

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS - IBET
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO**

HELOISA AZEVEDO DE BARROS

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA
MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA E A COISA JULGADA**

**SÃO PAULO
MARÇO/2016**

HELOISA AZEVEDO DE BARROS

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA
MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA E A COISA JULGADA**

**Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Instituto Brasileiro de
Estudos Tributários - IBET, como parte
dos requisitos para obtenção do título de
especialista, na área de Direito Tributário.**

**SÃO PAULO
MARÇO/2016**

HELOISA AZEVEDO DE BARROS

**O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE DA REGRA
MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA E A COISA JULGADA**

**Trabalho de Monografia Jurídica
apresentado ao Instituto Brasileiro de
Estudos Tributários - IBET, como parte
dos requisitos para obtenção do título de
especialista, na área de Direito Tributário.**

Aprovada em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA

*À minha mãe, Maria Helena, ao meu pai, José Cláudio,
às minhas irmãs, Fernanda e Letícia e ao meu amor, Lucas.*

A persistência é o caminho do êxito.

(Charles Chaplin)

RESUMO

O presente trabalho analisará, *ab initio*, a supremacia da Constituição Federal, como fundamento de validade dos demais atos normativos. Isto porque, a instituição de tributos decorre de previsão legislativa, e como tal, deverá estar conjecturada em uma norma jurídica denominada Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT), que pressupõe o seu perfeito delineamento com os preceitos constitucionais. Caso esta seja acometida pelo vício de nulidade, poderá ser expurgada do ordenamento jurídico por meio de mecanismos processuais previamente estabelecidos pelo Poder Constituinte. Afinal, em regra, uma norma nula nunca deveria ter produzido efeitos na órbita jurídica. Nesse ínterim, é importante observar o controle concentrado de constitucionalidade dos atos gerais, abstratos e autônomos, tal como a RMIT, realizado pelo Órgão de Cúpula do Poder Judiciário, com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Assim, como foco do nosso estudo, trazemos à baila as consequências processuais da declaração de inconstitucionalidade da RMIT no controle concentrado relacionada à coisa julgada.

Palavras-chave: Supremacia da Constituição. Controle Concentrado de Constitucionalidade. Regra Matriz de Incidência Tributária. Coisa Julgada.

ABSTRACT

This study will analyze, *ab initio*, the Supremacy of the Federal Constitution as the foundation of validity of other normative acts. This is because the tax institution stems from legislative forecasting, and as such, should be conjectured in a legal rule called Matrix Rule of Tributary Incidence (MRTI), which presupposes its perfect design with the constitutional precepts. If this rule is affected by the nullity addiction, it may be expunged from the law through procedural mechanisms previously established by the Constituent Power. After all, as a rule, a rule corrupted by the nullity addiction, should never have taken effect in the legal orbit. In the meantime, it is important to note the concentrated control of constitutionality of the general, abstract and autonomous acts, such as MRTI, conducted by the Summit Body of the Judiciary Power, *erga omnes* and *ex tunc*. Thereby, as the focus of our study, we bring to the fore the procedural consequences of MRTI's declaration of unconstitutionality in the concentrated control related to *res judicata*.

Keywords: Supremacy of the Constitution. Concentrated Control of Constitutionality. Matrix Rule of Tax Incidence. *Res Judicata*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DOS DEMAIS ATOS NORMATIVOS.....	4
1.1 O positivismo jurídico e a supremacia da Constituição	4
1.2. A norma infraconstitucional e o princípio da supremacia da Constituição	5
1.3. A presunção de constitucionalidade das leis	7
1.4. Dever de observância aos ditames constitucionais em matéria tributária	8
CAPÍTULO 2 – A REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA	9
2.1. A Regra Matriz de Incidência como esquema lógico semântico e norma jurídica individual.....	9
2.2 Estrutura da Regra Matriz de Incidência Tributária	10
2.2.1. A hipótese da Regra Matriz de Incidência Tributária.....	12
2.2.2. O consequente da Regra Matriz de Incidência Tributária	13
CAPÍTULO 3 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	14
3.1. O controle de constitucionalidade e os seus sistemas.....	14
3.2. Breve histórico dos mecanismos de controle de constitucionalidade do sistema brasileiro	15
3.3. Dos efeitos e da possibilidade de modulação no controle concentrado.	18
3.4. A relação do controle de constitucionalidade com a Regra Matriz de Incidência Tributária	19
CAPÍTULO 4 - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA COISA JULGADA.....	22
4.1. Da coisa julgada: conceito e espécies.....	22
4.2. Da ação rescisória e da decisão judicial baseada em lei inconstitucional	23
4.3. Da coisa soberanamente julgada; do sobreprincípio da segurança jurídica e da relativização da coisa julgada.	25
4.4. Do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da relativização da coisa julgada	28
CONCLUSÃO.....	30
BIBLIOGRAFIA	31

INTRODUÇÃO

Para que o Estado consiga atingir os objetivos previstos no ordenamento jurídico, necessita desenvolver a atividade financeira para obter, administrar e aplicar os recursos que adquire por meio do ingresso de dinheiro aos cofres públicos, que poderá ser a título provisório ou definitivo (receita).

As receitas se dividem em originárias, que são as contratuais, e derivadas, que se subdividem em multas - sanções por atos ilícitos -, e tributos – aqui entendidos como os recursos que ingressam no patrimônio estatal como resultado da realização do fato gerador pelos contribuintes.

Nesse sentido, conforme será abrangido, o poder de tributar conferido aos entes políticos encontra enormes limitações constitucionais. Assim, para que haja a instituição de uma obrigação tributária ou de um dever instrumental, o legislador infraconstitucional deverá respeitar os ditames constitucionais, em observância à supremacia da Constituição Federal.

Isto porque, a Carta Magna, como lei maior, fundamenta a validade das demais normas do ordenamento jurídico. Por esse motivo, para que o ato normativo seja considerado válido, deverá ser plenamente compatível com os preceitos constitucionais.

Por isso, em momento posterior, passaremos a expor a respeito da estruturação da norma jurídica, que, de acordo com os termos a seguir explanados, assim deverá ser formada:

As normas jurídicas atuam, na sociedade, segundo o princípio da imputação: dado um certo antecedente normativamente previsto, um descriptor normativo (Voraussetzung), deve-se seguir um certo conseqüente, um prescriptor normativo (Folgerung). Quer dizer: ao comportamento normativamente regulado imputa-se uma conseqüência juridicamente relevante. Mas a conduta juridicamente prescrita não se conformará necessariamente à previsão expressa da norma.¹

No caso da norma jurídica instituidora de tributo, é necessário que haja no antecedente, os critérios material, temporal e espacial; e no conseqüente, os critérios pessoal e quantitativo. Trata-se, na verdade, do que Paulo de Barros Carvalho denominou de Regra Matriz de Incidência Tributária (RMIT), cuja teoria deverá ser analisada à minúcia.

Assim, a tributação e a ação estatal de exigir tributo somente serão verificadas após o surgimento da relação jurídica tributária, que consiste no vínculo abstrato, decorrente de

¹ BORGES, José Souto Maior. **Obrigação tributária: uma introdução metodológica**. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 20.

imposição normativa, intitulada RMIT, em que o credor poderá exigir do devedor, a prestação compulsória de pagar tributo, penalidade pecuniária ou o cumprimento de dever instrumental, desde que seja plenamente compatível com a lei suprema.

Por outro lado, se a norma jurídica instituidora da receita derivada de tributo desrespeitar as normas constitucionais, ela poderá ser expulsa do ordenamento, por meio do controle de constitucionalidade, mecanismo apto a averiguar a validade das normas inferiores conforme a Constituição Federal.

Este poderá ser realizado de forma preventiva pelos Poderes Executivo, por meio de sanção ou veto; Legislativo, através das Comissões de Constituição e Justiça ou voto parlamentar; ou Judiciário, na hipótese de Mandado de Segurança impetrado por parlamentar, quando a proposta de lei ou de emenda constitucional for incompatível com o devido processo legislativo constitucional².

Na modalidade repressiva, em regra, o controle será realizado pelo Poder Judiciário, mas nada impede que os demais poderes também o exerça (a título exemplificativo, quando o Congresso Nacional não converte Medida Provisória em lei, por acreditar que é inconstitucional).

