária das normas processuais do Código de Processo Civil ao processo administrativo (art. 15²¹⁷, CPC), devendo a extensão tanto da regra de sobrestamento - embora não esteja mais expressamente prevista pelo regimento interno do CARF - como a proveniente do julgamento de mérito, em prol da eficiência, racionalidade e uniformidade do sistema jurídico.

Além disso, o *caput* do artigo 927 trata da vinculação dos "juízes e tribunais", não se limitando apenas aos que compõem o Poder Judiciário, mas permitindo a interpretação para alcançar também os julgadores e órgãos administrativos de julgamento colegiado.

A problemática a que nos propomos, contudo, vai além, e refere-se à vinculação da Administração Pública no contexto do lançamento tributário. Isto porque, se até o julgamento pelo Supremo em controle de constitucionalidade, estava a autoridade fiscal obrigada a efetuar o lançamento tributário com base na norma jurídica impugnada, em razão da presunção de validade e legalidade, poderia continuar a fazê-lo com o advento da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso?

Em uma análise inicial, a vedação à constituição do crédito tributário amparado na norma tida como inconstitucional parece esbarrar em dois pontos.

O primeiro, é que a Constituição Federal não atribui, expressamente, eficácia vinculante e efeito *erga omnes* aos acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário. O texto constitucional o faz apenas quanto aos pronunciamentos provenientes do controle concentrado de constitucionalidade e aos enunciados de súmula vinculante.

O segundo refere-se ao disposto pela Magna Carta em seu artigo 52, inciso X, ao tratar da competência privativa do Senado Federal para "suspender a execução, no todo ou em

²¹⁶ DOMENE, Vanessa Pereira Rodrigues. **Aderência dos precedentes judiciais no processo administrativo tributário**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021. p. 122.

²¹⁷ Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as decisões deste Código lhe serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal". A interpretação literal do dispositivo tende à conclusão de que a declaração de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário somente teria efeitos *erga omnes* por ato do Poder Legislativo.

Ao comentar o dispositivo constitucional em comento, André Puccinelli Júnior²¹⁸ considera tratar-se de competência discricionária do Senado Federal, a quem é facultada - e não obrigatória - a suspensão, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional em controle de constitucionalidade difuso, embora reconheça a controvérsia que recai sobre a questão.

Isto porque, antes mesmo do advento do Código de Processo Civil de 2015, o Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal passou a defender a mutação constitucional tendente a limitar a atribuição discricionária do Senado Federal e a potencializar a atribuição da Suprema Corte, reconhecendo o ato do primeiro como meio de dar publicidade à decisão judicial da segunda, a qual seria suficiente para sustar a execução da lei.

Tal fenômeno representaria a abstratização do controle difuso e a transcendência dos motivos determinantes, condicionada a alguns requisitos costumeiramente apontados pela doutrina, dentre os quais (i) ter sido a decisão prolatada pelo menos órgão que detém competência para o julgamento na via concentrada (plenário do Supremo); e (ii) limitada à discussões abstratas, sem adentrar em aspectos particulares, personalíssimos ou materiais afetos ao caso concreto²¹⁹.

Este último ponto parece não se conformar com o controle de constitucionalidade realizado pela via do recurso extraordinário, que envolve, necessariamente, uma lide concreta, atuando os fatos como importante elemento para a construção da *ratio decidendi*. Ainda que se exija a predominância da questão jurídica sobre a questão fática, tendo em vista o controle e a interpretação do ordenamento jurídico, há um cenário fático concreto que não pode ser desconsiderado.

²¹⁸ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 149.

Embora para André Puccinelli Júnior a defesa da abstratização do controle de constitucionalidade difuso não implique em afronta ao primado da repartição de poderes, considera que a vinculação de decisões provenientes do controle de constitucionalidade difuso deve se dar através da súmula vinculante.

“É bem verdade que o *quórum* de aprovação da súmula vinculante 2/3 dos membros do STF) é mais rigoroso do que o exigido para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (maioria absoluta). Isso, porém, não legitima o esvaziamento do papel do Senado no controle difuso que, a nosso ver, desempenha uma competência em nada contrária, mas supletiva ou complementar daquela exercida abstratamente pelo STF, visando conferir maior segurança aos jurisdicionados com a edição de resolução suspensiva e pacificadora de conflitos de massa”²²⁰.

Marinoni²²¹ destaca que até a Emenda Constitucional nº 03 de 1993, não existia norma legal ou constitucional regulamentando os efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato, de modo que, a Suprema Corte inicialmente submetia a referida decisão ao crivo do Senado Federal, postura esta que foi modificada antes mesmo do advento da Constituição vigente, prevalecendo o entendimento de que haveria sim o efeito *erga omnes*, dispensando a atuação do Senado²²².

Diversamente de André Puccinelli Júnior, Marinoni²²³ considera que a edição de súmula vinculante relacionada ao controle de constitucionalidade seria desnecessária nos casos em que a *ratio decidendi* estivesse clara na decisão, e, de grande valia, para as decisões de natureza complexa e obscura, a fim de precisar a *ratio decidendi*.

Georges Abboud²²⁴, de outro lado, ressalta que a atual interpretação que tem sido dada pelo Supremo ao artigo 52, inciso X, da CF/88, reflete um avanço em direção à objetivação

²²⁰ PUCCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

²²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1477.

²²² Cite-se voto proferido pelo Ministro Moreira Alves na Reclamação 1.016-3.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021. p. 1444.

²²⁴ ABOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021. p. 1117.

do controle difuso e um verdadeiro rearranjo das atribuições outorgadas ao Senado Federal pela Constituição.

Sobre este último ponto, alerta para a importância da função desempenhada pelo Poder Legislativo no contexto do controle de constitucionalidade difuso, por promover um diálogo entre os poderes e impedir que o Poder Judiciário tenha a última palavra acerca da compatibilidade das leis em relação à Constituição em hipóteses distintas do controle concentrado.

Além disso, a regra insculpida no artigo em comento busca harmonizar os modelos difuso e concentrado, coexistentes em nosso ordenamento jurídico, atribuindo à cada qual efeitos diversos. Para o autor, a possibilidade de dotar a decisão proferida em controle difuso de eficácia *erga omnes* dependeria da edição de súmula vinculante, nos moldes do artigo 103-A da Constituição, sob pena de se equiparar às duas sistemáticas.

Todavia, diante do atual cenário legislativo e jurisprudencial, reconhece a aproximação cada vez mais significativa entre o controle difuso e o controle concentrado, o que vem a reforçar a importância de que, também no primeiro, a Suprema Corte realize a investigação de forma mais detalhada quanto aos nuances que envolvem a controvérsia constitucional, a fim de produzir um julgado mais detalhado e bem fundamentado, representando uma unificação de ordem qualitativa no modelo de julgamento do extraordinário:

"Nessa medida, é crucial que, a médio prazo, a polêmica da objetivação seja superada por uma unificação qualitativa no modelo de julgamento do STF. Ou seja, na medida em que o Supremo passe a permitir a manifestação da sociedade e o diálogo entre os Poderes em ambas as formas de julgamento, estaremos perante a premissa necessária para cada vez mais diluirmos essa dissociação entre os dois modelos."²²⁵

Assim, embora o autor admita a mutação constitucional, esta se daria em vistas da legitimação da maior participação popular no controle de constitucionalidade difuso, de modo

²²⁵ ABBOUD, Georges. **Processo Constitucional Brasileiro**. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021, p. 1123.

a viabilizar a integração do Senado Federal à discussão, trazendo-o como partícipe da estruturação das decisões judiciais.

Ainda que se admita a mutação constitucional da atribuição do Senado Federal para que prevaleça a imediata produção de efeitos *erga omnes* da decisão proferida pelo Supremo no modelo difuso, o que vai ao encontro da legislação processual vigente ao atribuir eficácia vinculante ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo no âmbito do Poder Judiciário, cremos que não há previsão legal expressa de que esta vinculação alcançaria automaticamente a Administração Pública.

Não obstante, as modificações legislativas e a interpretação que tem sido dada ao ordenamento jurídico direcionadas à objetivação do controle difuso de constitucionalidade representa nítida aproximação entre os modelos, tornando necessária essa vinculação. É o que bem ressalta Rafael Pandolfo ao afirmar ser ilógico excluir a Administração e os tribunais administrativos do âmbito de incidência do artigo 927 do CPC:

“De um lado, porque seria ilógico e anacrônico imaginar que os atos produzidos pelos integrantes do Poder Judiciário, responsáveis pelo controle de legalidade, estariam sujeitos aos precedentes, mas não estariam os atos administrativos judicialmente controlados. De outro lado, porque o precedente corresponde à expressão final da lei (norma).

Noutros termos, estando sujeito à legalidade, a Administração não poderá atribuir a um enunciado sentido distinto daquele definido pelo precedente, a menor que identifique questão relevante (*distinguishing*) no caso analisado, pela qual o precedente se revele inadequado”²²⁶.

Admitir que somente o Poder Judiciário estaria vinculado à declaração de inconstitucionalidade, importa no esvaziamento da atividade administrativa: ora, a que finalidade se presta admitir a realização de lançamento tributário embasado em norma declarada inconstitucional que será considerada indubitavelmente nula em âmbito judicial?

A constituição deste crédito implica em ônus ao sujeito passivo, que precisará socorrer-se do Poder Judiciário para afastar tributo pautado em norma inconstitucional, arcando

²²⁶ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial*. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020. p. 189.

com despesas processuais e honorários contratuais em favor do advogado, sem o qual não poderá postular em juízo.

À Administração Pública o ônus parece ser ainda maior. Embora esteja dispensada do recolhimento de custas processuais, é um desperdício de dinheiro público movimentar agentes para proceder a fiscalização e a constituição de créditos nulos, pois eivados de inconstitucionalidade, assim como, na atividade de jurisdição desenhada pelos tribunais administrativos, mantendo como valor a arrecadar crédito sabidamente indevido.

A única justificativa para impor o lançamento tributário pautado em norma inconstitucional seria o formalismo excessivo, para o qual, por força da legalidade e vinculação do lançamento seria necessária a formalização do crédito - para posterior cancelamento administrativo ou judicial - tão somente para se evitar o descumprimento da lei, até que venha outra norma específica retirando a obrigatoriedade administrativa.

Este raciocínio não se coaduna com os princípios constitucionais que regem a Administração Pública, além de concorrer para o aumento de litígios judiciais, impondo o ajuizamento de ação para cobrança de crédito inconstitucional por parte da Fazenda, ou pelo contribuinte, a fim de afastá-lo, o que resulta no custo necessário à gestão de processos e à condenação em honorários advocatícios, podendo envolver valores expressivos contra o ente fazendário.

6.1.2. Princípio da eficiência na atuação da Administração Pública e o ônus do litígio judicial

Toda norma jurídica positiva, em maior ou em menor grau, expressa um valor. O Poder Legislativo, através dos sujeitos eleitos pelo povo, elege os acontecimentos que serão postos na condição de antecedente normativo mediante juízo valorativo, optando por um evento em lugar de outro(s) na multiplicidade própria da realidade social.

O juízo valorativo está igualmente presente no modal deôntico (proibido, permitido ou obrigatório) utilizado pelo Legislador à certa conduta, sinalizando a sua aprovação ou desaprovação. A título exemplificativo, temos a obrigatoriedade de oferecer à tributação pelo

imposto sobre a renda os acréscimos patrimoniais obtidos em determinado exercício, valorando o recolhimento do tributo positivamente em vista da relevância para a arrecadação e funcionamento do Estado.

