

COISA JULGADA NO PROCESSO TRIBUTÁRIO COLETIVO E A FORÇA TRANSCENDENTE DE JULGADOS EM PROCESSOS INDIVIDUAIS

Mantovanni Colares Cavalcante¹

Sumário: 1. O processo coletivo como técnica de tutela de direitos transindividuais. 2. A força transcendente de julgados produzidos para gerar o efeito vinculante. 3. O precedente como método, não como cultura. 4. A coisa julgada e seu atual contexto na técnica dos precedentes. 5. A mitigação da coisa julgada em processo tributário coletivo diante de precedente que a torna ineficaz.

1. O processo coletivo como técnica de tutela de direitos transindividuais

É antiga a preocupação com o aumento de repetidos litígios versando sobre a mesma matéria de direito, daí a elaboração de técnicas processuais para a obtenção de tutela jurisdicional num único processo, com alcance nas situações jurídicas envolvendo várias pessoas, grupos, classes ou mesmo toda a coletividade².

1. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre pela Universidade Federal do Ceará - UFC/CE. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP. Professor de Direito Processual - UFC/CE. Professor Conferencista do IBET. Juiz de Direito de Vara da Fazenda Pública.

2. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes lembra que “[a] Inglaterra é apontada como

No Brasil, a primeira grande modificação no sistema processual civil para esse fim teve início em 1985, ao se introduzir na legislação instrumentos até então desconhecidos do direito positivo, com a finalidade de dar curso a demandas de natureza coletiva, “a começar pela Lei 7.374, de 24.07.85 (que disciplinou ‘a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico’, e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral)”³, e posteriormente com as Leis 7.853/1989, 8.069/1990, 8.078/1990, 8.429/1992 e 8.884/1994, “[d]estinadas a tutelar direitos e interesses transindividuais, isto é, direitos cuja titularidade é subjetivamente indeterminada, já que pertencentes a grupos ou classes de pessoas”⁴.

É justamente nesse contexto que se tem o denominado processo coletivo, como técnica de tutela de direitos transindividuais, e por isso Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que, “[p]or *processo coletivo* entende-se aquele que, com relação às partes, ao objeto e aos fundamentos de fato e de direito identifica-se pelo propósito de atender, em modo unitário e isonômico (dita tutela *molecular*) uma finalidade concernente

o berço dos litígios coletivos” (*Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002. p. 43). Acrescenta o referido autor que “[o] primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responder por todos” (ob. cit., pp. 43/44), e nos Estados Unidos, a demanda coletiva surge como tentativa de suprir litígios inúteis e multiplicação de demandas (*group litigation*), mediante estudo escrito a partir de 1836 pelo juiz Joseph Story, ao publicar sua obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, “na qual demonstrou que havia adquirido um grande conhecimento sobre as ações coletivas” (idem, p. 65), sendo que o tema rapidamente evoluiu com a edição de regras pela Suprema Corte, em 1842, “dentre as quais a *Equity Rule* 48, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos” (ibidem, p. 66).

3. Assim registrou Teori Albino Zavascki, em *Processo coletivo : tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 19.

4. Ob. cit., p. 19.

a um número expressivo de sujeitos (*interesses individuais homogêneos*); a um grupo, categoria ou classe (*interesses individuais em sentido estrito*) ou à inteira coletividade (*interesses difusos*), buscando evitar a *atomização* do conflito coletivo em múltiplas e repetitivas ações individuais”⁵. Fala-se, então, na *tutela judicial de interesses transindividuais* ou *metaindividuais*, pois conforme lição de Araken de Assis, “[o]s direitos coletivos são subjetivamente transindividuais, ou seja, materialmente sem titular determinado, e indivisíveis”⁶.

E para que essa técnica se mostrasse efetiva, ao ponto de evitar a multiplicidade de ações individuais – razão maior do processo coletivo –, seria preciso um elemento diferenciador não somente em relação ao alcance da decisão ali proferida, a beneficiar grupos, classes ou mesmo a coletividade como um todo, mas sobretudo que ela fosse dotada de uma coisa julgada cuja eficácia se projetasse muito além daqueles envolvidos em litígios tradicionais, quais sejam, as partes e os terceiros que ingressaram no processo. Conforme adverte Rodolfo de Camargo Mancuso, “a coisa julgada no processo coletivo é incompatível com o contingenciamento dos efeitos de um julgado em relação às partes que integraram o contraditório, pois “é *condição de operacionalidade* do julgado coletivo que ele projete eficácia extra-autos, em maior ou menor intensidade (*erga omnes; ultra partes*)”⁷.