O controle de constitucionalidade repressivo, sob o enfoque da classificação subjetiva, é misto, por admitir que seja realizado de forma concentrada ou difusa. No primeiro caso, apenas o órgão de cúpula do Poder Judiciário detém competência para analisar a constitucionalidade da norma, já no segundo, qualquer juízo ou tribunal.

No que tange ao critério formal, o controle de constitucionalidade será abstrato (matéria verificada em abstrato, ou seja, como pedido principal) ou concentrado (via incidental, como questão prejudicial).

Desse modo, o enfoque do presente trabalho será os controles de constitucionalidade concentrado e abstrato, em especial, na Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) e Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), nos quais a questão de mérito recaia sobre o exame de

² CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DE PROJETO DE LEI. INVIABILIDADE. 1. Não se admite, no sistema brasileiro, o controle jurisdicional de constitucionalidade material de projetos de lei (controle preventivo de normas em curso de formação). O que a jurisprudência do STF tem admitido, como exceção, é “a legitimidade do parlamentar - e somente do parlamentar - para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de lei ou emenda constitucional incompatíveis com disposições constitucionais que disciplinam o processo legislativo” (...). Nessas excepcionais situações, em que o vício de inconstitucionalidade está diretamente relacionado a aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa, a impetração de segurança é admissível, segundo a jurisprudência do STF, porque visa a corrigir vício já efetivamente concretizado no próprio curso do processo de formação da norma, antes mesmo e independentemente de sua final aprovação ou não. (...) (MS 32033, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013)

lei em tese realizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*. Afinal, o Pretório Excelso, por meio deste controle, detém competência para verificar os atos normativos gerais, abstratos e autônomos³, tal como a RMIT.

Depois de as ideias basilares estarem devidamente demonstradas, passaremos a expor os efeitos decorrentes da decisão de inconstitucionalidade da RMIT, no controle concentrado, relacionada com a coisa julgada.

Isto porque, o trânsito em julgado da decisão judicial de mérito faz com que esta se torne, *a priori*, imutável e insuscetível de discussão, podendo ser desconstituída por meio das hipóteses previstas no ordenamento jurídico.

Com isso, surge o questionamento acerca da possibilidade de interpor ação rescisória para desconstituir a decisão judicial fundamentada em norma declarada inconstitucional pelo STF, no controle concentrado, nos termos do art. 485, inc. V, do CPC/73.

Posteriormente, será observada a relação da coisa “soberanamente” julgada – que é aquela que surge após o lapso de dois anos do trânsito em julgado da decisão judicial - e o sobreprincípio da segurança jurídica.

Acerca do assunto, importante ilustrar a tese da relativização da coisa julgada, como possibilidade de ingresso da ação rescisória, mesmo depois do prazo previsto para a sua interposição. Por fim, importante averiguar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da problemática.

Dessa forma, este trabalho tem por objetivo o estudo dos aspectos gerais do controle concentrado de constitucionalidade da RMIT, com os efeitos que lhes são próprios (*ex tunc* e *erga omnes*), relacionado com a coisa julgada, e no contexto estrutural do tema, o enfoque dar-se-á também sobre a Supremacia da Constituição Federal e a RMIT.

³ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DELIBERAÇÃO DA CORTE SUPERIOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS - CRITÉRIO PARA PROMOÇÃO AO CARGO DE DESEMBARGADOR - AUSÊNCIA DE CONTEUDO NORMATIVO - NÃO CONHECIMENTO. - A noção de ato normativo, para efeito de controle concentrado de constitucionalidade, pressupõe, além de sua autonomia jurídica, a constatação do seu coeficiente de generalidade abstrata, bem assim de sua impessoalidade, elementos que lhe conferem aptidão para atuar, no plano do direito positivo, como norma revestida de eficácia subordinante de comportamentos, estatais ou individuais, futuros. (ADI 587, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 07/11/1991).

CAPÍTULO 1 – A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO FUNDAMENTO DE VALIDADE DOS DEMAIS ATOS NORMATIVOS

1.1 O positivismo jurídico e a supremacia da Constituição

Inicialmente, cumpre destacar a funcionalidade do sistema jurídico, no sentido de que a Constituição Federal, por ser a lei maior do ordenamento, deverá ser observada pelos demais atos normativos, sob pena de inconstitucionalidade.

Hans Kelsen explanou, em sua obra “Teoria Pura do Direito”, com caráter positivista, que o fundamento de validade de uma norma somente poderá se dar por outra norma:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por qualquer autoridade, por um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no Sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer às ordens ou mandamentos de Deus, ou aquela outra segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Seu Filho. Em todo caso, no silogismo cuja premissa maior é a proposição de dever-ser que enuncia a norma superior: devemos obedecer aos mandamentos de Deus (ou aos mandamentos de Seu Filho), e cuja conclusão é a proposição de dever-ser que enuncia a norma inferior: devemos obedecer aos Dez Mandamentos (ou ao mandamento que nos ordena que amemos os inimigos), a proposição que verifica (afirma) um fato da ordem do ser: Deus estabeleceu os Dez Mandamentos (ou o Filho de Deus ordenou que amássemos os inimigos), constitui, como premissa menor, um elo essencial⁴.

Desta forma, demonstrou que o ordenamento jurídico poderá ser figurado como uma verdadeira pirâmide em que as normas são escalonadas, devendo a norma inferior ser

4 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135/136.

compatível com a superior, e assim por diante, até chegar ao topo.

Em outras palavras, a validade de uma norma inferior somente poderá decorrer de outra hierarquicamente superior, e assim sucessivamente, até encontrar a Constituição.

Quando atingir este patamar mais alto, surge a indagação: qual o seu fundamento de validade? Por que devemos respeitar tal norma? A resposta teórica estabelece que a Constituição encontre seu fundamento de validade em uma norma hipotética fundamental, que é uma norma não escrita, que determina seu caráter vinculante:

A norma fundamental é a fonte comum da validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem normativa, o seu fundamento de validade comum. O fato de uma norma pertencer a uma determinada ordem normativa baseia-se em que o seu último fundamento de validade é a norma fundamental desta ordem. É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa⁵.

Assim, para garantir observância à Constituição, em razão de não existir uma norma superior a ela, Hans Kelsen criou a norma hipotética fundamental, que é uma pressuposição lógico-transcendental, que garante a validade do ordenamento jurídico, que simplesmente determina a sua obediência. Nesse sentido:

Constituição é, então, considerada norma pura, puro dever-ser, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no lógico-jurídico e no jurídico-positivo. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, lei nacional no seu mais alto grau⁶.

Portanto, nos moldes da estrutura do sistema jurídico, a criação da norma jurídica deverá buscar seu fundamento de validade na Constituição.

1.2. A norma infraconstitucional e o princípio da supremacia da Constituição

Além do fundamento de validade da norma decorrer dos preceitos constitucionais,

⁵ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito** [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 136.

⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 41.

Paulo de Barros Carvalho demonstra que, de acordo com o modelo Kelsiano, ela deverá ser produzida por órgão competente e com o procedimento delimitado. Diante disto, a relação de pertinencialidade da norma válida será verificada, para efeito de controle, do confronto da norma inferior com a superior, de acordo com a hierarquia:

Poder-se-ia escolher, para esse fim, o modelo kelseniano, importa dizer, será considerada norma válida aquela produzida por órgão credenciado pelo sistema e na conformidade com o procedimento também previsto pela ordenação total. Ao lado dessa diretriz, temos também o critério da dedutibilidade, segundo o qual uma norma pertence ao sistema quando é consequência lógica de normas pertencentes ao sistema. A relação de pertinencialidade será aferida, para efeito de controle, mediante confronto com a norma superior, dentro da hierarquia do sistema empírico, culminando na norma hipotética fundamental, axioma que fecha o corte metodológico em termos cognoscitivos. Ou então, pela linha da dedutibilidade, indicando-se as normas do sistema que, por dedução, produziriam a unidade questionada.⁷

De fato, a teoria apresentada por Hans Kelsen juntamente com a rigidez da Carta Magna - cujo processo de alteração das normas constitucionais é mais dificultoso do que o das não constitucionais⁸ -, influenciaram, de maneira expressiva, o ordenamento jurídico atual, permitindo que a lei que subverta a ordem constitucional seja expulsa da pirâmide normativa.