A proibição da omissão de receitas, por sua vez, é conduta valorada negativamente, por dificultar a fiscalização pelo ente fazendário e potencialmente reduzir a carga arrecadatória, em detrimento dos cofres públicos, revertidos posteriormente à sociedade.

Neste cenário, os modais de obrigação e a permissão expressam valores positivos, reconhecendo a conduta como necessária ao convívio social, enquanto o proibido expressa valor negativo, objetivando afastar a adoção daquele comportamento.

Algumas normas, no entanto, possuem um grau axiológico normativo maior, o que é próprio dos chamados princípios:

“Toda vez que houver acordo ou que um número expressivo de pessoas reconhecerem que a norma “N” conduz um vector axiológico forte, cumprindo papel de releva para a compreensão de segmentos importantes do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um “princípio”. Quer isto significar, por outros torneios, que “princípio” é uma regra portadora de núcleos significativos de grande magnitude influenciando visivelmente a orientação de cadeias normativas, às quais outorga caráter de unidade relativa, servindo de fator de agregação para outras regras do ordenamento.

Advirta-se, entretanto, que ao aludimos a “valores” estamos indicando somente aqueles que julgamos depositados pelo legislador (consciente ou inconscientemente) na linguagem do direito posto.”²²⁷

Para o presente estudo, adotaremos a acepção de princípio como a norma jurídica de posição privilegiada que é portadora de valor expressivo e/ou que estipula limites objetivos através de regra de forte hierarquia, como a Constituição Federal.

Comumente, os princípios são classificados como implícitos ou explícitos, a depender da existência de enunciado prescritivo expresso - ou não - prevendo a sua existência em nosso ordenamento jurídico.

²²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 6º ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 283/284.

Como bem explica Autora Tomazzini de Carvalho²²⁸, alguns princípios são manifestados pelo Legislador com tamanha clareza que é possível identificá-los a partir de um único enunciado prescritivo, enquanto outros, são construídos pelo intérprete a partir de mais de um enunciado, não encontrando suporte em prescrições jurídicas pontuais. No entanto, ambos são construídos a partir dos textos do direito positivo e se apresentam na forma de proposições, formuladas mentalmente pelo intérprete, o qual atribui sentido ao texto.

Não há como subsistir, com isto, a afirmação de que somente os princípios expressos seriam normas jurídicas, mormente à luz da acepção da norma e a sua distinção em relação ao texto posto pelo legislador. Tanto um como outro serão conhecidos através da interpretação, seja a partir de um único enunciado, seja por mais de um.

Neste contexto, o artigo 37 da Constituição Federal traz, expressamente, cinco princípios que regem a atuação da administração pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que são a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência.

Dentre estes, já pudemos aprofundar os princípios da legalidade e da impessoalidade, cabendo nos dedicarmos neste momento ao princípio da eficiência.

Celso Antônio Bandeira de Melo refere-se a este princípio como "princípio da boa administração", reconhecendo a íntima relação que guarda com o primado da legalidade, sendo vedado à administração pública afastar a estrita legalidade sob o pretexto de adotar medida que se mostre mais efetiva ao interesse administrativo do que aquela prevista em lei.

"O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da "boa administração". Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa "de modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los como concebíveis como o mais idôneos para tanto"²²⁹.

²²⁸ CARVALHO, Aurora Tomazzini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico*. 4ª ed. ampl. e atual. São Paulo: Noeses, 2014. p. 509.

²²⁹ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013. p. 125.

O autor ressalta que este dever não decorre propriamente de um dever moral do agente, mas de um dever jurídico, que lhe impõe a adoção de medidas que atendam com maior eficiência o interesse público almejado.

O princípio da proporcionalidade aproxima-se da eficiência ao enunciar a ideia de que o exercício das competências administrativas só pode ser considerado válido se realizado de acordo com a extensão e a intensidade correspondente ao que seja realmente necessário ao cumprimento do interesse público, de modo que, "ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público"²³⁰.

Comumente classificado como princípio "implícito", a proporcionalidade desempenha relevante limitação ao exercício da atividade administrativa, desdobrando-se em três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Será adequada a medida ou o ato que se mostrar apropriado para a finalidade que se presta; necessário, por ser o que representa menor desvantagem possível ao administrado; e a proporcional, em sentido estrito, por corresponder à justa medida, decorrente da avaliação de que o meio adotado é proporcional à correlata finalidade.

O vínculo entre a proporcionalidade e a eficiência fica mais claro ao considerar que eventual excesso no proceder da Administração não milita em favor de ninguém. Uma medida que se mostra desproporcional é igualmente ineficiente, acarretando ônus à Administração, seja direta ou indiretamente, e vai de encontro ao próprio interesse público.

Ao transportar estes conceitos à esfera tributária, temos a eficiência e a proporcionalidade como vetores axiológicos dos âmbitos administrativo e judicial, orientando as condutas dos entes tanto no desempenho da atividade fiscalizatória e constitutiva do crédito tributário, como na esfera litigiosa, compreendendo o processo administrativo e o judicial.

²³⁰ MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013. p. 113.

Embora digam respeito a fases distintas da relação entre o Fisco e o sujeito passivo, o fato é que são etapas intrinsecamente ligadas, sendo que as medidas administrativas tem o condão de influenciar diretamente na litigiosidade.

Tanto assim é que a medida processual adequada dentre aquelas disponibilizadas pelo sistema positivo envolvendo lide tributária está diretamente atrelada ao percurso de positivação da regra-matriz de incidência tributária.

Assim, os princípios da eficiência e da proporcionalidade devem permear o proceder do ente tributante desde a fiscalização até a extinção de crédito eventualmente constituído, em âmbito administrativo e/ou judicial, buscando por mecanismos concretos que tornem a arrecadação mais eficiente.

Exemplo bastante sensível desta realidade é tratada por Renato Lopes Becho²³¹ ao atribuir a ineficiência das execuções fiscais - que representam volume significativo de ações pendentes de julgamento no acervo dos tribunais brasileiros - a pouca efetividade da fase administrativa, especialmente à limitação da cobrança indireta realizada neste âmbito.

A problemática é retratada em percentuais pelo Relatório Analítico elaborado pelo Conselho Nacional de justiça denominado "Justiça em Números"²³²:

"Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O processo de execução fiscal chega ao Poder Judiciário depois que as tentativas de recuperação do crédito se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição em dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário já adotadas, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Acabam chegando ao Judiciário títulos de dívidas antigas ou com tentativas prévias de cobranças e, por consequência, com menor probabilidade de recuperação".

Ainda de acordo com os dados disponibilizados, as execuções fiscais representam, aproximadamente, 35% (trinta e cinco por cento) da totalidade de execuções pendentes de

²³¹ BECHO, Renato Lopes. *Ativismo jurídico em processo tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 43.

²³² Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>> Acesso em 24/11/2022.

juízo, representando taxa de congestionamento de 90% (noventa por cento), o que significa dizer que a cada cem execuções em tramitação no ano de 2021, apenas 10 foram baixadas.

Se excluídos tais processos da análise do Conselho, a taxa total de congestionamento do Poder Judiciário cairia 6,3 pontos percentuais, passando de 74,2 para 67,9% em 2021. No âmbito da Justiça Federal - a que nos dedicamos - as execuções fiscais representam 42% (quarenta e dois por cento) do acervo ativo em primeiro grau, sendo que, somente o Tribunal Regional Federal da Terceira Região possui percentual de acervo maior do que os demais em seu segmento, correspondente à 54% (cinquenta e quatro por cento).

Ainda que a problemática proposta não diga respeito especificamente à aplicação de precedente em sede de execução fiscal, tais números são relevantes para demonstrar o impacto da baixa eficiência envolvendo a exigência do crédito tributário em âmbito administrativo e, conseqüentemente, judicial.

Esta realidade descortina a urgência de se repensar a sistemática atual envolvendo as relações entre Fisco e Contribuinte, tornando mais racional a postura fazendária em juízo e, especialmente, a nosso ver, fora dele. O que se quer dizer, com isto, é que a adoção de mecanismos no âmbito administrativo pode tornar mais efetiva a arrecadação e a gestão de créditos recuperáveis, além de reduzir o ônus financeiro que o processo judicial representa à Fazenda Pública e à toda a sociedade.

Em vista desses objetivos, no ano de 2016 foi editada a Portaria PGFN nº 396 que instituiu o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC), com a principal finalidade de tornar mais eficiente a recuperação de créditos inscritos em Dívida Ativa da União (DAU) por meio de quatro procedimentos que buscam (i) automatizar o processo de coleta de informações sobre bens dos devedores, centralizando-as em um único ambiente; (ii) utilizar meio extrajudiciais para a cobrança, como Protesto; (iii) aprimorar o acompanhamento junto aos devedores que optaram pelo parcelamento da dívida para que quitem integralmente o débito; e (iv) acompanhar de perto os casos dos devedores que tenham condições de pagar mas

optam por discutir judicialmente a dívida, oferecendo alternativas para que a controvérsia seja resolvida da melhor maneira²³³.

Quanto a este último ponto, a Portaria dedica-se a medidas tendentes a "rápida resolução do litígio com obtenção de provimento judicial favorável à recuperação dos créditos executados" (art. 15, *caput*), prevendo a definição de critérios para o acompanhamento prioritário de determinadas execuções fiscais, em relação às quais serão adotadas tais medidas.

É essencial que se tenha uma mudança na perspectiva do ônus que representa à Administração, aos particulares e ao próprio Poder Judiciário, a manutenção de processos objetivando a cobrança de crédito manifestamente indevido, como é o caso daquele pautado em norma inconstitucional.

Ou seja, não basta a adoção de medidas em âmbito administrativo para reduzir a litigiosidade tendentes à recuperação de créditos executados, devendo abarcar igualmente, a extinção - e, a nosso ver, para se evitar a própria constituição - de créditos manifestamente indevidos.

A Portaria PGFN nº 33/2018²³⁴ vai ao encontro desta perspectiva, ao dispor sobre as hipóteses em que não será realizada a inscrição em dívida ativa da União, dentre as quais se encontram os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 1.035 e 1.036 do Código de Processo Civil de 2015 (art. 5º, §1º, inciso VIII).

Caso já tenha sido feita a inscrição, a Portaria regulamenta o pedido de revisão de dívida inscrita (PRDI) a fim de possibilitar a reanálise, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade dos débitos inscritos em dívida ativa da União, de natureza tributária ou não tributária, fundado em posição firmada à favor do contribuinte pelo Supremo em sede de recurso extraordinário repetitivo.

²³³ Disponível em <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/divida-ativa-da-uniao/regime-diferenciado-de-cobranca-rdcc>> Acesso em 25/11/2022.

²³⁴ Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028>> Acesso em 28/11/2022.

Ambas as possibilidades, contudo, estão condicionadas à prévia inclusão do tema na lista de dispensa de contestar e recorrer formulada pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e disponibilizada no respectivo sítio eletrônico, a que nos dedicaremos a seguir.

As portarias mencionadas nos trazem duas importantes considerações: a primeira, de que, mesmo dentro da estrita legalidade, existem mecanismos que podem ser adotados pelo ente fazendário tendentes à racionalização da arrecadação tributária e da gestão dos cofres públicos, em conformidade com os princípios da eficiência e da proporcionalidade, sem violar os limites postos por lei.