Essa eficácia além do processo se ajusta com muita propriedade aos litígios tributários, pois no Direito Tributário é comum a existência de relações homogêneas, como por exemplo quando se tem contribuintes do mesmo imposto, de modo que se mostra bastante adequada a coisa julgada coletiva numa situação como essa, de “[p]essoas diferentes que

5. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006. p. 523.

6. *Processo civil brasileiro*. vol. III : parte especial : procedimento comum : (da demanda à coisa julgada). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1.422.

7. Ob. cit., p.14.

mantêm relações jurídicas análogas, em substância, com a de outras pessoas, em círculos mais ou menos amplos”⁸.

A questão que se impõe, porém, é a de que o processo coletivo, embora tradicionalmente seja um dos mecanismos de transcendência de tutela jurisdicional, não mais ocupa isoladamente o espaço no campo processual; ao contrário, outras técnicas foram construídas e desenvolvidas para a obtenção do mesmo fim, qual seja, o de proporcionar a vários interessados determinada tutela jurisdicional sem que houvesse necessariamente um processo judicial com julgamento individualizado para cada um dos participantes da relação jurídica de direito material. É nessa ambiência que se teve o desenvolvimento e a consolidação do que se pode denominar de *força transcendente de julgados produzidos para gerar o efeito vinculante*.

2. A força transcendente de julgados produzidos para gerar o efeito vinculante

As decisões reiteradas dos tribunais a respeito de um tema, após consolidada a interpretação em longo período de sedimentação, serviam de orientação aos juízes vinculados àqueles tribunais dos quais emanava a jurisprudência, mas não se tinha a vinculação obrigatória. Ao contrário, era nítida a dificuldade desse modelo como estratégia de uniformização da interpretação do direito no âmbito da jurisdição, por conta do receio da redução ou mesmo de um engessamento da atividade de interpretação dos juízes encarregados de julgar cada caso com suas especificidades.

Surgiu daí um embate. De um lado, a necessidade de uniformização do entendimento no âmbito da jurisdição; de outro, a liberdade de convicção do juiz. Por isso, depois de experimentações tímidas e não muito exitosas para a uniformização de entendimento⁹, e diante da constatação de que os

8. Conforme destaca Araken de Assis. Ob. cit., p. 1.429.

9. Código de Processo Civil de 1973: “Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto

processos coletivos não se mostravam viáveis para estancar as demandas individuais, concluiu-se que era chegado o momento de outras estratégias.

E uma das opções escolhidas foi a de atribuir a força transcendente a determinados processos individuais cujos julgados, tão logo fossem produzidos, já trariam em sua essência uma predestinação para gerar um efeito vinculante, fixando-se uma tese a ser aplicada em todas as causas idênticas quanto ao tema jurídico em debate. Essa força transcendente e vinculante de julgados representaria, sem dúvida, uma mutação na tradicional forma de influência meramente argumentativa da jurisprudência.

Nesse sentido, a atribuição de força transcendente dos julgados recebeu a dimensão constitucional explícita a partir de 2004, com a edição da Emenda Constitucional 45, ao determinar que o recurso extraordinário teria como suporte a demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas, vale dizer, a transcendência da matéria determinaria a viabilidade do recurso, deixando de ser um meio de impugnação restrito ao caso concreto¹⁰. A partir

na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando: I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência; II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas. Parágrafo único. A parte poderá, ao arrazoar o recurso ou em petição avulsa, requerer, fundamentadamente, que o julgamento obedeça ao disposto neste artigo”. Esse mecanismo de tentativa de uniformização da jurisprudência sempre foi considerado um apêndice da discussão judicial, e de pouca efetividade. Araken de Assis, a propósito, ressalta que “a aplicação do art. 476, nos vários tribunais, pôs à mostra notável despreço e firmes restrições ao instituto. As más lembranças dos escassos resultados práticos do prejulgado [previsto no Código de Processo Civil de 1939] influenciaram, presumivelmente, as barreiras impostas ao cabimento da uniformização, agrupadas, em larga síntese, na alegação de ‘inconveniência’. Fórmula politicamente correta procurou sintetizar o repúdio: ‘A suscitação do incidente de uniformização de jurisprudência em nosso sistema constitui faculdade, não vinculando o juiz, sem embargo do estímulo e prestígio que se deve dar a esse louvável e belo elegante instituto’ [afirmações de autoria de Sálvio de Figueiredo Teixeira, por ocasião do julgamento do REsp 3.835, em 1990]” (*Manual dos recursos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 353).