Assim, o princípio da supremacia da Constituição constitui alicerce do ordenamento jurídico, capaz de garantir a harmonia das normas com os preceitos estampados na lei fundamental:

Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se

⁷ CARVALHO. Paulo de Barros. **Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência**. 8ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁸ Art. 60 da CF: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas⁹.

Portanto, a lei infraconstitucional válida e eficaz deverá estar em consonância com o disposto na Carta Magna, não podendo dispor de modo contrário, garantindo a verticalidade do sistema.

1.3. A presunção de constitucionalidade das leis

Ab initio, cumpre destacar que as leis e os atos normativos emitidos pelo Poder Legislativo possuem presunção relativa (*iuris tantum*) de constitucionalidade, para garantir o próprio funcionamento do sistema.

A legislação que não contenha nenhum vício é utópica e o próprio sistema jurídico prevê remédios para saná-lo. Afinal, as normas somente poderão ser expurgadas se assim o forem por meio de pronúnciação com igual eficácia.

É nesse sentido que a presunção de constitucionalidade poderá ser invalidada pela declaração de inconstitucionalidade do órgão jurisdicional competente, por meio de procedimento processual específico.

De acordo com Luís Roberto Barroso:

A presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente (...). Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carreavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor¹⁰.

Conclui-se que o controle de constitucionalidade dos atos normativos é um mecanismo que manifesta a supremacia da Constituição Federal e atribui harmonia ao sistema jurídico, ao prever soluções de igual eficácia à norma eivada de inconstitucionalidade.

⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 47.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 164/165.

1.4. Dever de observância aos ditames constitucionais em matéria tributária

Para que haja a instituição de um tributo ou de um dever acessório, é necessária a observância aos princípios e às regras constitucionais tributários.

Diante disto, há limite constitucional ao poder de tributar do legislador infraconstitucional regulamentar, mas abre-se certa margem de liberdade para ele traçar os fins almejados:

Numa perspectiva pragmática, verifica-se que foram utilizadas as duas técnicas de validação das normas jurídicas: causal e finalista. Na primeira, estabelecem-se os meios, deixando os fins em aberto, isto é, a norma superior (norma imunizante) define a materialidade da norma inferior (norma imunizada), imunizando-a contra impugnações. Já na validação finalista, os fins são desde logo definidos pela norma superior (norma imunizante), cabendo ao legislador a tarefa de escolher os meios mais adequados ao alcance dos mencionados escopos¹¹.

Além dos preceitos constitucionais, ele deverá, nos moldes estabelecidos pelo art. 146, inc. III, da CF¹², respeitar as normas gerais em matéria de legislação tributária previstas no Código Tributário Nacional (CTN).

Pois bem. Passemos a analisar a estrutura das normas instituidoras de tributos, com enfoque principal naquela de caráter abstrato e geral, para fins de controle concentrado de constitucionalidade.

¹¹ GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições de intervenção no domínio econômico: parâmetros para sua criação**. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figura afins*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 16/17.

¹² Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes; b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários; c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas. d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239.

CAPÍTULO 2 – A REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

2.1. A Regra Matriz de Incidência como esquema lógico semântico e norma jurídica individual

Inicialmente, a Regra Matriz de Incidência poderá ser identificada como um esquema lógico semântico capaz de auxiliar o intérprete na elaboração dos textos jurídicos. Trata-se de uma nomenclatura apresentada pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, ao verificar a repetição de determinados componentes na hipótese e no consequente de critérios eleitos pelo legislador.

Sobre os critérios material, temporal, espacial, pessoal e quantitativo presentes na regra tributária, Paulo de Barros Carvalho alude que:

A conjunção desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na sua plenitude, o núcleo lógico-estrutural da proposição normativa. Chega-se, enfim, à regra-matriz de incidência ou proposição-normativa padrão, que em linguagem simbólica pode ser representada da seguinte forma: $D \{[cm(v.c).ct.ce] \rightarrow [cp(Sa.Sp).cq(bc.al)]\}$
 Interpretação dos símbolos: – “D” dever-ser neutro que outorga validade à norma jurídica. Incide sobre o conectivo interproposicional “→”, juridicizando o vínculo entre hipótese e consequência; – “[cm(v.c).ct.ce]” = hipótese normativa, antecedente, suposto normativo, proposição hipótese ou descritor, em que: cm = critério material da hipótese - núcleo da descrição fática; v = verbo, sempre pessoal e de predicação incompleta; c = complemento do verbo; ce = critério espacial da hipótese, condicionante de espaço; ct = critério temporal da hipótese, condicionante de tempo; “=” símbolo de equivalência; “.” = conectivo lógico conjuntor; – “→” conectivo condicional interproposicional; – “[cp(Sa.Sp).cq(bc.al)]” consequente normativo, proposição relacional, tese ou prescritor, em que: Sa = sujeito ativo da obrigação, credor, sujeito pretensor; Sp = sujeito passivo da obrigação, devedor; bc = base de cálculo; al = alíquota¹³.

Por sua vez, esta também poderá ser analisada como norma jurídica em sentido estrito, no momento em que for completada pelo conteúdo sintático dos textos jurídicos. Analisa-se a

¹³ Carvalho, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p. 663/664.

estrutura da Regra Matriz devidamente preenchida, por exemplo, a Regra Matriz do Imposto sobre Propriedade Predial e Territorial Urbana, delimitando os critérios¹⁴:

Como decorrência do acontecimento do evento previsto hipoteticamente na norma tributária, instala-se o fato constituído pela linguagem competente, irradiando-se o efeito jurídico próprio, qual seja o liame abstrato mediante o qual uma pessoa, na qualidade de “sujeito ativo”, ficará investida do direito subjetivo de exigir de outra, chamada de “sujeito passivo”, o cumprimento de determinada prestação pecuniária. Empregando a terminologia do Código Tributário Nacional diríamos que ocorreu o “fato gerador” (em concreto), surgindo daí a obrigação tributária: é a fenomenologia da chamada “incidência dos tributos”¹⁵.

Nesse sentido, Aurora Tomazini de Carvalho, explana as duas acepções acerca da expressão Regra Matriz de Incidência:

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 completados¹⁶.

Logo, conforme demonstrado, a RMIT é expressão ambígua, caracterizada como uma estrutura lógica, bem como norma jurídica individual.

2.2 Estrutura da Regra Matriz de Incidência Tributária

A Regra Matriz de Incidência Tributária possui como elementos a hipótese e o conseqüente, em razão de um elo jurídico. O primeiro, também denominado *descriptor*, reflete

¹⁴ Antecedente: Critério material: ser proprietário, ter o domínio útil ou a posse de imóvel. Critério espacial: perímetro urbano do território municipal. Critério temporal: em regra, primeiro dia do ano. Ou seja, 1º de janeiro de cada ano. Conseqüente: Critério pessoal: Sujeito ativo – Município. Sujeito Passivo – quem for proprietário, tiver seu domínio útil ou a posse de imóvel urbano. Critério quantitativo: Base de cálculo: valor venal do imóvel. Alíquota – variável, sendo determinada em função do valor venal e do uso do imóvel.

¹⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p. 665/666.

¹⁶ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 378.

a previsão de um fato que poderá acontecer; já o segundo, designado *prescritor*, a relação jurídica que vai se instaurar após a ocorrência do fato no suposto normativo.

É o que se extrai do ensinamento de Paulo de Barros Carvalho:

As normas jurídicas têm a organização interna das proposições hipotéticas, em que se enlaça determinada consequência à realização condicional de um evento, da forma “p ! q”, ou, em linguagem jurídica semiformalizada, verificando-se a ocorrência do fato “F”, deve ser a conduta obrigatória, por parte de S”, de cumprir a prestação “P” em favor de S’ (...) Dentro desse arcabouço, a hipótese trará a previsão de um fato de possível ocorrência, enquanto a consequência prescreverá a relação jurídica que se vai instaurar, onde e quando acontecer o evento cogitado no suposto normativo. A hipótese alude a um fato e a consequência prescreve os efeitos jurídicos que o acontecimento irá propagar, razão pela qual se fala em descritor e prescritor (Lourival Vilanova), o primeiro para designar o antecedente normativo, e o segundo para indicar seu consequente¹⁷.