A segunda, a de que tais medidas, se adotadas em âmbito administrativo, possuem relevante impacto na esfera judicial e nos encargos dela decorrentes, tornando a atuação fazendária mais efetiva e reduzindo ônus desnecessários, de caráter financeiro ou não.

6.2. A manifestação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) como requisito para a vinculação da Administração Pública Federal: Interpretação do precedente

6.2.1. Inesgotabilidade da interpretação: o texto que gera texto.

Ao adotar a acepção de direito como sistema comunicacional composto pelas normas jurídicas vigentes em determinado território, expressas em linguagem, analisamos as percepções de interpretação de acordo com a hermenêutica tradicional e com a teoria do Construtivismo Lógico-semântico.

Enquanto para a visão tradicional o sentido e o alcance do texto eram dele extraídos através de técnicas de interpretação, para a posição moderna, o sujeito cognoscente, em lugar de extrair o sentido, o constrói através da interpretação. Sob esta perspectiva, o texto tomado em sua dimensão puramente material não tem a aptidão de expressar o sentido, sendo imprescindível a figura do ser humano para a construção da mensagem legislativa.

Neste cenário é que se justifica a classificação da norma jurídica em sentido amplo e em sentido estrito, diferenciando os enunciados prescritivos soltos inseridos ao ordenamento

pelo Legislador da estrutura hipotético condicional da norma em sentido estrito, essencial para que se possa conhecer o sentido deôntico completo da norma jurídica.

Enquanto linguagem que é, a norma não tem aptidão para incidir, de forma automática e infalível, sobre o acontecimento social, dependendo igualmente da atuação humana para que, interpretada, possa ser aplicada por subsunção se houver plena identidade entre os elementos previstos de forma geral e abstrata e àqueles contido no fato social em análise.

O ato de aplicação, vale ressaltar, é igualmente um ato de produção normativa pelo órgão competente e mediante a adoção de linguagem adequada, que, no caso do lançamento tributário, dará ensejo a uma norma individual e concreta proveniente da aplicação da regra-matriz de incidência tributária (norma geral e abstrata).

Por considerarmos como imprescindível a interpretação para a aplicação da norma jurídica, todo e qualquer sujeito em contato com o direito positivo (suporte material) somente terá acesso à mensagem legislativa através da interpretação, o que pressupõe a coexistência de mais de uma construção a partir de um mesmo suporte físico. Como tivemos a oportunidade de analisar com maior profundidade no item "2.2.3" deste trabalho, enquanto Carlos Maximiliano e Hans Kelsen se utilizavam da expressão "interpretação autêntica" para referir-se àquela produzida por determinado sujeito, Aurora Tomazzini dissocia a expressão do emissor da interpretação para relacioná-la à linguagem por meio da qual esta se materializa.

Especificamente no que diz respeito ao controle de constitucionalidade difuso realizado pela Suprema Corte, especialmente em sede de recurso extraordinário repetitivo, adotamos a interpretação produzida através do acórdão repetitivo como a interpretação autêntica, buscando diferenciá-la das demais e elegendo-a como aquela que deverá prevalecer, seja ao afirmar a constitucionalidade, ou ao declarar a inconstitucionalidade de norma jurídica questionada.

A interpretação do Supremo, portanto, gera um novo texto: o acórdão paradigma. Por termos concluído pela existência de uma norma jurídica, geral e abstrata, a partir do precedente firmado pelo STF, verificamos que a parcela vinculante não está adstrita à tese

jurídica formulada pelo órgão colegiado, que atua como facilitador para aplicação futura da orientação consolidada, mas abrange a *ratio decidendi*.

Ainda que parcela da doutrina considere que a aplicação do precedente se assemelha a aplicação da lei, cremos que a primeira envolve maior complexidade do que a segunda, ainda que em ambas a interpretação se mostre imprescindível, inexistindo uma única metodologia para se alcançar os fundamentos determinantes da decisão. Fator potencializador dessa complexidade refere-se à votação não unânime ou com a conclusão unânime, mas por motivos distintos, o que pode afetar a própria legitimidade do precedente por expressar a falta de maturidade quanto à discussão, sequer existindo unanimidade ou maioria sobre os fundamentos.

Temos a atividade desempenhada pelo Supremo através do controle de constitucionalidade difuso como o "texto que gera texto". A partir do suporte físico (texto da lei) o Supremo constrói a norma jurídica e, dessa interpretação, provém um novo texto, o acórdão paradigma, o qual será objeto de nova interpretação para que se possa construir a norma jurídica do precedente.

“Para nós, a interpretação feita pelo sujeito competente para produzir normas e aplicá-las é a mesma realizada por aquele que não goza de tal aptidão. A diferença está na linguagem (enunciado) em que ela é materializada. Para alguém dizer "a norma x é inconstitucional" atravessa os quatro planos da construção do sentido dos textos jurídicos (S1, S2, S3 e S4). O percurso realizado é o mesmo tanto para o sujeito competente (STF), quanto para aquele que não goza de tal capacidade. Ambos constroem sentidos prescritivos, um para aplicar, o outro para descrever. A diferença é que o primeiro cria novo enunciado jurídico, positivando o sentido interpretado e o segundo não.”²³⁵

Esta realidade bem atesta a inesgotabilidade da interpretação, tratada por Paulo de Barros Carvalho como uma das colunas que sustenta o processo interpretativo, juntamente com a intertextualidade. Além da produção de novos textos por meio da interpretação, a inesgotabilidade está atrelada às mutações semânticas provenientes do turbulento convívio social, podendo-se afirmar que "conhecer e operar os textos, aprofundando o saber, é obra de

²³⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: o construtivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2014. p. 266.

uma vida inteira, mesmo que se trate de algo simples, aparentemente acessível ao exame do primeiro instante"²³⁶.

A vinculação da Administração Pública à tese firmada - considerada em sentido amplo e correspondente à *ratio decidendi* - em recurso extraordinário repetitivo não está dissociada da necessidade de interpretação da norma advinda do precedente, o que se dará através das notas interpretativas formuladas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

Assim, embora a vinculação decorra do julgamento do Supremo, e não das portarias e pareceres produzidos pela Administração, estes desempenham relevante papel de uniformização *interna corporis*, ou seja, dentro do próprio órgão, acerca da *ratio decidendi* firmada pelo Supremo Tribunal Federal. A formulação da interpretação do acórdão paradigma será mais ou menos relevante a depender da complexidade para o alcance da norma do precedente, todavia, a sua edição será sempre recomendável para que se possa viabilizar, também ao particular, segurança jurídica e previsibilidade quanto à interpretação da Fazenda ao *quantum* fixado pela Suprema Corte.

Sem a pretensão de exaurir a questão e todos os atos interpretativos formulados sobre julgamento submetidos ao rito do artigo 543-B, do Código de Processo Civil de 1973, como do artigo 1.036 e seguintes, do Código de Processo Civil de 2015, serão analisadas a seguir algumas das Notas Explicativas e Pareceres formulados a fim de melhor elucidar a sua utilização como meio de veicular a interpretação autêntica na esfera administrativa.

6.2.2. A edição de notas interpretativas pela PGFN: Lei nº 10.522/02 e Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014: a veiculação da "interpretação autêntica" formulada pela Administração Pública sobre o teor do precedente.

²³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015. p. 209.

Como mencionado, empregamos a expressão "interpretação autêntica" para nos referirmos àquela materializada em determinada linguagem jurídica, assim eleita pelo ordenamento jurídico como a que deve prevalecer em detrimento das demais que possam ser construídas a partir daquele mesmo enunciado prescritivo.

Tomado o acórdão proferido em controle de constitucionalidade difuso pelo Supremo Tribunal Federal sob o rito dos recursos extraordinários repetitivos como texto que demanda, necessariamente, interpretação, temos a formulação a *ratio decidendi* pelo intérprete. Ainda que a tese jurisprudencial referente ao enunciado formulado pela própria Corte como síntese da conclusão alcançada, possa atuar como importante elemento facilitador da aplicação do precedente, podemos verificar que a força vinculante se encontra na norma geral e abstrata produzida através da *ratio decidendi*.

Neste cenário, também como o texto positivo da lei pode gerar mais de uma interpretação, o texto do acórdão paradigma pode gerar - como de fato gera - mais de uma interpretação possível. As Notas explicativas formuladas pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, portanto, são instrumentos pelo qual será explicitada ao órgão o alcance do precedente e os desdobramentos em âmbito administrativo, a depender da existência ou não de outros argumentos não enfrentados pela Suprema Corte e que possam, em algum momento, levar à modificação da orientação consolidada.

Há, com isto, a veiculação da "interpretação autêntica" do acórdão repetitivo posta em âmbito Administrativo por meio das Notas explicativas, de modo a garantir maior segurança jurídica quanto a interpretação que deve prevalecer de maneira uniforme no âmbito da Fazenda Pública Federal.

No âmbito legal, a Lei nº 10.522/02 prevê em seu artigo 19 a dispensa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional quanto ao dever de contestar, oferecer contrarrazões e de interpor recursos, bem como, a autorização para desistência de recurso já interposto, na hipótese de a ação ou decisão judicial ou administrativa versar sobre tema fundado em dispositivo legal que tenha tido a sua execução suspensa por resolução do Senado Federal, ou que tenha sido definitivo pelo Supremo em sentido desfavorável à Fazenda em sede de controle concentrado de constitucionalidade (inciso V), assim como, em relação à tema decidido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral ou recurso repetitivo ou não houver a

viabilidade de reversão da tese firmada em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, desde que inexista outro fundamento relevante (inciso VI).

A corroborar com a vinculação da *ratio decidendi*, e não apenas da tese jurisprudencial expressamente formulada pelo Tribunal, o §9º do artigo em análise prevê a extensão das hipóteses de dispensa previstas nos incisos V e VI "a tema não abrangido pelo julgado, quando a ele forem aplicáveis os fundamentos determinantes extraídos do julgamento paradigma ou da jurisprudência consolidada, desde que inexista outro fundamento relevante que justifique a impugnação em juízo".

O artigo 19-A, incluído pela Lei nº 13.874/2019, trata especificamente das hipóteses em que os Auditores Fiscais da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil deixaram de constituir o crédito tributário (a lei diz "não constituirão"), em relação às matérias elencadas nos incisos do artigo 19, observando o disposto no respectivo Parecer sobre o tema da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a que estarão vinculados tanto em relação à não realização do lançamento tributário, como para fins de revisão de ofício do lançamento e de repetição de indébito administrativa.

Previamente ao Parecer, serão realizadas comunicações dos julgamentos proferidos em controle concentrado de constitucionalidade ou sob os ritos do artigo 543-B, do CPC/73, e do artigo 1.036 e seguintes do CPC/15, nos termos regulamentados pela Portaria PGFN/RFB nº 1, de 12 de fevereiro de 2014.

Caberá à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional cientificar a Secretaria da Receita Federal do Brasil acerca das matérias incluídas na lista de Acompanhamento Especial e de interesse da Fazenda Nacional afetadas para julgamentos pelas sistemáticas citadas, cabendo à Receita, de outro lado, informar o impacto econômico de eventual entendimento desfavorável à Fazenda Nacional, que serve muitas vezes para como argumento de cunho financeiro para demonstrar o impacto do julgamento perante à Suprema Corte, bem como, para pedidos de modulação de efeitos.