10. A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu o § 3º ao art. 102 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “no recurso extraordinário o recorrente deverá

daí, estabeleceu-se um novo requisito de admissibilidade do recurso, na medida em que a não explicitação dos motivos transcendentais nas razões do recurso implicaria em sua inadmissibilidade, cabendo única e exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal declarar a existência ou não da transindividualidade da questão, a merecer o exame em sede de recurso extraordinário. Exatamente por isso se pode dizer que essa transcendência é também hipótese de cabimento do recurso extraordinário, eis que, além de a parte recorrente demonstrar uma das situações autorizadoras do manejo do recurso, há de adjetivar aquelas situações com a ressalva de que é relevante a matéria veiculada na impugnação.

Aquele ano de 2004 representaria o prenúncio de novas leis com o nítido propósito de atribuir aos tribunais de interpretação final do direito – notadamente o Supremo Tribunal Federal – a relevante função de instâncias firmadoras de teses para aplicação em todos os casos idênticos¹¹, como ocorreu com o advento

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 de seus membros”.

11. Sempre me pareceu razoável atribuir à Suprema Corte a prerrogativa jurisdicional de apreciar somente as questões tidas como relevantes no âmbito do recurso extraordinário. Nos Estados Unidos da América, é preciso obter do tribunal um *writ of certiorari*, decorrente da regra do *special and important reasons*, para que a Suprema Corte daquele país conheça a questão e dê a seu respeito uma decisão adequada. Tal medida visa dar efetividade à instância especial, não se podendo mais permitir que o dogma da liberdade de utilização do recurso excepcional seja traduzido como forma de acesso ao Judiciário. O Supremo Tribunal Federal tem como finalidade maior interpretar de modo definitivo a Constituição Federal, e por isso mesmo não se pode deixar de lhe atribuir as condições para que exerça tal função de maneira intelectualmente digna, daí porque se mostra fundamental a criação de uma fase prévia de escolha das causas que mereçam julgamento, e nesse caso a atividade há de ser discricionária. Ainda no ano de 2002 defendia que se deveria buscar no mecanismo do *special and important reasons*, existente no sistema do *common law*, os elementos que autorizassem a inserção da relevância como atividade discricionária do Tribunal encarregado do julgamento do recurso excepcional, de tal modo que o recorrente demonstrasse que as razões especiais e importantes de seu recurso seriam suficientes para mover a engrenagem da instância especial. Ressaltava naquela ocasião que nenhum mal existiria em se atribuir a relevância como *elemento de qualificação do recurso excepcional*; ao contrário, seria salutar à instância ordinária, reforçando sua credibilidade, de modo que se deveria

da Lei 11.672/2008, que inaugurou a nova fase de processamento racional do recurso especial, na hipótese de multiplicidade de recursos especiais com fundamento na mesma questão jurídica¹².

O Código de Processo Civil de 2015 consolidou essa tendência de se atribuir a força transcendente dos julgados em determinadas situações, nas quais há o anúncio prévio de que se produzirá uma decisão sabendo de seu imediato destino vinculante. O *julgamento de casos repetitivos* passa a ser a técnica por excelência para a produção de precedentes, tanto nos julgamentos de demandas repetitivas, como nos recursos extraordinário e especial repetitivos¹³.

O incidente de resolução de demandas repetitivas deve ser instaurado quando houver, simultaneamente, I) efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e II) risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica¹⁴. E, ao ser admitido, ocorrerá a suspensão dos processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso¹⁵; e o aspecto

atribuir ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo Tribunal Federal o poder de autorizar ou não o julgamento de determinado recurso excepcional, tal como é feito de modo inteligente no sistema do *common law*, reservando tais Cortes a emitir suas posições em causas que justifiquem a intervenção intelectual dos seus componentes (*Limitações constitucionais nos recursos especial e extraordinário : a prevalência das instâncias ordinárias no julgamento pleno da causa*; esse o tema de minha dissertação de mestrado apresentada perante banca examinadora daquele Curso junto à Universidade Federal do Ceará, e posteriormente publicada pela Editora Dialética, de São Paulo, com o título *Recursos especial e extraordinário*).

12. Referida lei alterou o Código de Processo Civil de 1973, estipulando um sistema de apreciação de recursos especiais repetitivos, com fundamento em idêntica questão de direito, com a escolha de um deles como representativo da controvérsia, a ser encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, suspendendo-se os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo daquele Tribunal sobre a tese, a fim de ser aplicada a todos os casos idênticos.