Nesse mesmo sentido, acrescenta a autora Aurora Tomazini de Carvalho:

O legislador, ao escolher os acontecimentos que lhe interessam como causa para o desencadeamento de efeitos jurídicos e as relações que se estabelecerão juridicamente como tais efeitos, seleciona propriedades do fato e da relação, constituindo conceitos, por nós denominado “hipótese” e “consequente”.¹⁸

Na hipótese, haverá a previsão de um comportamento humano (critério material) subordinado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). No consequente, por sua vez, existem os sujeitos ativo e passivo da relação (critério pessoal) e a base de cálculo e alíquota do crédito tributário (critério quantitativo).

Assim, quando ocorrer a junção de todos os critérios demonstrados, estaremos diante do núcleo de uma proposição normativa:

“[...] a norma jurídica tributária sempre imputa à ocorrência do fato imponível – reconhecida oficialmente pela autoridade competente –, a instauração de uma relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, que tem por objeto o recolhimento de determinada quantia de dinheiro, a título de tributo. Ou, esquematicamente: dada a prática do fato imponível

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p. 662/663.

¹⁸ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 372

(antecedente) deve ser o pagamento da exação, que o sujeito passivo fará em favor do sujeito ativo da obrigação tributária (consequente).”¹⁹

Portanto, a hipótese, que é o descritor, prevê os critérios para o reconhecimento de um fato; já o consequente, o prescritor, os critérios para identificar a relação jurídica formada a partir do evento realizado.

2.2.1. A hipótese da Regra Matriz de Incidência Tributária

Conforme aduzido alhures, a Regra Matriz de Incidência Tributária é composta, em seu antecedente, pelos critérios: a) material; b) espacial; e c) temporal, para que haja a identificação de um fato jurídico tributário:

Considerando que todo fato é um acontecimento determinado por coordenadas de tempo e espaço e que a função da hipótese é oferecer os contornos que permitam reconhecer um acontecimento toda vez que ele ocorra, a descrição produzida pelo legislador deve, necessariamente, conter diretrizes de ação, de tempo e de lugar²⁰.

O critério material prevê um verbo - que determinará a conduta a ser praticada por sujeitos de direito -, seguido de um complemento - que será o objeto. Segundo Aurora Tomazini de Carvalho, é “a expressão, ou enunciado, da hipótese que delimita o núcleo do acontecimento a ser promovido à categoria de fato jurídico²¹”.

O critério espacial indica o espaço físico em que o fato jurídico deverá ocorrer. Para Paulo de Barros Carvalho, ele “encerra os elementos que nos permitirão reconhecer a circunstância de lugar que limita, no espaço, a ocorrência daquele evento.”²²

Por fim, o “critério temporal é o feixe de informações contidas na hipótese normativa que nos permite identificar, com exatidão, o momento de ocorrência do evento a ser promovido à categoria de fato jurídico.”²³

¹⁹ CARRAZZA, Roque Antônio. Reflexões sobre a obrigação tributária. São Paulo: Noeses, 2010. 1ª ed., p. 155.

²⁰ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 381.

²¹ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 382.

²² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011. Pág. 471.

²³ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 394.

2.2.2. O conseqüente da Regra Matriz de Incidência Tributária

Para que seja possível identificar a relação jurídica tributária, composta por sujeito ativo, passivo e objeto, precisamos verificar os critérios do conseqüente da Regra Matriz de Incidência. Ou seja, “a função do conseqüente é definir os critérios (conotação) do vínculo jurídico a ser interposto entre duas ou mais pessoas, em razão da ocorrência do fato jurídico.²⁴”.

O critério pessoal é o “feixe de informações contidas no conseqüente normativo que nos permite identificar, com exatidão os sujeitos da relação jurídica a ser instaurada quando da constituição do fato jurídico²⁵”.

O critério quantitativo, formado pela base de cálculo e alíquota, visa delimitar o *quantum debeat* do critério material. Segundo Paulo de Barros Carvalho, a base de cálculo tem a função mensuradora, função objetiva e função comparativa:

Partindo de tais considerações, concluo serem três as funções da base de cálculo: a) função mensuradora, por competir-lhe medir as proporções reais do fato; b) função objetiva, em virtude de compor a específica determinação do débito; e c) função comparativa, por confirmar, infirmar ou afirmar o correto elemento material do antecedente normativo²⁶.

Desse modo, o critério quantitativo está previsto no conseqüente da RMIT, em razão de, no âmbito tributário, o objeto da prestação ser pecuniário:

Em termos gerais, no entanto, não podemos adotar como regra a presença de um critério quantitativo no conseqüente das regras matrizes de incidência, pois nem sempre o objeto da prestação é quantificado pelo legislador. Assim, na generalização (peculiar à teoria geral do direito), adotamos a presença de um critério prestacional, responsável pela indicação do objeto da relação jurídica a ser instituída com a ocorrência do acontecimento descrito na hipótese.²⁷

Portanto, nem sempre o critério quantitativo estará presente na estrutura de regras matrizes de incidência. Mas, com relação à norma tributária, deverá ser observado sem exceção.

²⁴ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 400.

²⁵ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 401/402.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p. 405.

²⁷ DE CARVALHO, Aurora Tomazini. Pág. 378. **Curso de Teoria Geral do Direito - o Construtivismo Lógico-Semântico**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Noeses. 2013, p. 409

CAPÍTULO 3 – O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para o presente trabalho, aprofundaremos o estudo dos controles concentrado e abstrato de constitucionalidade dos atos normativos realizados pelo Supremo Tribunal Federal de forma repressiva.

3.1. O controle de constitucionalidade e os seus sistemas

O controle de constitucionalidade consiste em um mecanismo estabelecido pelo legislador constituinte, por meio do qual é possível verificar se os atos normativos infraconstitucionais estão de acordo com os preceitos previstos na Constituição Federal e, se necessário, adotar as medidas pertinentes para sanar o vício.

Conforme anteriormente explanado, para que o controle seja possível, a Carta Magna deverá ser rígida - cujo processo de alteração seja mais árduo ou solene do que das normas não constitucionais -, e prever um órgão competente para a averiguação da compatibilidade.

Assim, o controle se alicerça na hierarquia das normas, estando a Constituição no topo da pirâmide normativa, caracterizando-se como fundamento de validade dos demais atos.

Seguindo a influência dos modelos de constitucionalidade norte-americano e austríaco, o modelo brasileiro é denominado misto, em razão de admitir o controle difuso e o concentrado, de acordo com o critério subjetivo.

O controle jurisdicional difuso consiste na análise da constitucionalidade da lei ou de atos normativos ser feita por qualquer juízo ou tribunal, observadas as regras de competência, previamente estabelecidas.

De acordo com o critério formal, em regra, o difuso também é concreto, por ser realizado via incidental ou de exceção ao mérito, por meio de incidente processual, ou seja, a questão será prejudicial ao objeto principal da causa. “Representa questão prejudicial, não a questão principal debatida na causa; por isso o juiz não decide *principaliter*, mas *incidenter tantum*, pois ele não figura nunca como objeto do processo e dispositivo da sentença”²⁸.

Nesse mesmo sentido, Renata Elaine Silva:

O controle de constitucionalidade chamado difuso é assim nomeado porque leva em consideração o aspecto subjetivo, permitindo que

²⁸ BUZAID. Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1958, p. 23/24.

qualquer juiz ou tribunal, de maneira “difusa”, possa reconhecer a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo de acordo com suas regras de competência. Regra geral, o controle difuso é realizado via incidental ou de exceção mediante incidente processual, também conhecido como concreto, haja vista que as partes e a matéria encontram-se individualizadas.²⁹

Já o controle concentrado atribuiu a guarda da Constituição a um único órgão, cuja competência é originária. No ordenamento jurídico, o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário, é o seu guardião.