A orientação firmada pelo Supremo por ocasião do julgamento do mérito recursal repetitivo ou sob o rito da repercussão geral será igualmente informada à Receita Federal do Brasil no prazo de dez dias contados da publicação do acórdão paradigma, oportunidade em

que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional comunicará a possível inclusão da matéria na lista de dispensa de contestar e recorrer.

Devidamente cientificada, a Receita poderá enviar considerações ou questionamentos acerca da extensão, do alcance ou da operacionalização do cumprimento das decisões, após as quais poderá ser a matéria incluída na lista de dispensa de contestar e recorrer.

A Portaria determina a elaboração de Nota Explicativa sobre a inclusão ou não da matéria de lista de dispensa em questão, apenas nos casos em que o acórdão paradigma for desfavorável à Fazenda Nacional, a ser enviada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no prazo de trinta dias, contados do termo final para que a Receita solicite esclarecimentos sobre o julgamento, e será disponibilizada no sítio da RFB na internet.

Especificamente sobre a decisão proferida em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso, sob o rito do artigo 534-B do CPC/73, atualmente regulamentado pelo artigo 1.036 do CPC/15, assim dispõe a Portaria:

"Art. 4º. Para fins de aplicação do entendimento firmado no Parecer PGFN nº 492, de 20 de março de 2011, a PGFN cientificará a RFB por meio de Nota Explicativa, acerca do trânsito em julgado das decisões proferidas pelo STF, favoráveis ou não à Fazenda Nacional, em controle concentrado de constitucionalidade e na sistemática do art. 543-B do CPC, a qual deverá conter as providências a serem adotadas pela RFB.

§1º. A ciência a que se refere o caput deverá ser realizada também em relação às decisões transitadas em julgado anteriormente à data de publicação desta Portaria.

§2º. A PGFN elaborará, também, Nota Explicativa contendo as matérias julgadas antes de 2 de maio de 2007, em sede de controle difuso de constitucionalidade, desde que as respectivas decisões tenham sido oriundas do Plenário do STF e confirmadas em julgados posteriores da Suprema Corte".

O mencionado Parecer PGFN nº 492, de 20 de março de 2011²³⁷, diz respeito aos efeitos que produz a modificação de precedente definitivo do Supremo Tribunal Federal em relação à coisa julgada formada envolvendo relação tributária continuativa, cuja ementa, dada a relevância da temática, passa-se a transcrever a seguir.

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

1. A alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de uma dada relação jurídica tributária nova, que, por isso, não é alcançada pelos limites objetivos que balizam a eficácia vinculante da referida decisão judicial. Daí por que se diz que, alteradas as circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes à época da prolação da decisão, esta naturalmente deixa de produzir efeitos vinculantes, dali pra frente, dada a sua natural inaptidão de alcançar a nova relação jurídica tributária.
2. Possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados; (ii) quando posteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do Plenário do STF e confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.
3. Os precedentes objetivos e definitivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgados que lhes forem contrárias.
4. A cessão da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado opera-se automaticamente, de modo que: (i) quando se der a

²³⁷ Disponível em <<https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/representacao-judicial/documentos-portaria-502/PARECER%20CRJ%20492-11.pdf>> Acesso 29/11/2022.

favor do Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional na anterior decisão, em relação aos fatos geradores praticados dali pra frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; (ii) quando se der a favor do contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional na decisão anterior, em relação aos fatos geradores praticados dali pra frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido.

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

Esclareça-se que o marco temporal de 03 de maio de 2007, utilizado para diferenciar as espécies de decisões vinculantes proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, remete à data de início da exigência da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, que se deu com a publicação da Emenda Regimental nº 21/2007²³⁸.

Por meio do referido Parecer, há o reconhecimento pela Administração Pública da sua automática vinculação ao controle de constitucionalidade difuso realizado pelo Supremo ainda sob o rito do Diploma Processual anterior, cuja força vinculante era menor do que a da sistemática atual, alcançando os casos sobrestados à época e, de forma persuasiva, os julgamentos supervenientes.

É o que bem reflete a fundamentação utilizada no item "b.1. - A jurisprudência do Plenário do STF, em controle concentrado ou, em algumas hipóteses, difuso de constitucionalidade, possui força para impactar ou alterar o sistema jurídico", o que se admitiu - e ainda se admite - em razão do exposto reconhecimento pelo Ministério da Fazenda, através da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da função institucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição Federal, a quem compete o monopólio para

²³⁸ Vide item 4.2.2. O julgamento do recurso extraordinário pela sistemática de "repercussão geral": artigos 543-A e 543-B do CPC/73.

proferir a última palavra em matérias envolvendo a compatibilidade das leis em face da Constituição e a interpretação do próprio texto constitucional.

Para que o precedente possa ter aptidão de impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, impõem-se a presença de duas características essenciais, quais sejam, a de que a questão constitucional tenha sido enfrentada de forma objetiva, resolvida em tese, sem qualquer apego a dados subjetivos da demanda concreta; e a de que essa decisão esteja vocacionada a representar a palavra final da Suprema Corte.

Os requisitos trazidos são semelhantes àqueles citados por André Puccinelli Júnior²³⁹, abordados anteriormente, ao tratar da abstrativização do controle difuso, referentes a (i) ter sido a decisão prolatada pelo menos órgão que detém competência para o julgamento na via concentrada (plenário do Supremo); e (ii) limitada à discussões abstratas, sem adentrar em aspectos particulares, personalíssimos ou materiais afetos ao caso concreto.

Como mencionado, este último ponto, também abarcado pelo Parecer, parece não se conformar com o controle de constitucionalidade realizado pela via do recurso extraordinário, que envolve, necessariamente, uma lide concreta, atuando os fatos como importante elemento para a construção da *ratio decidendi*.

A predominância da questão jurídica sobre a questão fática não implica na completa ausência da questão factual, a que necessariamente está atrelado o controle e a interpretação do ordenamento jurídico.

Há que se notar ainda que o Parecer não condiciona a vinculação à Resolução do Senado de que trata o artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, precisamente por reconhecer, já àquela época, a tendência de "dessubjetivação" do controle de constitucionalidade exercido na modalidade difuso, o que o aproxima do exercício na modalidade concentrada. É o que bem atestam os seguintes trechos do Parecer:

"34. De fato, a objetividade que tem caracterizado as decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle difuso de constitucionalidade, somada à definitividade alcançada quando essas decisões resultam de julgamentos

²³⁹ PUCCINELLI JÚNIOR, André. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 149.

formados nos moldes do art. 543-B do CPC, tomam as definições nela contidas perfeitamente aplicáveis, tanto quanto as proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a todas as demandas judiciais que, eventualmente, tratem da mesma questão jurídica nelas enfrentadas, sendo aptas, ainda, a reger a atuação da Administração Pública Direta e Indireta. Tanto uma (a proferida em controle difuso, nos termos do art. 543-B do CPC) quanto a outra (a proferida em controle concentrado) são oriundas do mesmo órgão (Pleno do STF) e resolvem, de forma igualmente final e estável, as questões constitucionais que lhe são submetidas, fazendo-o sempre à luz da ordem objetiva, sem qualquer apego a eventuais dados subjetivos da causa.

35. Se é assim, então a simples circunstância de decisões proferidas pelo STF em controle difuso resolverem questões jurídicas de forma incidental, por ocasião do julgamento de recursos, e não de forma principal, por ocasião do julgamento de pedido formulado em ação originária, e não de forma principal, por ocasião do julgamento de pedido formulado em ação originária, não parece configurar razão suficientemente relevante para lhes negar a força de vincular os demais órgãos jurisdicionais na resolução de demandas judiciais que tratem de questões jurídicas idênticas às nelas tratadas, bem como a atuação da Administração Pública direta e indireta. Note-se que pretender justificar, apenas em tal circunstância, a diferença entre a extensão da eficácia vinculante emanada das decisões proferidas pelo Plenário do STF em controle concentrado e aquela emanada das decisões proferidas, nos moldes do art. 543-B, do CPC, pelo mesmo Plenário, em controle difuso, já que escorada em critério cuja relevância, se um dia já se fez presente, certamente inexistia na realidade jurídica atual".

A posição trazida pela Fazenda Nacional por meio do Parecer vem ao encontro do que temos defendido até aqui acerca da vinculação da Administração Pública ao acórdão proferido em sede de recurso extraordinário repetitivo, e está amparada na competência constitucional outorgada ao Supremo Tribunal Federal em formular a interpretação final do texto constitucional e realizar o controle de constitucionalidade, sendo insuficiente para afastar a vinculação da orientação firmada, o fato desta se dar em caráter principal ou incidental. Importa, contudo, que haja controle abstrato da norma jurídica, ainda que a partir de um caso concreto.

Outro ponto bem ressaltado é o fato de que tanto no controle concentrado como no difuso o órgão prolator do acórdão é o mesmo, ou seja, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, a quem compete produzir a interpretação final através da linguagem adequada (acórdão proferido em conformidade com o rito processual legalmente previsto).

Todavia, entende-se que o reconhecimento da aptidão do julgamento sob o rito da repercussão geral, previsto pelo artigo 543-B do CPC/73, de impactar o ordenamento jurídico,

não significaria o reconhecimento da atribuição de eficácia vinculante *erga omnes*, o que ainda seria um fator diferenciador entre os modelos de controle difuso e concentrado. Haveria, no entender fazendário, uma eficácia persuasiva especial, por representar o juízo de certeza final acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma determinada lei ou acerca da interpretação que deverá prevalecer sobre o texto constitucional.

Ou seja, ainda que sob a vigência do Diploma Processual anterior o Parecer afastasse expressamente a eficácia *erga omnes* do julgamento do recurso extraordinário sob o rito da repercussão geral, há expresse reconhecimento de que a interpretação constitucional por ele firmada tem o condão de orientar o proceder da Administração Pública direta e indireta, tanto para autorizar a imediata exigência de tributo declarado constitucional como para afastá-lo em caso de declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica.

A falta de eficácia *erga omnes*, contudo, restou superada com o advento do Código de Processo Civil, o qual expressamente atribuiu eficácia vinculante e *erga omnes* dos acórdãos proferidos sob a sistemática de recurso extraordinário repetitivo, admitindo, inclusive, o cabimento de reclamação constitucional em caso de descumprimento do precedente ali firmado.

A vinculação da Administração, portanto, é ainda mais clara diante da sistemática atual, especialmente com a ampliação da participação de terceiros e a viabilização de audiências públicas para o amadurecimento do tema constitucional controvertido, com uma aproximação cada vez mais significativa entre os modelos difuso e concentrado de controle de constitucionalidade.

Sem a pretensão de adentrar na discussão que envolve o acerto - ou não - da posição fazendária quanto aos efeitos automáticos do julgamento formulado pelo Supremo em relação à coisa julgada definitivamente constituída em ação individual, mas com o olhar posto precisamente no reconhecimento da vinculação destes julgados em relação à Administração Fazendária, atingindo a própria constituição do crédito tributário, importa citar a recente discussão submetida ao crivo da Suprema Corte.

Por meio dos Recursos Extraordinários 949.297 e 955.227 (temas de repercussão geral 881 e 885, respectivamente) está em julgamento a discussão acerca da necessidade do ajuizamento de ação rescisória para revogação da coisa julgada formada em demanda individual

em desconformidade com a orientação posteriormente firmada pelo Supremo em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou em controle difuso com repercussão geral.