13. CPC/2015: “Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos”.

14. Art. 976, e seus incisos I e II, do CPC/2015.

15. Inciso I do art. 982 do CPC/2015.

de maior relevo é o de que, julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada não somente “a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal¹⁶, como “aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal”¹⁷.

Essa técnica se mostra bem abrangente, eis que aplicável nas instâncias ordinárias, e o órgão colegiado competente para julgar o incidente e de fixar a tese jurídica, “julgará imediatamente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente”¹⁸, e só se mostra incabível tal ferramenta quando surge a possibilidade de julgamento de casos repetitivos na instância especial, que terá prevalência sobre a ferramenta própria das instâncias ordinárias, até porque quando se afeta o recurso nos tribunais superiores ou no Supremo Tribunal Federal, dali sairá a tese sobre questão de direito material o processual repetitiva¹⁹.

Isso porque, em relação ao recurso extraordinário e ao recurso especial, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de recursos representativos da controvérsia, com a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, até que se tenha a tese firmada pelos órgãos colegiados, a ser refletida no chamado acórdão paradigma²⁰, com as seguintes consequências: a) o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior; b) o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na

16. Inciso I do art. 985 do CPC/2015.

17. Inciso II do art. 985 do CPC/2015.

18. Parágrafo único do art. 978 do CPC/2015.

19. Art. 976, § 4º, do CPC/2015.

20. Art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
E O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; c) os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior; ou d) se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada²¹.

Fica evidente, assim, o protagonismo do precedente, produzido em causas individuais, mas com alcance em todas as situações que se identifiquem com a tese firmada, inclusive as que possam vir a ser ajuizadas, diante de sua força vinculante.

Some-se a essa nova realidade o que já se desenhava paulatinamente no sistema jurídico em relação a outras técnicas de vinculação de julgados, como é o caso do controle concentrado de constitucionalidade²² e a súmula vinculante²³.

Pode-se dizer que essas modificações representam um giro estratégico, qual seja, o de não se dar tanta relevância em relação às decisões transcendentais em ações coletivas, atribuindo-se a prevalência a julgados individuais que tenham força

21. Incisos I a IV do art. 1.040 do CPC/2015, literalmente.

22. Constituição Federal: “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 efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.” (*redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004*).

23. Constituição Federal: “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei” (*incluído pela Emenda Constitucional 45/2004*).

vinculante. E esse giro afeta diretamente os litígios tributários, diante da evidente natureza desse tipo de embate judicial, quase sempre firmado em teses aplicáveis a todas as situações cujo fundamento é a discussão sobre determinada obrigação tributária ou sobre crédito tributário, sem muita importância quanto às pequenas diferenciações no campo dos fatos.

Cabe indagar, então, se ainda há espaço para o processo coletivo em matéria tributária, bem como se é possível harmonizar a coisa julgada dele decorrente com julgados que venham a ser produzidos em ações individuais e com a marca da transcendência, a gerar o efeito vinculante.

3. O precedente como método, não como cultura

O Código de Processo Civil de 2015, convém ressaltar, não implanta no Brasil de modo categórico o modo de pensar e agir próprios da família do *common law*, pois ali se estabelece que a interpretação do processo civil dar-se-á conforme as normas fundamentais da Constituição Federal e do próprio Código, ou seja, a lei continua a ser o ponto de referência mais relevante para o início da interpretação, o que é típico da tradição do *civil law*²⁴. É inegável, porém, que ferramentas próprias das jurisdições tradicionalmente guiadas pelo *common law* passaram a integrar o sistema processual brasileiro, numa simbiose entre tradição histórica de nosso país (*civil law*) e mecanismos de utilização de precedente (*common law*), ressaltando que o precedente, nos dias atuais, se revela muito mais como método do que como cultura.

A expressão *common law*, é certo, possui vários sentidos²⁵, mas a referência bastante utilizada é a de sua contraposição

24. CPC/2015: “Art. 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

25. Fernando Silva Soares explica que a primeira acepção de *common law* foi a de *Direito comum*, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente, e que acabaria

ao *civil law*, considerando que esses seriam os dois modos mais expressivos de pensar e realizar o Direito, naquilo que se conhece por tradição jurídica, sendo que o mais antigo é o *civil law*, no qual prevalece a legislação como expressão maior, ao passo que o *common law* decorre da lenta absorção dos costumes, e que passam a integrar os modelos jurídicos quando transformados em decisões judiciais, e é por essa razão que se pode dizer que se cuida de um direito proclamado pelos tribunais, adotando-se a nomenclatura *common law* para identificá-lo, embora também se fale em direito inglês, direito anglo-saxônico ou direito anglo-americano.