Sob o ponto de vista formal, em regra, a via de interposição é a abstrata, em razão da análise da constitucionalidade da lei ser o pedido autônomo ou o objeto principal da lide, sem que haja discussão de uma relação jurídica concreta:

O controle concentrado surgiu na Áustria influenciado por Kelsen e se estendeu por toda a Europa, atribuindo a guarda da Constituição a um único órgão, diferentemente do sistema americano, estudado no controle difuso. O controle concentrado é aquele que tem um órgão apenas, que concentra mediante uma competência originária o controle de constitucionalidade; no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Analisado sob o critério formal, pode ser via principal, por isso chamado de abstrato ou direto. No controle abstrato, a análise de constitucionalidade será o objeto principal da ação. Desse modo, não há conflito de interesses a ser solucionado pelo juiz³⁰.

Por fim, de se observar que o controle concentrado de constitucionalidade da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) poderá ser equiparado ao abstrato, sem exceção, uma vez que a análise da constitucionalidade da lei ocorre pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, cuja questão principal é verificada em tese.

3.2. Breve histórico dos mecanismos de controle de constitucionalidade do sistema brasileiro

A primeira Constituição brasileira foi outorgada por Dom Pedro I, em 25 de março de 1824. Nela não havia nenhuma modalidade efetiva de controle de constitucionalidade. A

²⁹ SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1ª ed. Saraiva, 2009, p.84.

³⁰ SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1ª ed. Saraiva, 2009, p. 96.

Assembleia Geral era quem praticamente detinha a faculdade de, nos termos do art. 15, VIII e IX, fazer leis, interpretá-las, suspendê-las ou revogá-las, bem como velar pela Guarda da Carta Maior³¹.

Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, influenciada pelo direito norte-americano, surgiu, pela primeira vez em uma Constituição brasileira, o controle difuso de constitucionalidade dos órgãos jurisdicionais.

De se observar que este controle foi, anteriormente, previsto no Decreto nº 848/1890, ao criar a Justiça Federal:

O Decreto n. 848, de 11.10.1890, estabeleceu, no art. 3º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. (...) E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9º, parágrafo único, a e b, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais³².

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, promoveu importantíssimos avanços no que tange ao controle de constitucionalidade.

Estabeleceu a competência do Senado Federal, no controle difuso, para determinar o efeito “erga omnes” às decisões de inconstitucionalidade do Poder Judiciário: *suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário (art. 91, IV).*

Inseriu a cláusula de reserva de plenário (a declaração de inconstitucionalidade só poderia ocorrer mediante a maioria absoluta dos membros do tribunal), em seu art. 179, que assim dispunha: *Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público.*

Previu, por fim, a representação interventiva, cujo autor exclusivo era o Procurador Geral da República, quando houvesse violação aos princípios estampados no art. 7º, I, a a h, da Constituição.

³¹ Art. 15. E' da attribuição da Assembléa Geral: VIII. Fazer Leis, interpretal-as, suspendel-as, e rovogal-as. IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral do Nação.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.** 2ª Ed. rev. e ampl. - São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 235.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, conhecida como Polaca, sob a inspiração da situação política da ditadura instaurada por Getúlio Vargas, impôs uma hipertrofia do Poder Executivo e esvaziamento do Poder Judiciário, ao dispor sobre a competência do Parlamento para rever decisão que tenha sido dada pelo Poder Judiciário:

Art. 96 - Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único - No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.

Na Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, ficou reestabelecida a normalidade jurídica, em termos de controle de constitucionalidade. Ademais, houve a criação da ação direta de inconstitucionalidade, por meio da Emenda Constitucional (EC) n. 16/65, de competência originária do STF para julgar as representações encaminhadas pelo Procurador Geral da República: *Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete: I - processar e julgar originariamente: k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República.* Surgiu, outrossim, o controle concentrado estadual.

Na Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, foi excluído o controle concentrado estadual e a EC n. 01/69 estabeleceu o controle concentrado lei municipal, com a finalidade interventiva do Estado.

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 05 de outubro de 1988, entre inúmeros progressos, ampliou o rol dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, estabeleceu o controle das omissões normativas (Mandado de injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão), instituiu a possibilidade de o Estado prever controle de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual e passou a permitir a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Finalmente, a EC n. 03/93 criou a ação declaratória de constitucionalidade e a EC n. 45/2004 igualou os legitimados para o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) aos da Ação Direta de Constitucionalidade (ADC).

3.3. Dos efeitos e da possibilidade de modulação no controle concentrado

Com o objetivo de direcionarmos o presente estudo para declaração de inconstitucionalidade de atos normativos gerais e abstratos, passaremos a analisar os efeitos da decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) e Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), que são instrumentos do controle concentrado.

Inicialmente, a eficácia da decisão é genérica, *erga omnes*, em que o seu conteúdo alcança uma totalidade de indivíduos, mesmo que eles não façam parte da relação jurídico-processual.

Assim, a ADI “tem como objeto a norma geral a abstrata entendida como inconstitucional. Por ser uma ação sem partes, autor/réu, lide, direitos controversos envolvidos, alguns princípios como o contraditório e a ampla defesa não são aplicados”³³.

Renata Elaine Silva explana, de forma brilhante, que a norma válida é aquela que pertence ao sistema e a inconstitucional, que não é compatível com ele. A depender da eficácia da declaração, esta poderá ser *ex tunc* ou *ex nunc*:

(...) a constitucionalidade tem relação direta com a validade da norma, mas com ela não se confunde, pois somente normas válidas podem participar do sistema; em outras palavras, apenas normas válidas pertencem ao sistema, e se pertencem ao sistema, são normas válidas. Quando dizemos que uma norma é inconstitucional significa que essa norma não está compatível com o sistema, mas é norma válida, porque continua existindo no sistema. A declaração com efeitos *ex tunc* vai dizer: a norma “X” existente deve ter seus efeitos suspensos desde seu nascimento, porque está incompatível com o sistema constitucional, portanto é inconstitucional. Ou, no efeito *ex nunc*: a norma “Y” existente deve deixar de surtir efeito desde a data “h”, pois sempre foi incompatível com o sistema constitucional, mas seus efeitos devem ficar suspensos desde a data “h”³⁴.

Em regra, a declaração de inconstitucionalidade da norma é *ex tunc*, isto é, retroage à data do início de sua vigência. A consequência principal consiste na desconstituição de todos os seus efeitos. Afinal, uma norma eivada do vício de nulidade nunca deveria ter existido, sob pena de liquidar o princípio da supremacia da Constituição:

³³ SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1ª ed. Saraiva, 2009, p. 98.

³⁴ SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1ª ed. Saraiva, 2009, p. 110/111.

A nulidade é a condição da norma, que, uma vez reconhecida como nula, deixa de surtir efeitos desde sua origem. A anulabilidade, por sua vez, deixa de surtir efeitos desde o momento do seu reconhecimento, não retroagindo à sua origem e sim a partir da data do reconhecimento. O reconhecimento da nulidade ou anulabilidade, segundo a doutrina, tem relação com o ato declaratório ou constitutivo, gerando respectivamente os efeitos *ex tunc* e *ex nunc*³⁵.

De acordo com a doutrina de Cappelletti, “a lei inconstitucional, porque contrária a uma norma superior, é considerada absolutamente nula (‘null and void’) e, por isto, ineficaz, pelo que o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas, meramente declara (preexistente) nulidade da lei inconstitucional.”³⁶

Ademais, as decisões proferidas em sede de ADI e ADC sempre vinculam os demais órgãos do Poder Executivo e Judiciário³⁷, conforme estabelece o art. 28, parágrafo único, da lei nº 9.868/99³⁸.

Com relação à modulação dos efeitos prescrita no art. 27 da Lei nº 9.868/99³⁹, podemos afirmar que o STF, por maioria de 2/3 de seus membros, poderá atribuir efeitos “*ex nunc*” (em regra é “*ex tunc*”) ou prospectivo (a partir do trânsito em julgado ou outro momento) à decisão, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Dessa forma, é possível perceber que este artigo mitigou a teoria da nulidade, permitindo a adoção de medidas que não mutilam a eficácia das normas, como um vício congênito.

3.4. A relação do controle de constitucionalidade com a Regra Matriz de Incidência Tributária

³⁵ SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1ª ed. Saraiva, 2009, p. 110.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992, p.115/116.

³⁷ A decisão em ADI não vincula o Poder Legislativo, na sua função típica de legislar, sob a pena de fossilização da constituição, podendo editar uma lei com conteúdo idêntico àquela que fora objeto da ADI anterior.