No último dia 21 de novembro de 2022²⁴⁰, em julgamento realizado por meio do Plenário Virtual referente ao RE nº 949.297, o Supremo Tribunal Federal formou maioria de votos para reconhecer a quebra da coisa julgada por força do julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade, sendo a tese proposta até o momento pelo Ministro Relator Luiz Edson Fachin a seguinte:

"A eficácia temporal de coisa julgada material derivada de relação tributária de trato continuado possui condição resolutiva que se implementa com a publicação de ata de ulterior julgamento realizado em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, quando os comandos decisórios sejam opostos, observadas as regras constitucionais de irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, de acordo com a espécie tributária em questão".

Em relação ao RE 955.227, que trata especificamente dos efeitos da orientação firmada no modelo difuso (incidental), o Ministro Relator Roberto Barroso propôs duas teses, que ainda estão em análise pelo Supremo, sendo estas:

"As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas de trato sucessivo".

"Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das sentenças transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo".

Dentre os fundamentos utilizados pelo Ministro Relator, há expressa menção à abstratização do controle difuso de constitucionalidade sobre os aspectos das mudanças legislativas e jurisprudencial perante a própria Corte, com destaque para as inserções ao texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dentre as quais a exigência do requisito

²⁴⁰ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-21/stf-forma-maioria-reversao-decisao-transitada-julgado>> Acesso em 29/11/2022.

da repercussão geral e as modificações inseridas com o advento do Código de Processo Civil de 2015 (artigo 927, inciso III).

Neste contexto, conclui que a aproximação dos modelos de controle de constitucionalidade é algo natural e esperado, ao ponto de que a discussão acerca da definição dos efeitos da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato em sentido oposto ao declarado em decisões transitadas em julgado referentes a relações de trato sucessivo foi levada à Corte através de Recurso Extraordinário com repercussão geral (RE 949.297).

Defende, assim, a necessidade de que se reconheça que a declaração de inconstitucionalidade em sede de recurso extraordinário com repercussão geral tem os mesmos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* atribuído às ações de controle abstrato (concentrado), de modo que, a Resolução do Senado prevista pelo artigo 52, X, da CF/1988, possuirá a finalidade de publicizar as decisões de inconstitucionalidade, não configurando requisito para a atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes*.

Até o momento, o Ministro Edson Fachin realizou pedido de destaque, enquanto os Ministros Rosa Weber, Dias Toffoli, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes acompanharam o Relator, tendo este último apresentado voto com ressalvas, de modo que a discussão ainda não se encerrou.

Sem o intuito de adentrarmos aos pormenores do caso, buscamos ressaltar os indicativos da consolidação em âmbito judicial pela Suprema Corte e até mesmo em âmbito administrativo e legal, da abstratização do controle de constitucionalidade difuso e da aproximação entre os modelos vigentes em nosso ordenamento, o que justifica e torna necessária a equiparação também dos seus efeitos, podendo alcançar, a interpretação constitucional firmada pelo Superior Tribunal Federal em sede de recurso extraordinário repetitivo, também a Administração Pública Fazendária, impedindo-a de constituir, através do lançamento tributário, tributo fundado em norma declarada inconstitucional, ou em conformidade com interpretação que tenha sido considerada como contrária ao texto constitucional.

Ressaltamos, com isso, que a vinculação se dá com a publicação do acórdão paradigma, e não com a edição de Parecer e/ou Nota Explicativa da Procuradoria-Geral da

Fazenda Nacional, que tem a finalidade de formular a "interpretação autêntica", ou seja, de veicular a interpretação dada pelo órgão à *ratio decidendi* firmada em sede de repetitivo, dando maior previsibilidade, uniformidade e segurança jurídica em relação ao alcance do precedente.

A despeito do nosso entendimento, o artigo 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014 afasta a vinculação em relação às matérias em que a PGFN decidir continuar contestando e recorrendo, mesmo tendo havido julgamento desfavorável à Fazenda sob o rito da repercussão geral ou dos recursos especiais repetitivos, hipótese em que deverá, a margem da interpretação firmada pelos Tribunais Superiores, proceder o lançamento tributário.

Tal possibilidade, a nosso ver, representa afronta ao princípio da eficiência e da proporcionalidade, gerando ônus excessivo à Administração e aos cofres públicos, ao impor a constituição de crédito manifestamente indevido e que na esfera litigiosa, seja ela administrativa, seja judicial, será anulado, com risco de imposição ao pagamento de custas e honorários sucumbenciais.

6.2.2.1. Notas explicativas de decisões que vinculam a Receita Federal do Brasil: uma perspectiva pragmática

Ainda que se entenda que os Pareceres e as Notas explicativas formuladas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não tenham o condão de atribuir eficácia vinculante em relação da Receita Federal do acórdão proferido sob a sistemática de recurso extraordinário repetitivo - a qual decorre, vale ressaltar, da aproximação deste modelo ao controle de constitucionalidade concentrado - estes desempenham uma relevante função: a de veicular, por linguagem competente, a interpretação dada pelo órgão à norma do precedente firmada pela Suprema Corte.

Não obstante, a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014 prevê a possibilidade de edição de Parecer/Nota explicativa justificando a não vinculação da Receita Federal do Brasil à determinado acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo Supremo Tribunal Federal em sede de recursos repetitivos ou repercussão geral. Contudo, a consultar os

documentos disponibilizados no sítio eletrônico²⁴¹ do órgão, constam apenas três Notas não vinculantes, todas relacionadas à recursos especiais.

As Notas não vinculante são as de nºs 561/2016 (relacionada aos Recursos Especiais nºs 1.141.667/RS e 1.164.716/MG), 864/2015 (relacionada ao Recurso Especial nº 1.396.488/SC) e 640/2014 (relacionada ao Recurso Especial nº 1.230.957/RS), e seguem estrutura parecida, partindo da apresentação do recurso paradigma, os pontos enfrentados e utilizados como fundamentação do acórdão e àqueles eventualmente não levados em consideração pelo Superior Tribunal de Justiça. Além disso, nos três casos a ausência de dispensa de recorrer e contestar, e, por conseguinte, a falta de vinculação da Administração à interpretação infraconstitucional firmada para o lançamento tributário, tem por fundamento a possibilidade de modificação da posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, ao analisar a controvérsia sob a perspectiva constitucional.

Equivale dizer que, ao menos das Notas já produzidas e disponibilizadas atualmente, a não vinculação decorre da possibilidade de modificação da orientação pela Suprema Corte, a quem compete dar a palavra final em matéria constitucional, sobrepondo-se, com isto, à solução dada sob o aspecto legal. Não se trata de mera discordância quanto à *ratio decidendi* firmada, mas de contribuir ativamente para a modificação do julgamento desfavorável ao interesse da Fazenda pela perspectiva constitucional.

Daí também decorre a conclusão de que a inexistência de Notas não vinculantes quanto ao recurso extraordinário julgado sob a sistemática da repercussão geral (art. 543-B, CPC/73) e/ou de recurso extraordinário repetitivo, por caber ao Supremo dar a interpretação final, estando a Constituição no cume da hierarquia das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, exceto se por outra razão não analisada, o que normalmente se dá em caso de declaração de constitucionalidade da norma, mantendo-se a autorização de tributação, a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso, observadas

²⁴¹ Disponível em <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos>> Acesso em 30/11/2022.

as sistemáticas em análise, assim como, a interpretação conforme a Constituição, deverão ser respeitadas pela Administração Pública ao proceder (ou deixar de) o lançamento tributário.

No que diz respeito às Notas e Pareceres vinculante, a mais antiga disponibilizada no sítio eletrônico do órgão fazendário é a Nota PGFN/CRJ nº 1.114/2012, proveniente de consulta encaminhada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil solicitando manifestação da Coordenação-Geral de Representação Judicial da Fazenda Nacional (CRJ) acerca da delimitação das matérias decididas nos julgados submetidos à sistemática de julgamento prevista nos artigos 543-B e 543-C do CPC/73, com a finalidade de subsidiar a sua adoção na esfera administrativa.

A relação de casos foi indicada por meio de lista anexa, com o destaque de que servirá "como um norte na atuação da RFB sem prejuízo da consulta ao inteiro teor de cada julgado para definição das minúcias a serem adotadas em cada caso concreto".

As duas notas subsequentes (Nota PGFN/CRJ/nºs 1.549/2012 e 1.582/2012) foram editadas como complementação da Nota PGFN/CRJ nº 1.114/2012, apenas indicando julgamentos posteriores à lista anexa.

A primeira Nota editada nos moldes da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/2014 foi a Nota PGFN/CRJ nº 775/2014, que trata do termo inicial de correção monetária dos crédito de IPI, com a inclusão do tema na lista de RE/REsp julgados em desfavor da Fazenda Nacional, na forma dos artigos 543-B e 543-C, do CPC/73, e a exclusão de um dos temas da lista anexa com ressalvas que continuarão a ser objeto da dispensa. Por meio desta Nota, a PGFN trouxe de forma mais detalhada as alegações suscitadas e enfrentadas pelos Tribunais Superiores.

Dentre os documentos posteriormente elaborados e publicados, importa citar o Parecer SEI nº 18361/2021/ME, relacionado ao Tema nº 72 da Repercussão Geral (RE 576.967/PR) por meio do qual o STF declarou inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária patronal sobre o salário-maternidade.

Ao analisar o conteúdo do julgado, a PGFN não se limitou à tese jurisprudencial formulada pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que "é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade", mas

sintetizou as alegações trazidas pelas partes litigantes no recurso representativo da controvérsia, buscou identificar os fundamentos determinantes do voto-condutor do acórdão e demais votos apresentados, a fim de construir a norma do precedente.

A interpretação do acórdão paradigma em busca da *ratio decidendi*, além de confirmar o caráter vinculante desta - e não apenas da tese - foi imprescindível para que se pudesse concluir pelo alcance desta orientação ao ente fazendário. Isto porque, como bem ponderado por meio do Parecer, a Suprema Corte concluiu que o salário-maternidade não configura remuneração da contribuição previdenciária salarial por não referir-se à remuneração, mas à benefício previdenciário.

Sobre o mesmo fundamento, conclui pela impossibilidade de se alcançar, por meio deste acórdão paradigma, as contribuições devidas pela empregada, incidentes sobre materialidade distinta e com especificidades que a distinguem do precedente. Assim o Parecer conclui:

"Considerando que os fundamentos determinantes para reconhecer a invalidade formal e material da incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o salário-maternidade não podem ser estendidos à contribuição previdenciária da empregada, deve-se impugnar judicialmente as demandas com a apresentação das distinções aplicadas à espécie, a fim de evitar a consolidação de uma jurisprudência defensiva em torno da matéria."

Em sentido semelhante, foi emitida a Nota SEI nº 21/2022/COJUD/CRJ/PGAJUD/PGFN-ME contendo esclarecimentos quanto ao alcance da dispensa objeto do Parecer SEI nº 16.162/2021/ME que trata do RE nº 596.832/RJ, em que foi autorizada pela Suprema Corte a restituição dos valores recolhidos a maior a título de PIS e COFINS mediante o regime de substituição tributária, especificamente quanto ao comércio de cigarros e cigarrilhas.

O primeiro ponto que merece destaque é o fato de estar o RE atrelado ao tema nº 228 da repercussão geral, com a expressa menção de que foi julgado sob a sistemática do art. 1.036, que não se confunde com o julgamento de mérito da repercussão geral, exigindo a presença da multiplicidade de casos (rito do recurso extraordinário repetitivo).