Esclarece John Merryman que o sistema do *common law* possui como característica a adoção do precedente judicial (*stare decisis*), que consiste na obrigatoriedade de os tribunais decidir verificando as circunstâncias consideradas anteriormente em casos de natureza igual ou semelhante, e tais particularidades servem para julgamentos posteriores, sendo que as primeiras ideias sobre tal método foram fixadas a partir de 1154, no reinado de Enrique II da Inglaterra, com a criação de um tribunal superior, com juízes profissionais, que proferiam decisões, catalogavam os vários tipos de ações e delitos, para que fossem aplicados os mesmos posicionamentos em casos posteriores iguais ou semelhantes. Em casos similares,

por suplantando os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra, antes da conquista normanda de 1066, ao passo que o *Equity* seria um sistema oposto, qual seja, a de um direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema do *common law* e atender às questões de equidade. Ressalta o mencionado autor que hoje, na Inglaterra, pertencem ao domínio da *common law* o direito criminal, o direito dos contratos e da responsabilidade civil (a atuação do *jury* é da sua essência); e ao domínio da *Equity* pertencem o direito de propriedade, dos *trusts* (contratos fiduciários, pelos quais o *settlor* transfere uma propriedade móvel e imóvel a alguém, o *trustee*, para que este a administre em favor de um beneficiário, o *cestui que trust*), das sociedades comerciais, das falências, dos testamentos. Finaliza Fernando Silva Soares lembrando que ambas são submetidas a interpretações judiciais próprias – *precedents* – com traços de sensibilidade própria aos problemas a serem resolvidos, de modo que o *common law* seria o direito criado pelo juiz (*judge-made law*), e a *common law* pura seria somente aquela estrutura existente na Inglaterra ao tempo da Rainha Victoria, anterior à revolução industrial (*Common law – introdução ao direito dos EUA*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000).

deveria haver julgamentos similares, de acordo com essa nova prática adotada na Inglaterra, gerando em consequência a multiplicação de julgamentos escritos como estereótipos de condutas, equiparando-se a uma atividade legislativa²⁶.

O Brasil ficou imune a essa influência, tendo em vista que nosso país colonizador – Portugal – teve sua cultura jurídica moldada pelo renascimento do Direito romano a partir do século XII, ganhando reforço com a revolução francesa do século XVIII, que concretizou a ideia da necessidade da soberania das leis, de modo que cada Estado europeu passou a ter seu próprio Direito, fixado por órgãos legislativos, e a partir daí a lei se tornou a fonte mais importante do Direito em países como Espanha, França e Portugal, e obviamente esse modo de pensar jurídico foi transportado para suas colônias. Essa a razão de o Brasil ter adotado o *civil law* como sua tradição jurídica, com a primazia da lei.

E o Código de Processo Civil de 2015 mantém essa tradição da primazia da lei como fonte do Direito. Todavia, a nova codificação impõe, de modo categórico, a força transcendente de determinadas decisões judiciais, reafirmando a técnica anteriormente prevista do julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, e adicionando outras modalidades de decisões com essa característica de o julgado servir como precedente obrigatório, com destaque para os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos²⁷.

26. *The civil law tradition - an introduction to the legal system of western europe and latin america*. 2. ed. Stanford : Stanford University Press, 1985. pp. 7 a 13 e 22.

27. Código de Processo Civil de 2015: “Art. 927. Os 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”.

Interessante observar que todas as decisões produzidas em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos, já nascem com força vinculante para outras decisões, relacionadas ao mesmo tema, justamente para eliminar processos individuais idênticos.

Somem-se a essas possibilidades outras espécies de produtos da jurisdição com força vinculante e anteriores ao Código de Processo Civil de 2015, quais sejam, as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, os enunciados de súmula vinculante, as súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, até porque respaldadas pela própria Constituição Federal, ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça a relevante função de intérpretes finais do direito nas respectivas áreas de atuação.

E diante de toda essa força dos julgados produzidos em processos individuais com efeito transcendente, a vincular os demais casos que com eles guardem semelhança, resta verificar como fica a situação da coisa julgada no processo coletivo, vale dizer, se é possível essa coexistência entre as duas técnicas, ou uma prevalece sobre a outra.