³⁸ 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.

³⁹ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

O art. 150, inc. I, da CF⁴⁰ estabelece que a instituição ou o aumento de tributo somente poderá ser realizado mediante lei. Melhor dizendo, os critérios da RMIT deverão estar previstos no ordenamento jurídico por meio de lei, e em alguns casos, é necessário que esta seja complementar.

Ab initio, a RMIT é considerada, como qualquer outra espécie normativa, válida, podendo, entretanto, ser declarada inconstitucional, em razão de ser emanada por órgão incompetente ou procedimento diverso do previsto.

A constitucionalidade da RMIT poderá ser atacada por meio de ADI e ADC, quando a discussão recair sobre a ofensa de lei em tese. Por outro lado, o lançamento (que é ato que verifica a ocorrência da RMIT) somente poderá ser analisado pela via incidental:

Ação direta de inconstitucionalidade: inviabilidade: ato normativo de efeitos concretos. (...) 3. É da jurisprudência do Supremo Tribunal que só constitui ato normativo idôneo a submeter-se ao controle abstrato da ação direta aquele dotado de um coeficiente mínimo de abstração ou, pelo menos, de generalidade. 4. Precedentes (vg. ADIn 767, Rezek, de 26.8.92, RTJ 146/483; ADIn 842, Celso, DJ 14.05.93). (ADI 1937, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 20/06/2007).

A análise dos critérios da RMIT é significativa do ponto de vista da declaração de inconstitucionalidade, podendo abranger a incompatibilidade de um ou de mais elementos com os preceitos constitucionais:

O controle de constitucionalidade é instrumento que garante a harmonia do sistema tributário, em que de um lado se encontra o contribuinte, com o dever jurídico de pagar tributo, para assim contribuir com o funcionamento do Estado (em sentido lato), e do outro, o Estado, com o direito subjetivo de cobrar o tributo, que garantirá a arrecadação (efeito fiscal) para suprir as necessidades públicas ou ainda regular o mercado (efeito extrafiscal), tudo isso em harmonia com o sistema, que necessita garantir a segurança jurídica de ambas as partes.⁴¹

Assim, a decisão de improcedência da ADI e procedência da ADC, no âmbito do direito tributário, firmará o posicionamento de que a RMIT é constitucional. Nesse caso, há a

⁴⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

⁴¹ SILVA, Renata Elaine. **Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade**. 1ª ed. Saraiva, 2009, p. 79.

ratificação de sua validade, bem como a vinculação dos demais órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário, conforme o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99.

Por outro lado, se a decisão da ADI for procedente ou a da ADC for improcedente, com efeitos *ex tunc* e *erga omnes*, a RMIT será inconstitucional desde o seu surgimento, perdendo a vigência e, conseqüentemente, a validade. Explicando o exposto acima, Robson Maia Lins:

Conforme assentado, no exercício de competência do controle abstrato de constitucionalidade, o STF insere no sistema jurídico norma geral e concreta, quando decide pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Na primeira hipótese, a norma introduzida ratifica, “calibra” a constitucionalidade da RMIT, e como é dotada de efeito vinculante, nenhum órgão do Executivo ou do Judiciário (exceto o próprio STF, noutro processo) pode deixar de aplicar a RMIT sob o fundamento de sua inconstitucionalidade. De outro lado, quando declarada a inconstitucionalidade da RMIT, duas possibilidades são factíveis: (a) que sejam mantidos todos (ou alguns) efeitos da RMIT postos ou a serem postos no sistema cujos eventos tenham ocorridos até o “seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”, ou (b) que todos os efeitos gerados pela RMIT declarada inconstitucional sejam retirados do sistema jurídico positivo. Na primeira hipótese o STF, ao declarar a inconstitucionalidade, retirou a vigência futura (ou vigor) da RMIT; na segunda, retirou também a validade⁴².

Conforme aduzido alhures, a teoria da nulidade, com influência do sistema norte-americano, consagra a tese de que a decisão que julga o ato normativo nulo tem eficácia declaratória, retirando a sua validade desde o surgimento, como um vício congênito. Caso o STF entenda necessário, poderá mitigar tal entendimento, de acordo com a previsão legislativa.

Desse modo, somente com a publicação da decisão que declara a inconstitucionalidade da RMIT, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ela será extinta do sistema jurídico. Assim, com a declaração de inconstitucionalidade, a não incidência da RMIT é de observância obrigatória.

⁴²LINS, Robson Maia. **Controle de constitucionalidade da norma tributária: decadência e prescrição**. 1ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2005, p. 181/182.

CAPÍTULO 4 - DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DA COISA JULGADA

4.1. Da coisa julgada: conceito e espécies

A coisa julgada pode ser caracterizada como a eficácia dada à sentença judicial, após o trânsito em julgado, em razão de tornar-se imutável e indiscutível, tendo como base principiológica a certeza do direito. É dividida em duas espécies, a depender do grau de indiscutibilidade da sentença judicial.

A coisa julgada material impede a reanálise do provimento de mérito em qualquer outra ação, desde que presentes as mesmas partes, pedido e a causa de pedir. Nesse sentido estabelece o art. 467 do CPC/73: *Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.*

A coisa julgada formal, por sua vez, não permite a rediscussão da decisão judicial dentro do próprio processo. Mas, nada impede que ela seja reexaminada em outro. Para entendermos melhor, a decisão terminativa, cuja apreciação de mérito não é realizada pelo juiz, em razão de um vício grave, mesmo após o seu trânsito em julgado, poderá ser reanalisada em outra ação.

De acordo com Guilherme Luiz Marinoni: “quando se alude à indiscutibilidade da sentença judicial fora do processo, portanto em relação a outros feitos judiciais, o campo é da coisa julgada material (...). Já a indiscutibilidade da decisão judicial verificada dentro do processo remete a noção de coisa julgada formal.”⁴³.

Os atributos inerentes da coisa julgada - indiscutibilidade, coercibilidade e imutabilidade - visam garantir a segurança das relações jurídicas, que não poderão perdurar *ad infinitum*.

De acordo com Paulo de Barros Carvalho, a coisa julgada deverá ser observada, em prol da estabilidade das relações jurídicas e, conseqüentemente, da hierarquia do ordenamento, porque o seu desrespeito violaria a própria função de dizer o direito do Poder Judiciário:

Neste ponto, é preciso dizer, enfaticamente, que o desrespeito à coisa

⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 627.

julgada não pode ser admitido sob pretexto algum. Mexe com a estabilidade das relações jurídicas, prerrogativa inafastável de sistema que tenha um quantum de coerência interna e que pretenda atuar, também, com aquele mínimo de eficácia que a ordem normativa há de ter para ser reconhecida como tal. Desatender à coisa julgada é, em última análise, quebrar a hierarquia do ordenamento, porque investe contra a primazia do Judiciário para dizer do direito ao caso concreto; é transgredir o princípio da exclusividade da jurisdição, conduta que desarticula o sistema, comprometendo a função reguladora que o direito se propõe cumprir com o fito de implantar os valores que a sociedade quer ver realizados⁴⁴.

Assim, a irredutibilidade da coisa julgada é de tamanha importância, que a própria Carta Magna tratou de garantir que nem mesmo a lei posterior poderá prejudicá-la. Sobre o assunto:

COISA JULGADA. INVIABILIDADE DE REABERTURA DE DISCUSSÃO SUPERADA PELA RES JUDICATA - A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar - é o que se infere do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior. E sob esse aspecto é que se pode qualificar a res judicata como garantia constitucional de tutela a direito individual. (TRT5, Rel. Humberto Jorge Lima Machado, 3ª Turma, DJ 27/11/2015).

Nesse ensejo, a eficácia da coisa julgada é um dos pilares do ordenamento jurídico, com parâmetro constitucional, sendo que eventual violação poderá ensejar enorme percalço jurídico.

4.2. Da ação rescisória e da decisão judicial baseada em lei inconstitucional

O ordenamento jurídico, no art. 485, do CPC/73, previu as hipóteses em que a decisão judicial já transitada em julgado poderá ser revisada, sem que haja violação à coisa julgada:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de

⁴⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário Linguagem e Método**. 4ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2011, p. 308.

lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa.