Não obstante, a Nota tem início com a retomada da orientação veiculada pelo Parecer SEI nº 16.162/2021/ME a fim de melhor delinear os fundamentos determinantes

utilizados pela Suprema Corte e a correlata interpretação da norma do precedente formulada em âmbito administrativo. A controvérsia foi retomada em âmbito judicial por conta do ajuizamento de diversas ações por varejistas e sindicatos de categorias econômicas que comercializam cigarros e cigarrilhas com o intuito de ver aplicada a *ratio* do tema nº 228 ao seu caso concreto.

Ao interpretar o acórdão paradigma, contudo, a Fazenda considerou que o fato de o comércio de cigarro constar com os setores ainda submetidos à substituição tributária do PIS/COFINS, isto seria insuficiente para atrair a orientação vinculante, segundo a qual seria crucial que o fato gerador tenha ocorrido de modo diverso do presumido, ausente no caso concreto.

Além de abordar o alcance da *ratio decidendi* para casos semelhantes, a Nota com os esclarecimentos prestados vem a confirmar a relevância dos fatos para a correta construção da norma do precedente, de modo a se estabelecer os fatos essenciais que influenciaram a formação do livre convencimento motivado do julgador.

Por fim, não se poderia deixar de abordar os Pareceres expedidos pela Fazenda Nacional interpretando os limites da chamada "tese do século", por meio da qual o Supremo Tribunal Federal fixou como tese: "O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS".

A elaboração do Parecer SEI nº 7698/2021/ME antes da publicação do acórdão que acolheu os embargos opostos pela Fazenda Pública para modular os efeitos acórdão proferido no RE 574.706 (tema nº 69 da repercussão geral), se deu com o intuito de formular orientações preliminares para o início da adequação, normativa e procedimental, para cumprimento da tese fixada no julgamento.

A relevância que envolve a discussão decorre da complexidade de seu cumprimento pela Administração, os vultuosos valores envolvidos e o considerável impacto na sistemática de cobranças do PIS e da COFINS, além de ter gerado as chamadas "teses filhotes", que dizem respeito à exclusão de outros tributos da base de cálculo das contribuições por não se confirmarem à definição de faturamento.

A multiplicidade de fundamentos adotadas pelos Ministros julgadores para alcançar a mesma conclusão foi um fator complicador à delimitação da *ratio decidendi*, tendo a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional considerado como vinculantes os seguintes pontos:

"a) conforme decidido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Tema 69 da Repercussão Geral, "O ICMS não compõe a base de cálculo para incidência do PIS e da COFINS";

b) os efeitos da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, devem se dar após 15.03.2017, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocoladas até (inclusive) 15.03.2017 e

c) o ICMS a ser excluído da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS é o destacado nas notas fiscais".

Tendo em vista que o Parecer foi emitido em caráter de orientação preliminar, posteriormente foi publicado o Parecer SEI nº 14483 como manifestação explicativa, objetivando traçar esclarecimentos a respeito da tese diante da sistemática da não cumulatividade discutida no julgamento do RE 574.706/PR.

O primeiro, é o de que não consta do julgado nenhuma alteração ou referência quanto à sistemática da não cumulatividade do PIS e COFINS, que possuem regramento infraconstitucional próprio, não tangenciado nas razões de decidir da Suprema Corte. Isto porque, à luz do princípio da congruência, a Corte não poderia ter analisado o regime não cumulativo por conta do pedido do contribuinte no recurso extraordinário representativo da controvérsia, motivo pelo qual não se vislumbra, com base apenas no conteúdo do acórdão, a possibilidade de se proceder ao recálculo de critérios de PIS/COFINS apurados nas operações de entrada.

Este ponto bem reflete a importância da delimitação da controvérsia submetida ao crivo da Suprema Corte sob o rito da repercussão geral (art. 543-B, do CPC/73) e dos recursos extraordinários repetitivos (art. 1.036, CPC/2015), bem como, dos fatos concretos tratados no recurso representativo da controvérsia para a construção da norma do precedente, sendo equivocada a afirmação de que seria de "mero pretexto" para a o controle abstrato da norma jurídica, estando diretamente atrelado à constitucionalidade ou inconstitucionalidade a ser declarada pelo STF.

Os demais esclarecimentos envolvem a análise das alegações suscitadas em embargos de declaração e rejeitadas pelo Supremo, no sentido de reconhecer que não modificariam, se acolhidas, a conclusão alcançada, os impactos da modulação de efeitos e a sua aplicação para os débitos inscritos em dívida ativa mas ainda não ajuizados, e a aplicação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, o qual já foi devidamente abordado e trata da quebra automática dos efeitos da coisa julgada em relação de trato continuado, autorizando o não pagamento pelo contribuinte e o não lançamento de ofício pela Administração de tributo considerado inconstitucional. A sua observância diante das especificidades do caso concreto, de acordo com o Parecer, "as prestigia, visto que mantido como marco da cessação da eficácia das decisões anteriores a definitividade do precedente com repercussão geral".

Esta breve análise das Notas/Pareceres já emitidos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre os efeitos do acórdão proferido pelo rito do recurso extraordinário repetitivo (CPC/15) ou com repercussão geral (CPC/73), vem a corroborar com a nossa afirmação de que dizem respeito à linguagem competente pela qual o órgão explicita a "interpretação autêntica" que deve ser observada pela Administração Pública.

Esta interpretação tem por objetivo construir a norma do precedente através da busca pela *ratio decidendi* e o seu alcance no âmbito de atuação da Receita Federal do Brasil. Cabe ressaltar que a formulação dessa interpretação envolve um certo amadurecimento - e não apenas a imposição pronta e acabada - por ser precedida de comunicações e solicitações de esclarecimentos entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

CONCLUSÕES

Por meio do presente estudo, foram alcançadas as conclusões abaixo relacionadas, na ordem que foram abordadas e em conformidade com as premissas adotadas e devidamente desenvolvidas.

(Capítulo 01 - Direito Positivo e norma jurídica)

1. Para a filosofia da linguagem, o conhecimento é fruto da relação entre significações, de modo que, a realidade é constituída, criada pela própria linguagem. O conhecimento dos eventos se dá através da construção de ato linguístico (fato social), não sendo possível conhecê-lo plenamente, na medida em que se esvai no tempo e no espaço, permanecendo apenas a parcela convertida em linguagem.
2. Isto não significa a negação da existência de objetos físicos externos ao ser humano, mas admite-se que o conhecimento destes objetos se dá através da linguagem, justificando a afirmação de que é esta que constitui a realidade a que se tem acesso.
3. O Direito Positivo não foge a esta realidade, sendo possível afirmar que onde houver direito haverá igualmente linguagem. À luz dos ensinamentos da Escola do Construtivismo Lógico-Semântico, adotou-se a percepção do Direito como sistema comunicacional, classificado como autopoietico, na medida em que detém tamanha autonomia que cria as próprias regras e regulamentações. É o próprio Direito que estabelece os critérios para que determinada norma possa ou não ser considerada como jurídica e pertencente ao sistema.
4. Neste cenário, ordenamento jurídico e sistema do Direito Positivo são consideradas como expressões sinônimas, de acordo com a posição de Paulo de Barros Carvalho, pois mesmo o Direito Positivo conta com um mínimo de organização e racionalidade. Assim, entende-se ordenamento jurídico como conjunto de normas positivadas vigentes em determinado território e constitutivas de uma realidade própria e autônoma à realidade social: a realidade jurídica.
5. A vigência e a eficácia referem-se à atributos da norma jurídica válida, sendo que a primeira corresponde à aptidão da norma para irradiar os efeitos jurídicos em certo espaço territorial e temporal. A eficácia, por sua vez, subdivide-se em técnica, jurídica e social, e diz respeito à efetiva produção destes efeitos previstos abstratamente.

6. O texto da lei, considerado em seu aspecto material, é insuficiente para irradiar os efeitos jurídicos tendentes à regulamentação das relações sociais. Faz-se imprescindível, em uma visão antropocêntrica, a figura do ser humano, a quem caberá atribuir sentido ao texto e construir a norma jurídica por meio da interpretação, sem a qual não se pode alcançar o sentido deôntico completo da mensagem legislativa.
7. Daí decorre a classificação da norma em sentido amplo - correspondente à todos os elementos que pertencem ao sistema do direito positivo - e em sentido estrito - que se refere à estruturação das proposições jurídicas na forma hipotético condicional, em que determinada hipótese implicará em certa consequência.
8. O que dá juridicidade à norma, diferenciando-a das demais normas prescritivas que regulam as relações sociais, é a coação, a possibilidade de imposição coercitiva do cumprimento da obrigação legalmente prevista e que não foi voluntariamente observada pelo destinatário da norma. A norma jurídica completa, com isto, é composta pela norma primária (dispositiva ou sancionatória) de caráter material e pela norma secundária, de natureza processual, a qual prevê a atuação Estatal para o cumprimento coercitivo do dever legal.
9. O agir estatal previsto pela norma secundária não se limita à execução forçada de um dever legalmente imposto, mas pode corresponder também a uma norma de revisão sistêmica, que se presta a expulsar outra norma do sistema, como se dá no exercício de controle de validade da norma jurídica.
10. Os requisitos de validade estão atrelados à (i) ter sido a norma produzida por autoridade competente e (ii) em atenção ao procedimento próprio, assim estabelecidos pelo próprio ordenamento, o que traz à tona a questão da tripartição de Poderes e a função desempenhada por cada um.
11. A fonte do Direito reside na enunciação, nos atos de fala produzidos pelos órgãos competentes em observância ao procedimento legalmente prescrito, os quais inserem ao ordenamento os enunciados prescritivos - suporte físico da norma jurídica - precisamente através da atividade de enunciação. Nesta senda, a lei não é fonte do Direito, mas veículo pelo qual os enunciados passam a integrar o sistema do direito posto.

(Capítulo 02 - A construção da norma jurídica e a interpretação autêntica)

12. A Hermenêutica é a ciência dedicada ao estudo e a sistematização do processo interpretativo, o qual tem a finalidade de determinar o sentido e o alcance de determinada expressão. Para a hermenêutica clássica, o sentido está posto no texto, cabendo ao intérprete apenas descobri-lo. Para tanto, foram desenvolvidas técnicas de interpretação com a adoção de critérios objetivos para estruturar e ordenar a interpretação, reduzindo interferências de ordem subjetiva neste processo.

13. A hermenêutica jurídica, por esta perspectiva, diz respeito à aplicação das técnicas de interpretação ao âmbito do direito posto para que se possa alcançar o sentido original da norma jurídica. Não se trata de buscar os sentidos possíveis contidos nas palavras utilizadas pelo legislador, mas dentre estes, o único apropriado, correto e jurídico.

14. Dentre as técnicas de interpretação propostas pela hermenêutica tradicional, a sistemática se destaca por adotar o processo interpretativo de forma sistematizada, deixando de olhar o dispositivo legal isoladamente para considerá-lo a partir de um todo orgânico, metódico, formado pelos materiais esparsos de diversos artigos. Esta técnica tem especial relevância para a construção da própria norma jurídica, tendo em vista que, muitas vezes, a prescrição da conduta pelo legislador só poderá ser compreendida a partir do conjunto normativo, sendo insuficiente o enunciado prescritivo isolado.