Para tanto, parece-me fundamental estabelecer a exata inserção do fenômeno da coisa julgada no contexto da técnica dos precedentes, notadamente quando a coisa julgada é resultante de processo coletivo.

4. A coisa julgada e seu atual contexto na técnica dos precedentes

Há muito se percebe que a coisa julgada se distanciou da característica de imutabilidade plena da decisão judicial, bem como da identificação do trânsito em julgado como condição de eficácia da sentença.

A ideia primitiva da coisa julgada era a de que a sentença só adquiria *força jurídica* – a chamada *eficácia* –, quando provida da autoridade da coisa julgada; antes disso a sentença seria unicamente um modo solene de declaração do direito. É o que se observa na doutrina firmada por Affonso Fraga ainda sob o efeito do Código de Processo Civil de 1939, que representou a primeira experiência legislativa federal de implantação de um autêntico sistema processual em nosso país²⁸.

Em tal época, a sentença não possuía eficácia de imediato, e sim a expectativa da sua executoriedade, já que sua função era a de declarar o direito (influência do conceito de jurisdição do direito romano). A eficácia da sentença dependia do decurso de lapso temporal de interposição de recurso, quando então a ausência de recurso ou de seu julgamento preservando a sentença, possibilitava a utilização do processo de execução, porque a sentença já teria sido atingida pela coisa julgada, ou seja, banhada pela eficácia de seu comando.

Parece-me que essa perspectiva influenciou a doutrina processual, e sempre se criou esse vínculo entre coisa julgada e eficácia da sentença.

Tem-se aí o nítido influxo do pensamento de Chiovenda, ainda no início do século XX, ao criar um vínculo entre a coisa julgada e a *autoridade* da sentença do juiz, pois somente assim seria compreensível a *eficácia* da decisão, sendo que Liebman pouco tempo depois vislumbrou que a coisa julgada seria muito mais uma *qualidade* da decisão judicial, pois “a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categorias das sentenças”²⁹.

Observe-se que se criou essa referência da *eficácia* em sintonia com o conceito de coisa julgada com a própria noção

28. *Instituições do processo civil do Brasil*. São Paulo : Saraiva, 1940. p. 610. tomo II.

29. *Eficácia e autoridade da sentença*. Trad. A. Buzaid e B. Aires. Rio de Janeiro : Forense, 1945. p. 11.

de *eficácia*, de sorte que se criou o dogma segundo o qual a sentença *eficaz* seria aquela com trânsito em julgado.

Ocorre que, a partir da modernização do Direito Processual – e no Brasil pode-se dizer com ênfase que as reformas legislativas iniciadas nos anos 1990 deram essa feição de modernidade – a coisa julgada deixou de ser o único veículo condutor da possibilidade de tornar um julgado eficaz, pois a eficácia da sentença assumiu dimensões nunca dantes imaginadas. Basta verificar que a eficácia interage no processo sem as barreiras anteriormente impostas de tempo, ao se permitir a eficácia da sentença antes mesmo do julgamento, na denominada tutela provisória antecipada. Assim, a partir do instante em que se permite que a eficácia possa ser antecipada, isto é, exteriorizada em momento processual anterior ao da prolação da sentença, esvaziou-se a teoria de que a coisa julgada teria ligação com a eficácia da sentença.

A propósito, Ovídio Baptista da Silva, quando procurava compreender a coisa julgada como *efeito* ou *qualidade* da sentença, indagava: “a lâmpada elétrica ilumina ou ilumina-se? Certamente a luz *produzida pela* lâmpada *não é a lâmpada*, na medida em que o efeito, que é a luminosidade por ela produzida, só é possível se houver antes dele precisamente a lâmpada; e não obstante, é possível afirmar que a luz não está fora da lâmpada, ainda que seja seu efeito principal”³⁰.

A partir dessa reflexão – de cunho eminentemente filosófico –, é possível identificar a confusão em se atribuir a tal mecanismo processual o fim da sentença, de alcançar a imutabilidade para que seja executável, quando se tem outros meios de se atribuir a carga de eficácia à decisão judicial, inclusive antes mesmo da própria sentença.

Willis Santiago Guerra Filho afirma que não é errôneo “considerar a coisa julgada como uma qualidade da sentença: incorreto é apenas identificar aí sua natureza”³¹, de modo

30. *Curso de processo civil*. 4. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 491. vol. 1.