Trata-se da possibilidade da propositura da ação rescisória, que visa desconstituir a coisa julgada da decisão de judicial mérito⁴⁵, desde que não decorridos dois anos de seu trânsito em julgado, em razão dos *errores in iudicando* e *in procedendo* elencados no artigo mencionado.

Barbosa Moreira a define como “a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir da matéria nela julgada.⁴⁶”.

Nesse ínterim, importante observar o inciso V, do art. 485 que permite a rescisão da decisão judicial transitada em julgado, cujo conteúdo viole literal disposição de lei. O cerne do problema consiste em saber se há possibilidade de aplicação deste artigo por ofensa literal de norma constitucional.

Nos ensinamentos de Nelson Nery Jr., a ação rescisória é admissível na hipótese da decisão judicial transitada em julgado que tiver se baseado em normas inconstitucionais:

Para efeitos de admissibilidade da ação rescisória, a violação da CF pode ter ocorrido por desatendimento a texto constitucional expresso, por princípio constitucional não positivado ou, ainda, por ofensa ao espírito ou ao sistema da CF. Decisão inconstitucional transitada em julgado não pode ficar imune ao controle jurisdicional da ação rescisória.⁴⁷

Nesse sentido, a violação à norma constitucional enseja celeuma processual de enorme monta, apto a permitir o ingresso da ação rescisória, mesmo diante de matéria controvertida, em prol da Supremacia da Constituição, inviabilizando a aplicação da Súmula nº 343 do STF,

⁴⁵ AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINAR. PROCESSO DE UM DOS AUTORES EXTINTO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA. QUESTÃO DE FUNDO. SERVIDOR PÚBLICO. POLÍTICA SALARIAL. LEI N.º 10.395/95. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. 1. Impossível é o ajuizamento de ação rescisória, visando rescindir decisão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito”. (Ação Rescisória N.º 70013711668, Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jaime Piterman, Julgado em 11/08/2006)

⁴⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil, lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, v. V: arts. 476 a 565**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 100.

⁴⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 680.

que assim dispõe: “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”.

Complementando o exposto, importante colacionar o entendimento de Teresa Arruda Alvin Wambier:

(...) em se tratando de ação rescisória em matéria constitucional, concorre decisivamente para um tratamento diferenciado do que seja ‘literal violação’ a existência de precedente do STF, guardião da Constituição. Ele, associado ao princípio da supremacia é que justifica, nas ações rescisórias, a substituição do parâmetro negativo da súmula 343 (negativo porque indica que, sendo controvertida a matéria nos tribunais não há violação literal a preceito normativo a ensejar rescisão), por um parâmetro positivo, segundo o qual há violação à Constituição na sentença que, em matéria constitucional, é contrária a pronunciamento do STF.⁴⁸

Portanto, é plenamente viável a interposição de ação rescisória, com fundamento no art. 485, inc. V, do CPC/73, por violação de norma constitucional, inviabilizando a incidência Súmula nº 343 do STF.

4.3. Da coisa soberanamente julgada, do sobreprincípio da segurança jurídica e da relativização da coisa julgada.

A coisa julgada é instituto que consagra o direito fundamental à segurança jurídica previsto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que garante a definitividade à decisão judicial de mérito, podendo ser combatida nas hipóteses previstas para a ação rescisória.

Nos termos do art. 495 do CPC/73, o direito decadencial de propor esta ação se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão. Depois de passado esse prazo, surge aquilo que se denominou “coisa soberanamente julgada”, que, *a priori*, será absolutamente inalterável:

(...) Após o transcurso do prazo de dois para exercício do direito potestativo de rescisão, há a formação da coisa soberanamente julgada, razão pela qual não prospera a alegação do recorrente de que o início do prazo bienal para a propositura da ação rescisória somente ocorreu com o

⁴⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvin. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 304.

trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade, com efeitos *ex tunc*, do art. 29-C da Lei 8.036/90. Seria contraditório que se assegurasse a garantia da coisa julgada e, simultaneamente, se mantivesse a possibilidade de sua eterna desconstituição. Essa é a fórmula que o direito positivo encontrou para garantir a ponderação entre os valores da segurança jurídica e da justiça, para superar a tensão existente entre eles: a desconstituição de sentenças transitadas em julgado é possível, desde que se utilize a ação rescisória e se respeite o prazo de dois anos para o ajuizamento. (...) (TRF-3 - AR: 28852 SP 0028852-92.2012.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal Luiz Stefanini, D.J. 20/02/2014).

A coisa soberanamente julgada confirma, com mais veemência, o sobreprincípio da segurança jurídica, ao determinar o prazo limite para o ingresso da ação rescisória para desconstituir a decisão judicial transitada em julgado.

Recentemente, a discussão tem ganhado importância em torno da tese da relativização da coisa soberanamente julgada. De acordo com esta, seria viável a interposição de ação rescisória mesmo após o prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão judicial de mérito que se tenha fundamentado em lei, que posteriormente seja declarada inconstitucional.

Assim, o prazo decadencial para ingressar com a ação rescisória teria início com o trânsito em julgado da decisão de inconstitucionalidade pelo STF, em controle concentrado, com efeito *ex tunc* e *erga omnes*.

Trata-se da possibilidade de excepcionar o instituto da coisa julgada em prol da justiça da decisão que tenha se fundamentado em lei declarada inconstitucional. Isto é, há a colisão do princípio da segurança jurídica com outras normas constitucionais, de igual hierarquia.

Explicamos. Para alguns doutrinadores o sobreprincípio da segurança jurídica não deverá ser absoluto, podendo, a depender da análise do caso concreto, ser mitigado. José Augusto Delgado elenca inúmeras hipóteses pela quais é favorável à relativização da coisa julgada. Senão vejamos:

6.1. O princípio força da coisa julgada é de natureza relativa. 6.2. A coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade. 6.3. O Poder Judiciário, ao decidir a lide pelos juízes que o integram, cumpre missão estatal de natureza absoluta, com função destinada a aplicar, de modo imperativo, as estruturas que sustentam o regime democrático. 6.4. A sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças. 6.5. O 'decisum' judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal. 6.6. A carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando evidada de vícios graves e produza consequência que alterem o estado natural das coisas, que estipulem obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas

jurídicas que não sejam amparadas pelo Direito. 6.7. A regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático. 6.8. A garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar, em homenagem ao princípio da não-retroatividade. 6.9. Os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado, por a decisão referir-se a eles com as características de tempo, modo e lugar como foram apurados. 6.10. A coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocações de desigualdades nas relações do contribuinte com o Fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance. 6.11. Em tema de desapropriação o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada. 6.12. A sentença transitada em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático, por conter apologia da quebra da moralidade, legalidade, do respeito à Constituição Federal e às regras da Natureza. 6.13. A segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial⁴⁹.

Por outro lado, para outros doutrinadores, a relativização da coisa julgada não poderá ser admitida, sob pena de liquidar, por completo, a estabilidade, certeza e segurança das relações jurídicas. Segue os ensinamentos de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria De Andrade Nery:

A ‘supremacia da Constituição’ está na própria coisa julgada, enquanto manifestação do Estado Democrático de Direito, fundamento da República (CF 1.º ‘caput’), não sendo princípio que possa opor-se à coisa julgada como se esta estivesse abaixo de qualquer outro instituto constitucional. Quando se fala na intangibilidade da coisa julgada, não se deve dar ao instituto tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária, mas, ao contrário, impõe-se o reconhecimento da coisa julgada com a magnitude constitucional que lhe é própria, ou seja, de elemento formador do Estado Democrático de Direito, que não pode ser apequenado por conta de algumas situações, velhas conhecidas da doutrina e jurisprudência, como é o caso da sentença injusta, repelida como irrelevante (...) ou da sentença proferida contra a Constituição ou a lei, igualmente considerada pela doutrina (...), sendo que, nesta última hipótese, pode ser desconstituída pela ação rescisória (CPC 485 V). (...) O risco político de haver sentença injusta ou inconstitucional no caso concreto parece ser menos grave do que o risco político de instaurar-se a insegurança geral com a relativização (‘rectius’: desconsideração) da coisa julgada⁵⁰.