15. Influenciada pela filosofia da linguagem e pela ciência moderna da interpretação, a Escola do Construtivismo Lógico-Semântico traz a visão de interpretação, não mais como uma descoberta, mas como uma criação, como a construção do sentido do texto.

16. Tomada em sua dimensão estritamente material, o texto não tem aptidão de expressar qualquer sentido, sendo imprescindível a figura do ser humano para, partindo do texto, possa interpretá-lo e atribuir-lhe sentido. Assim também se dá em relação ao texto da lei, o qual não tem aptidão de, por si mesmo, de incidir sobre o fato social de forma automática e infalível, dependendo do agir humano para, mediante a edição de novas normas no processo de aplicação e positivação, possa aproximar-se da realidade social e influenciar a adoção de condutas conforme a norma.

17. A adoção da expressão "interpretação autêntica" deve se dar de forma cautelosa, de modo a evitar a ideia de que as demais interpretações seriam errôneas ou menos autênticas. Todavia, a sua utilização se justifica para fins de distinguir a interpretação que constrói a norma jurídica, daquela que resulta propriamente em um novo enunciado jurídico mediante a produção de linguagem competente.

(Capítulo 03 - A repartição de Poderes e a interpretação da norma jurídica tributária)

18. Apesar da relevância que desempenha a lei em matéria tributária, diante do princípio constitucional da legalidade estrita, não há que se confundir a lei com a fonte do Direito. A lei não é fonte, mas produto. Rememore-se que é o texto positivado através da lei o suporte físico a partir do qual o sujeito cognoscente construirá a norma jurídica, de modo que, a lei corresponde ao veículo introdutor da norma.

19. O veículo introdutor pode ser classificado em primário e secundário, a depender de seu poder de inaugurar (no primeiro caso) ou não (no segundo) o ordenamento jurídico vigente. Inaugurar no sentido de estabelecer prescrições acerca de materialidade ou aspectos distintos daqueles já contidos no sistema do direito posto, servindo inclusive para delimitar o âmbito de regulamentação dos veículos secundários.

20. Os veículos secundários, por sua vez, referem-se em sua maioria às normas produzidas pela Administração Pública, inclusive para esclarecer ou vincular a interpretação que entende adequada do ordenamento jurídico. Exemplo disso são os pareceres normativos, que vêm ganhando cada vez mais espaço e relevância como diretriz orientadora interna ao órgão, mas também aos contribuintes, que buscam previsibilidade nas orientações veiculadas pelo ente fazendário em caso de dúvida quanto à aplicação da norma vigente.

21. A atividade de enunciação - esta sim, fonte do direito positivo - insere ao ordenamento enunciados prescritivos soltos que, como visto, isoladamente considerados são insuficientes para regulamentar condutas. Por meio da estrutura da regra-matriz de incidência tributária, busca-se organizar os enunciados correspondentes aos critérios mínimos necessários à compreensão do sentido deôntico completo da norma e para que seja possível a sua incidência ao caso concreto.

22. Desenvolvida de forma inovadora, a relevância da regra-matriz superou há muito o âmbito acadêmico, mostrando-se instrumento essencial para a interpretação e aplicação das normas tributárias, atuando tanto como um meio de se compreender a mensagem legislada e o dever de pagar tributo, como mecanismo de controle de constitucionalidade, tendo em vista que a instituição pelo legislador dos cinco critérios que a compõem deve estar em conformidade com os dispositivos constitucionais.

23. A aplicação da regra-matriz de incidência tributária pela Administração Pública se dá através do lançamento tributário, assim definido como o ato jurídico administrativo por meio do qual se insere ao ordenamento jurídico norma individual e concreta, que tem no antecedente o fato jurídico tributário e no consequente, a formalização do vínculo obrigacional, com a individualização do sujeito passivo e a determinação do objeto da prestação pecuniária.

24. Trata-se de competência privativa da Administração, vinculada aos estritos termos da lei. Esta vinculação, contudo, não prescinde de prévia interpretação da lei, indissociável da construção da norma de incidência tributária para posterior aplicação, com a edição de uma nova norma, individual e concreta, conteúdo do lançamento tributário.

25. Além de declarar a interpretação aplicável ao caso e solucionar uma lide concreta, a Constituição Federal outorgou ao Poder Judiciário, como mecanismo de pesos e contrapesos, a competência para realizar o controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico, atualmente desempenhado de suas formas: através do controle concentrado e do controle difuso.

26. Para além de declarar constitucional ou inconstitucional a norma impugnada, a atuação do Supremo pode resultar na construção da interpretação conforme a constituição, na declaração de inconstitucionalidade com pronúncia de nulidade e na declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto, nas quais o suporte físico da norma é mantido, alcançando as possíveis interpretações construídas a partir do mesmo.

(Capítulo 04 - A competência constitucional do Supremo Tribunal Federal e o recurso extraordinário)

27. A partir da perspectiva histórica acerca da origem e evolução do recurso extraordinário, foi possível identificar, desde a sua criação, a sua precípua finalidade de dar uniformidade à

interpretação legal e constitucional aos Tribunais e Juízes em âmbito nacional. Não tardou, todavia, para que este importante instrumento se tornasse um problema em razão do volume de recursos frente à capacidade de julgamento da Corte, a que se denominou “crise do recurso extraordinário”.

28. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve o desmembramento da competência da Suprema Corte e das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário no que se refere à matéria legal federal infraconstitucional, para o Superior Tribunal de Justiça através do recurso especial, cuja criação esteve intrinsecamente relacionada à problemática de volume de recursos pendentes de julgamento.

29. Com o passar do tempo, a criação de um novo Tribunal se mostrou insuficiente para solucionar, de forma definitiva, a crise do recurso extraordinário. A especificidade com que o Poder Constituinte buscou tratar de temas tributários, faz com que os litígios permeiam com certa frequência questões constitucionais, atraindo a atuação da Suprema Corte como intérprete final da Constituição, a qual comumente se repete em inúmeras ações versando sobre a mesma controvérsia.

30. Se, de um lado, o recurso extraordinário reflete indispensável instrumento para a atuação do Supremo como guardião da Magna Carta, estabelecendo a interpretação final do ordenamento à luz da Constituição, de outro, exigir a sua apreciação individualmente, caso a caso, advindo de todo o território nacional, torna inviável o desempenho da função constitucional. O acervo da Corte aumenta exponencialmente a cada ano, de modo que, impor a atuação do Tribunal em cada ação individual, em lugar de preservar as garantias constitucionais, acaba por violá-las, tornando demasiadamente demorada a obtenção da tutela jurisdicional.

31. Deste cenário, é que surgiu o movimento de objetivação do recurso extraordinário, do qual foi importante marco legislativo a instituição da repercussão geral através da Emenda Constituição nº 45/2004 como requisito de admissibilidade específico, por meio do qual a parte deve demonstrar que a questão constitucional possui relevância do ponto de vista econômico, jurídico, político e social, que transcende o interesse subjetivo das partes.

32. A repercussão geral foi concedida como um verdadeiro “filtro” recursal, tendente a minimizar o volume de recursos perante o Supremo e evitar a manifestação da Corte em cada caso individual em um mesmo sentido, e precisamente por isso é tida por parte da doutrina como elemento de “objetivação” do recurso extraordinário, ou seja, de uma aproximação do controle do ordenamento jurídico em detrimento do simples atendimento do interesse subjetivo das partes.

33. A regulamentação da repercussão geral coube ao legislador ordinário, o qual inseriu, no ano de 2006, os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 1973, estabelecendo uma nova sistemática de julgamento, atribuindo à orientação firmada pelo Supremo efeitos para além do caso concreto, devendo ser adotada nos recursos extraordinários versando sobre idêntica controvérsia que estivessem sobrestados aguardando o pronunciamento da Corte.

(Capítulo 05 - Recurso extraordinário repetitivo e o Código de Processo Civil de 2015)

34. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, atribuiu-se verdadeira eficácia vinculante à determinados pronunciamentos judiciais, tornando sua observância obrigatória à “juízes e tribunais”, nos moldes do artigo 927, inciso III, do CPC.

35. Embora não se ignore a divergência doutrinária existente quanto a constitucionalidade dessa sistemática, o fato é que esta sistemática tem sido amplamente adotada, tanto para a formulação de precedente vinculante, como para a sua imposição em casos individuais. É o que se tem observado na atuação do Supremo Tribunal, que tem admitido, afetado e julgado matérias constitucionais sob o rito da repercussão geral e do recurso extraordinário repetitivo, havendo cada vez mais uma maior aproximação entre o controle concentrado e o controle difuso.

36. A partir do *iter procedimental* do recurso extraordinário repetitivo (artigos 1.036 ao 1.040, CPC/15), tem-se que o acórdão proferido pela Suprema Corte é composto por dois juízos distintos: o aspecto “objetivo”, que diz respeito à tese jurisprudencial firmada pela Corte no controle de constitucionalidade do ordenamento jurídico; e o aspecto “subjetivo”, referente à aplicação dessa tese ao caso concreto, ou seja, o julgamento da pretensão recursal subjetiva veiculada através do recurso extraordinário eleito como representativo da controvérsia.

37. Com tese jurisprudencial, como acima mencionado, se quer dizer a norma advinda do precedente e não propriamente o enunciado de tese formulado pelo Supremo, a qual atua como facilitador para a aplicação da orientação firmada para casos futuros. Todavia, o enunciado da tese é insuficiente para exprimir a *ratio decidendi* do acórdão, que é a parcela sobre a qual recai a eficácia vinculante. Esta última deverá ser buscada em outros lugares além da tese (enunciado) e corresponde à norma jurídica do precedente, passível de abstração e generalização.

38. A correta metodologia para a delimitação da *ratio decidendi* é problemática a que há muito se dedicam os estudiosos do *common law* sem alcançar uma solução única. Ainda que também em nosso ordenamento não seja possível se falar em uma forma exata para se obter a *ratio decidendi*, para este estudo, entendeu-se que esta deve se dar através da identificação dos fatos e dos motivos jurídicos determinantes que embasam a conclusão alcançada pelos julgadores. Esta perspectiva desafia um novo olhar sobre a própria elaboração do acórdão, já que muitas vezes a formação da maioria refere-se apenas à conclusão, e não aos fundamentos utilizados para alcançá-la.

39. A atribuição da eficácia vinculante ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo impõe um rigor maior na formulação e na clareza quanto aos fundamentos determinantes e aqueles enfrentados apenas de forma incidental, de modo a dar maior segurança jurídica quanto ao alcance da orientação firmada e à sua aplicação para casos pendentes e futuros.

40. Tem-se, daí, que a norma construída a partir do precedente não está pronta e acabada, mas deverá ser construída pelo intérprete. E não poderia ser diferente, tendo em vista que o acórdão é texto, é o suporte físico a partir do qual, através da interpretação, será construída a norma geral e abstrata do precedente.

41. A classificação dada pela doutrina a esta norma de geral e abstrata não fere o primado da repartição de poderes. Isto porque, é vedada a produção pelo Poder Judiciário de normas, gerais e abstratas, inaugurais. A norma do precedente é interpretativa, devendo estar atrelada à atribuição de sentido à enunciados prescritivos postos pelo Legislativo, sob pena de, neste caso, desvirtuar a competência que lhe foi constitucionalmente outorgada.