31. *A filosofia do direito – aplicada ao direito processual e à teoria da constituição*. São Paulo : Atlas, 2001. p. 67.

que a coisa julgada seria um falso problema, “que nos leva a procurar em vão por um fundamento concreto, uma substância, onde não há, uma vez que o referencial semântico da coisa julgada é outro signo lingüístico, a sentença. Essa sim é dotada de um referente palpável, que é o ato do órgão judicial de pronunciá-la”³².

Guerra Filho é enfático ao defender que “a coisa julgada é um signo com função de organizar o discurso comunicativo no direito processual, o que a coloca em uma dimensão puramente sintática, em que os signos se relacionam apenas entre si”³³, concluindo então que a coisa julgada “não possui um conteúdo substancial, ao contrário da sentença”, ou seja, “a coisa julgada aparece como artifício ou mecanismo de que se vale o ordenamento jurídico para implementar o convencimento e a certeza sobre a existência ou não de um direito ou qualquer outra situação jurídica, exercendo assim um papel ideológico de legitimação desse mesmo ordenamento e de garantia de sua manutenção”³⁴.

A meu ver, é muito mais adequado identificar a coisa julgada como limite da jurisdição, do que associar tal fenômeno a um pressuposto de eficácia ou mesmo à impossibilidade de discutir o conteúdo e o alcance da decisão transitada em julgado. É dizer, a coisa julgada funciona como um limite para o julgador, impedindo-o de qualquer excesso numa indevida pretensão de novo julgamento para o caso já encerrado. A coisa julgada, assim, é muito mais direcionada ao juiz do que às partes, ao menos quanto ao seu caráter de imutabilidade.

32. Ob. cit., p. 67. Destaca ali o referido doutrinador a postura realista das escolas escandinava e norte-americana contemporâneas, “que em busca de uma base empírica para a ciência jurídica elege exatamente a decisão judicial como pauta da redefinição dos conceitos jurídicos, libertos daquele ‘mundo fantasmagórico de entidades jurídicas supraleais’ de que nos fala COHEN” (p. 67).

33. Idem, pp. 67/68.

34. Ibidem, p. 68.

5. A mitigação da coisa julgada em processo tributário coletivo diante de precedente que a torna ineficaz

Conforme se viu, a tendência de migração de um sistema de jurisdição individualizada para uma jurisdição transindividual, independentemente de processo coletivo, teve início com a edição da Emenda Constitucional 45/2004, ao impor a repercussão geral no recurso extraordinário, até se chegar ao Código de Processo Civil de 2015, com a adoção de vários mecanismos de jurisdição transindividual.

A consequência não poderia ser outra, senão a do definhamento dos processos coletivos. Até porque, várias sinalizações surgiram durante essa trajetória, a indicar uma limitação da coisa julgada em processo coletivo no tocante ao alcance territorial da decisão judicial ali produzida, como ocorreu no julgamento de um agravo regimental em reclamação no Pleno do Supremo Tribunal Federal, no qual se discutia em mandado de segurança coletivo o direito ao creditamento dos valores relativos ao IPI, nas operações de aquisição de matéria-prima isenta oriunda da Zona Franca de Manaus (RCL 7778 AgR/SP), destacando o relator, Ministro Gilmar Mendes, que a Suprema Corte já emitira anteriormente censura a respeito do mau uso das ações coletivas, inclusive como instrumento de constitucionalidade com efeito *erga omnes*, e ainda assim “persistiram as tentativas de conferir eficácia universal às decisões liminares ou às sentenças emandas pelos juízes de primeiro grau” (trecho do voto), daí que a modificação legislativa³⁵ “trouxe a tempestiva limitação geográfica para o provimento judicial, estabelecendo sua força apenas no território do órgão prolator” (passagem do mesmo voto).

A conclusão do Supremo Tribunal Federal foi justamente a de fixar o limite da territorialidade em processos coletivos, de modo que a decisão ali produzida só teria efeitos no território dentro do qual o juiz tem competência para processamento e

35. No caso, a Lei 9.494/1997, ao modificar a Lei 7.347/1985.

julgamento do feito, independentemente de o mandado de segurança coletivo ter sido ajuizado antes da modificação legal que explicitou tal limite, firmando-se a tese de demarcação geográfica da coisa julgada coletiva, em evidente limitação do alcance da decisão transindividual.