⁴⁹ DELGADO, José Augusto. **Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. In: Revista de Processo, ano 23, nº 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 31/33.

⁵⁰ NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 11ª ed. Revista dos Tribunais, p. 715.

Apesar do entendimento conflitante, quando o Pretório Excelso declara, em controle concentrado, a inconstitucionalidade da lei, com caráter geral, vinculante e *ex tunc*, atinge todas as situações, mesmo aquelas já constituídas com a coisa soberanamente julgada, em razão do vício de nulidade inviabilizar a produção de efeitos da norma.

Afinal, a decisão que se fundamenta em uma norma, posteriormente declarada inconstitucional, tem a mutilação de sua validade, não podendo ser absorvida pelo ordenamento jurídico.

Ademais, com a decisão de inconstitucionalidade da RMIT, com o efeito *ex tunc*, surge o direito de o sujeito passivo repetir o indébito da quantia paga, mesmo que a decisão judicial, a qual recaia a coisa soberanamente julgada, entenda de forma contrária.

De se observar que Paulo Otero apresenta uma solução bastante interessante ao conflito apresentado, ao defender que a declaração de inconstitucionalidade deveria prever: “a destruição dos casos julgados fundados em normas desconformes com a Constituição e agora formalmente banidas⁵¹.”

Portanto, não se trata da relativização da coisa soberanamente julgada em todas as hipóteses, mas apenas quando o *decisum* se fundamentar em lei declarada inconstitucional pela Suprema Corte, com eficácia retroativa, *erga omnes* e vinculante, em razão de estar amparada no vício insanável da nulidade.

4.4. Do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da relativização da coisa julgada

O Pretório Excelso⁵², salvo em casos excepcionalíssimos⁵³, rechaça a tese da relativização da coisa julgada, ao entender que a sentença de mérito transitada em julgado só poderá ser rescindida dentro do prazo decadencial previsto em lei.

Após o transcurso do lapso temporal, há a coisa soberanamente julgada, que é imodificável, mesmo diante do *decisum* ter se fundamentado em diploma legislativo, que posteriormente haja sido declarado inconstitucional, quer em sede de controle abstrato ou concreto.

⁵¹ OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 45.

⁵² RE 554.111/RS – RE 592.912/RS – RE 594.350/RS – RE 594.892/RS – RE 594.929/RS.

⁵³ (...) Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA (...) (RE 363889, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, d.j. 02/06/2011)

Assim, a decisão do STF, que tenha reconhecido a inconstitucionalidade de lei - mesmo que possua eficácia “ex tunc” – não pode ser superior à força da eficácia da coisa soberanamente julgada. Vejamos:

(...) A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apoie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. (ARE 918066 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015)

De se observar que já em 1968, no RMS 17.976/SP, Rel. Min. Amaral Santos (RTJ 55/744), o STF reconheceu a impossibilidade de se desconstituir a autoridade da coisa julgada, mesmo na hipótese da sentença transitada em julgado ter se fundado em lei, ulteriormente declarada inconstitucional.

Em matéria tributária, importante colacionar o seguinte julgado no mesmo sentido exposto:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Tributário. Ação rescisória. Exaurimento prazo decadencial. Coisa julgada em sentido material. Imutabilidade. Precedentes. 1.A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de ação rescisória, na fluência do prazo decadencial previsto em lei. Com o exaurimento de referido lapso temporal opera-se a coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o Supremo Tribunal Federal venha a consolidar seu entendimento em sentido contrário à decisão transitada em julgado. (...) (ARE 864746 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, d.j 27/10/2015)

Conclui-se, portanto, que a tese da relativização da coisa soberanamente julgada, de acordo com diversos julgados monocráticos proferidos pelo STF, ensejaria lesão à estabilidade, certeza e segurança das relações intersubjetivas.

CONCLUSÃO

O controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, em especial, da RMIT, por meio da ADI, é realizado pelo STF, de forma abstrata. Isto é, há a discussão da lei em tese, em que o Pretório Excelso verifica a compatibilidade da norma tributária com os preceitos constitucionais.

O reconhecimento da inconstitucionalidade dos critérios material, especial, temporal, pessoal ou quantitativo da RMIT, por essa modalidade, enseja efeitos *ex tunc* (retroativos), *erga omnes* e vinculante.

Em outras palavras, a declaração da inconstitucionalidade da exação tributária afetará todos os indivíduos e o poder público (Poderes Executivo e Judiciário), cuja validade ficará comprometida, desde o seu surgimento, não produzindo efeitos na órbita jurídica.

Com isso, surge o emblemático problema de desconstituir as decisões judiciais que tenham se fundamentado em uma norma declarada inconstitucional. Em uma primeira análise, ficou demonstrado que seria plenamente possível ingressar com a ação para rescindir a decisão judicial, com fundamento no art. 485, inc. V do CPC/73, dentro do prazo decadencial de dois anos a contar de seu trânsito em julgado.

Após o lapso para o ingresso da ação rescisória, surge a coisa soberanamente julgada, que, *a priori*, seria insuscetível de modificação. Nesse caso, a celeuma é mais controvertida, surgindo entendimentos conflitantes no que tange à relativização da coisa soberanamente julgada.

O primeiro posicionamento defende (incluindo o STF) a impossibilidade de superar a coisa soberanamente julgada, por estar relacionada com o sobreprincípio da segurança jurídica, importante garantia da ordem constitucional, o que poderia ensejar a violação ao Estado Democrático de Direito.

Já o segundo entende que, a depender do caso concreto, a relativização da coisa julgada é permitida para assegurar a justiça do *decisum*. No âmbito do direito tributário, as decisões proferidas no controle concentrado, com os efeitos que lhes são próprios, ocasionariam graves consequências, que permitiriam a mitigação da coisa julgada.

Portanto, o presente trabalho analisou, primeiramente, a Supremacia da Constituição Federal e a estrutura da RMIT, como norma jurídica geral e abstrata, para melhor compreensão do controle concentrado de constitucionalidade, que influencia, de maneira expressiva, a eficácia da coisa julgada, cujo tema é bastante divergente.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros 2003.
- BALEEIRO, Aliomar. *O supremo tribunal federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BORGES, José Souto Maior. *Obrigação tributária: uma introdução metodológica*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAPPELETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1992.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 25ª edição, revista, ampliada e atualizada até a Emenda Constitucional n. 57/2008.
- _____. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.
- _____. *Reflexões sobre a obrigação tributária*. São Paulo: Noeses, 2010. 1ª ed. p. 155.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito – O construtivismo lógico semântico*. 3ª Ed. São Paulo, Noeses, 2013.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário Linguagem e Método*. 4ª Ed. São Paulo. Noeses, 2011.
- _____. *Direito Tributário – Fundamentos Jurídicos da Incidência*. 8ª Ed. São Paulo. Saraiva, 2010.
- _____. *Curso de Direito Tributário*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- DELGADO, José Augusto. *Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais*. In: Revista de Processo,

- ano 23, nº 103, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.
- GRECO, Marco Aurélio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico: parâmetros para sua criação*. In: GRECO, Marco Aurélio (coord.). *Contribuições de intervenção no domínio econômico e figura afins*. São Paulo: Dialética, 2001.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Teoria Pura do Direito [tradução João Baptista Machado]*. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, 2009.
- LINS, Robson Maia. *Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária*. 1ª ed. São Paulo. Quarter Latin, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme; *Manual do Processo de Conhecimento*; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. 2ª ed. Editora Millennium, 2000.
- MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- MENDES, Gilmar. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade; Estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo. Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de direito Constitucional, 1999.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Efeitos ex nunc e as decisões do STJ*. São Paulo: Manole, 2008.
- _____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo. Método, 2008.
- OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo. *Código Tributário Nacional: comentários, doutrina, jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2013. 5ª ed.
- SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, Renata Elaine. *Decisões em matéria tributária - jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade*. 1ª ed. Saraiva, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. São Paulo: Renovar. 2002. 9ª ed.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória: recurso extraordinário, recurso especial e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

WWW.STJ.JUS.BR

WWW.STF.GOV.BR

WWW.FISCOSOFT.COM.BR

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.