42. Ademais, não nos parece que haveria a valorização dos pronunciamentos judiciais em detrimento do direito positivo, ao menos não poderia havê-lo sem afronta à Constituição. À luz da corrente doutrinária adotada, o texto do direito positivo não contém, em si mesmo considerado, o sentido posto a ser encontrado pelo intérprete, mas deve ser construído, perpassando os quatro planos do percurso gerador de sentido. E esta é a função desempenhada pela Suprema Corte por meio do rito de recurso extraordinário repetitivo: atribuir a interpretação final de acordo com a Constituição.

43. A norma do precedente, por conseguinte, será igualmente passível de interpretação, não se limitando à tese (enunciado) estabelecida pelo Supremo, devendo alcançar ainda os fatos, as motivações determinantes adotadas majoritariamente, a conclusão alcançada e, a nosso ver, até mesmo a norma individual e concreta proveniente do julgamento do recurso extraordinário representativo da controvérsia. Quanto a este último, há a aplicação do precedente ao caso concreto pela Suprema Corte, trazendo elementos importantes e até determinantes para que se possa interpretar e aplicar, posteriormente, a norma do precedente. O contexto é elemento imprescindível no processo interpretativo do texto.

(Capítulo 06 - A incorporação da tese firmada em recurso extraordinário repetitivo pela Administração Pública Federal)

44. A vinculação da Administração Pública às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade decorre de expressa previsão constitucional, nos termos do artigo 102, §2º, da CF/88.

45. A aproximação entre os modelos difuso e concentrado, que se deu de maneira ainda mais latente com o advento do Código de Processo Civil de 2015, traz a tona a possibilidade de vinculação da Administração também aos pronunciamentos da Suprema Corte em sede de acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, embora inexista enunciado expresso na Constituição autorizando tal vinculação.

46. Em sentido contrário, o artigo 52, inciso X, da CF/88, condiciona a suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal à resolução do Senado Federal, instrumento que reflete os mecanismos de pesos e contrapesos entre os Poderes.

47. Todavia, o movimento de objetivação do recurso extraordinário, tanto no âmbito legislativo como judicial, tem dado respaldo ao reconhecimento pela Suprema Corte - ainda que não pacificado - de que haveria uma mutação constitucional do artigo 52, inciso X, passando a resolução do Senado Federal a ter o fim de dar publicidade ao julgamento do Supremo.

48. Para tanto, exige-se a ampla participação de terceiros e dos demais Poderes na formação do precedente vinculante, atuando ativamente no amadurecimento da controvérsia e dos elementos jurídicos que devam ser sopesados pelo Supremo ao realizar o controle difuso pela via do recurso extraordinário repetitivo. De fato, o Código de Processo Civil de 2015 pressupõe a admissão de terceiros como *amicus curiae* e a possibilidade de convocação de audiências públicas, dentre outros meios para que haja maior participação da sociedade em decisões vinculantes.

49. Tem-se, disso, a possibilidade de vinculação da Administração Pública à orientação firmada pelo Supremo em acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, o que decorre da interpretação sistemática do ordenamento jurídico atual, da função outorgada pela Constituição à e desempenhada por meios destes julgamentos, da aproximação entre os modelos de controle de constitucionalidade difuso e coletivo, bem como, dos princípios da proporcionalidade e da eficiência da Fazenda Pública.

50. Essa vinculação, portanto, interfere na interpretação realizada pelo ente fazendário ao ordenamento jurídico e para a construção da regra-matriz de incidência tributária para fins de lançamento tributário, sendo-lhe defeso constituir crédito tributário com base em norma declarada inconstitucional ou ainda em desconformidade com a interpretação constitucional atribuída pela Suprema Corte. Caso assim não fosse, haveria a oneração aos cofres públicos e o aumento dos litígios tributários, seja com o ajuizamento de ação pelo particular a fim de anular lançamento contrário à tese (em sentido amplo) vinculante do Supremo, que será obrigatoriamente aplicada pelo Judiciário, ou pela extinção de execução fiscal manifestamente indevida. Além dos custos necessários à fiscalização e constituição do crédito, há que se somar os encargos sucumbenciais, honorários advocatícios, e a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

51. É importante esclarecer que a vinculação não decorre dos Pareceres ou Notas Explicativas editados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, como pode parecer da redação da Lei nº10.522/02 e da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014. Na condição de veículos secundários, não poderão tais pronunciamentos atribuir eficácia vinculante ao acórdão se este já não o tivesse.

52. Não obstante, estes desempenham relevante papel de uniformização *interna corporis*, ou seja, no âmbito interno da Administração Pública Federal, vinculante a "interpretação autêntica" da norma do precedente a ser observada na esfera administrativa e judicial, porquanto orienta igualmente a atuação da Fazenda em juízo.

53. A formulação da interpretação do acórdão paradigma será mais ou menos relevante e, por conseguinte, necessária, a depender da complexidade do julgamento e do alcance da norma do precedente. Ainda assim, a sua edição é sempre recomendável, a fim de viabilizar maior segurança jurídica e previsibilidade sobre a postura da Administração frente ao acórdão proferido em recurso extraordinário repetitivo, orientando igualmente, a conduta do particular.

54. Ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, foi editado o Parecer PGFN nº 492, de 20 de março de 2011, para tratar dos efeitos que produz a modificação de precedente definitivo do Supremo Tribunal Federal em relação à coisa julgada formada envolvendo relação tributária continuativa, dentre os quais a possibilidade de cobrar o tributo ou de deixar de pagá-lo, tornando-se indevida a sua exigência e, portanto, a sua constituição, em observância à orientação firmada pela Corte.

55. Embora o mencionado Parecer seja expresso quanto à inexistência de eficácia vinculante *erga omnes* nos julgamentos proferidos em controle difuso por meio do recurso extraordinário, admite que haveria uma eficácia persuasiva especial, que justificaria a adoção da interpretação formulada pelo Supremo no exercício da atividade arrecadatória. Tal posição vem ao encontro da vinculação da Administração no exercício do lançamento tributário à tese (em sentido amplo) fixada em recurso extraordinário repetitivo, especialmente ao se ter em vista que o Diploma Processual vigente atribuiu expressamente eficácia *erga omnes* aos acórdãos proferidos sob esta sistemática.

56. Ademais, a possibilidade de edição de Parecer/ Nota explicativa contrária à tese firmada pelo Supremo nestes casos não afasta a conclusão alcançada pela vinculação. A partir dos documentos existentes e disponibilizados no sítio eletrônico, verificou-se que apenas três Notas foram editadas pela não vinculação da Fazenda à recurso especial repetitivo, embasadas na possibilidade de revisão da posição do Superior Tribunal de Justiça pelo Supremo Tribunal Federal por envolver questão constitucional.

57. Em lugar de afastar a conclusão pela vinculação do ente fazendário à interpretação do Supremo, acaba por confirmá-la, por reconhecer que caberá a este formular a interpretação final em matéria constitucional, exercendo a relevante função de guardião da Constituição.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 5.ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2021.
- ALVIM, Teresa Arruda. BARIONI, Rodrigo. Recursos Repetitivos: Tese jurídica e ratio decidendi. Revista de Processo. Vol. 269/2019. p. 183-204.
- AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BECHO, Renato Lopes. Ativismo jurídico em processo tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- BEZERRA NETO, Bianor Arruda. O que define um julgamento e quais são os limites do juiz? valores, hermenêutica e argumentação: elementos para a construção de uma teoria da decisão judicial. São Paulo, Noeses, 2018.
- BORGES, José Souto Maior. Lançamento tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Teoria do precedente judicial: da justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAMILOTTI, José Renato. Precedentes judiciais em matéria tributária no STF: pragmática na aplicação das súmulas vinculantes e os critérios de verificação para aplicação e distinção (distinguishing). São Paulo: Noeses, 2018.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. *Direito Penal Tributário*. São Paulo: Quartier Latin., 2009
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. Curso de Teoria Geral do Direito: o constructivismo lógico-semântico. 4. ed. rev. São Paulo: Noeses, 2014.
- CARVALHO, Aurora Tomazini. A regra-matriz como esquema lógico de interpretação dos textos jurídicos. In Carvalho, Paulo de Barros (coord.); Brito, Lucas Galvão de (org.). *Lógica e Direito*. São Paulo: Noeses, 2016. p. 391/438.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de direito tributário. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Paulo de Barros. Direito Tributário Linguagem e Método 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2015.

CARVALHO, Paulo de Barros. Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Noeses, 2015.

CAVALCANTE, Mantovanni Colares. Frases sem texto: a utilização de precedentes a partir de ementas. XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários: Texto e contexto no direito tributário. p. 892.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. Constituição Federal Brasileira (1981). Brasília: Senado Federal, 2002.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. Recursos para os tribunais superiores: recurso extraordinário, recurso especial, embargos de divergência e agravos. 5. ed. Brasília: Gazeta jurídica, 2021.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Curso de Direito processual civil: teoria da prova, Direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11a ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016. V. 2.

DOMENE, Vanessa Pereira Rodrigues. Aderência dos precedentes judiciais no processo administrativo tributário. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Atlantas, 2011.

FERRAZ, Taís Schilling. O precedente na jurisdição constitucional: Construção e eficácia do julgamento da questão com repercussão geral. São Paulo: Saraiva, 201.

FIGUEIREDO, Marina Vieira de. Lançamento tributário: revisão e seus efeitos. São Paulo: Noeses, 2014.

FREIRE, Alexandre. Precedentes Judiciais: Conceito, Categorias e Funcionalidade. In: Dierle Nunes; Aloisio Mendes e Fernando Jayme. A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Hermenêutica e a linguagem: um estudo sobre sua relação com a Filosofia, o Direito, o neoconstitucionalismo e a defesa da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LINS, Robson Maia. Controle de constitucionalidade da norma tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LINS, Robson Maia. Curso de direito tributário brasileiro. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. In: BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao Código de Processo Civil - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; Curso de Direito Constitucional. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2021.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (administrativo e judicial). 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2013.

MESSIAS, Adriano Luiz Batista. Teoria da norma jurídica: interpretação e concretizadora e as relações tributárias. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2020.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. Precedentes judiciais: construção e aplicação da ratio decidendi. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2022.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. 5. 17. ed, rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MOTTA, Otávio. Justificação da decisão judicial: a elaboração da motivação e a formação de precedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOUSSALLEM, Tárek Moyses. Fontes do Direito Tributário. 2. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2006.

MOUSSALLEM, Tárek Moyses. Revogação em matéria tributária. São Paulo: Editora Noeses, 2005.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PANDOLFO, Rafael. Jurisdição Constitucional Tributária: reflexos nos processos administrativo e judicial. 2. ed. rev. atual.e ampl. São Paulo: Editora Noeses, 2020.

PUCCINELLI JÚNIOR, André. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROBLES, Gregorio. Ordenamiento, sistema, âmbito: la función comunicacional de la dogmática jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros; ROBLES, Gregorio (coord.) Teoria comunicacional do direito: diálogo entre Brasil e Espanha. São Paulo: Noeses, 2017.

SCAVINO, Dardo. A Filosofia atual: pensar sem certezas. Tradução: Lucas Galvão de Britto. São Paulo: Noeses, 2014.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 38. ed. rev. e atual, São Paulo. Malheiros Editores, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Precedentes judiciais e hermenêutica: o sentido da vinculação no CPC/15. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 53. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. A prova no direito tributário. 4. ed. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. In: BUENO, Cassio Scarpinella. Comentários ao Código de Processo Civil - volume 4 (arts 926 a 1072). São Paulo: Saraiva, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.