Outro parâmetro que igualmente abrandou a eficácia transindividual da coisa julgada em processo coletivo foi o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 612.043, reiterando o que já fora decidido no Recurso Extraordinário 573.232, ao se fixar a tese segundo a qual a coisa julgada em processo coletivo de autoria de entidade associativa não se estende a filiados surgidos após o ajuizamento da ação, daí que os beneficiados pela decisão se restringem aos que se filiaram em momento anterior à formalização da ação.

Por todos esses parâmetros, é natural que o precedente produzido em processo individual prevaleça até mesmo por sobre a coisa julgada em processo coletivo, eis que a força vinculante de determinados julgados individuais não está limitada nem ao território e nem aos destinatários da vinculação, ao contrário desses exemplos nos quais se tem a restrição da eficácia da decisão produzida em processo coletivo.

O exemplo mais evidente, contudo, de que a coisa julgada em processos coletivos perde sua força diante do precedente é o de que, mesmo com o trânsito em julgado de uma decisão, ao se executar uma sentença condenatória – inclusive em processo coletivo – verificando-se que aquela decisão está fundamentada em lei ou ato normativo tido por inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se arguir a inexigibilidade desse título, em evidente mitigação da coisa julgada, o que ocorre desde a edição da Medida Provisória 2.180-35, de 2001³⁶, ampliando-se tal regra com a edição da Lei 11.232/2005,

36. Referida Medida Provisória incluiu um parágrafo único ao art. 741 do Código de Processo Civil de 1973, com a previsão de inexigibilidade de título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal

ao dispor que, na execução contra a Fazenda Pública, os embargos poderiam versar sobre inexigibilidade do título, considerando-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

O Código de Processo Civil de 2015 explicita igualmente essa verdadeira *ineficácia superveniente do título judicial*³⁷, nesse fenômeno que Araken de Assis denomina de *vício transrescisório*³⁸ em decorrência da inconstitucionalidade superveniente, a gerar a ineficácia da sentença transitada em julgado, permitindo ao executado reagir contra a execução fundada em título executivo judicial aparentemente inquestionável (sentença transitada em julgado), impugnando-a, sob o fundamento de inexigibilidade³⁹.

Em resumo, a força transcendente de determinado julgado produzido em processo individual, mas com a identificação processual de que ali se tem um precedente, gera um efeito transindividual cujo reflexo atinge até mesmo a coisa julgada em processo coletivo, inclusive o de natureza tributária.

Nesse cenário de fortalecimento da técnica do precedente, o que se observa é a redução ou até mesmo a eliminação da força transindividual de decisão de um juiz de primeiro grau em processo coletivo. O intuito parece ser o de retirar do juiz a

Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

37. Conforme previsão expressa contida no § 12 do art. 525 do CPC/2015. Em relação à exigibilidade de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, a regra é repetida no § 5º do art. 535 do CPC/2015.

38. *Manual da execução*. 18. ed., revista atualizada e ampliada. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2016. p. 1.656 e seguintes.

39. Araken de Assis, como ele mesmo ressalta, se vale da classificação apontada por José Maria Rosa Tesheiner, no tocante aos vícios transcendentais à coisa julgada e à rescisória, enquadrando o tema, porém, de maneira precisa nos planos da existência, validade e eficácia (ob. cit., p. 1.661).

possibilidade de produzir decisões ultrapartes ou mesmo a de fixação de precedente, pois essa atribuição há de ser dos tribunais.

Um bom exemplo disso é a mutação que sofreu a hipótese de julgamento liminar do pedido. O Código de Processo Civil de 1973 conferia ao juiz o poder de dispensar a citação e proferir sentença de improcedência do pedido, quando a matéria controvertida fosse unicamente de direito e no juízo já houvesse sido proferida sentença de improcedência em outros casos idênticos⁴⁰. Ou seja, permitiu-se ao juiz de primeiro grau criar um precedente interno, restrito somente ao juízo competente para as causas repetitivas ali distribuídas. O Código de Processo Civil de 2015 aboliu essa hipótese, determinando que se julgue liminarmente o pedido em situações de aplicações de precedentes, desde que produzidos por tribunais⁴¹, a reforçar a exclusividade de produção de precedentes aos órgãos jurisdicionais colegiados hierarquicamente acima do primeiro grau.

É inegável, pois, a força transcendente de julgados em processos individuais, produzidos para gerar o efeito vinculante, nessa nova realidade da técnicas dos precedentes, mostrando-se superado o tradicional método de prevalência da coisa julgada na tutela de direitos transindividuais no processo coletivo.

40. Código de Processo Civil de 1973: “Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada” (incluído pela Lei 11.277/2006).

41. Código de Processo Civil de 2015: “Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”.