VOTO

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes : Sr. Presidente, estamos a examinar, neste Recurso Extraordinário, o Tema 885 da Repercussão Geral, que foi descrito nos seguintes termos:

> "Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, XXXVI, e 102 da Constituição Federal, se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo."

Na origem, no ano de 2010, a Braskem S/A, sucessora, por incorporação ocorrida em 31/3/2003, da empresa OPP Química S.A., impetrou mandado de segurança, com pedido liminar, contra ato do Delegado da Receita Federal em Camaçari – BA, objetivando a declaração da nulidade do lançamento do crédito relativo à cobrança de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL da OPP Química S.A., do período de 2001 a 2003.

Alega que a empresa incorporada tinha a seu favor sentença transitada em julgado em 16/12/1992, que lhe reconhecera, com base na inconstitucionalidade da Lei 7.689/1989, instituidora da CSLL, o direito de não recolher tal contribuição (fls. 6-25, Vol. 95).

Ressalta que a União não ajuizou ação rescisória em face da decisão transitada em julgado em 1992, pois o biênio para a propositura encerrou-se em 16/12/1994.

Informa que, não obstante tenha impugnado o auto de infração, a primeira e a segunda instâncias administrativas mantiveram a autuação em 28/12/2006.

A sentença (Vol. 96), confirmando a liminar, concedeu a segurança, para declarar a nulidade do lançamento, ao fundamento de que a constituição do crédito tributário viola a coisa julgada formada em 16/12/1992, em outro processo (número 916.598-6), em que fora reconhecida a

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

inconstitucionalidade da Lei 7.689, de 15/12/1988, por não ter sido precedida de lei complementar, reconhecendo-se o direito da empresa incorporada de não recolher a CSLL, instituída por aquela norma.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na análise da apelação da União e da remessa necessária, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confirmou, por unanimidade, a decisão do Juízo de primeiro grau. O acórdão recebeu a seguinte ementa (fl. 33, Vol. 12):

> "TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CSLL - INCONSTITUCIONALIDADE LEI N. 7.689/88 - COISA JULGADA: EFEITOS OBJETIVOS - JURISPRUDÊNCIA STJ (RESP 1.11 8.893/MG) - APELAÇÃO DA FN E REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDAS.
>
> 1. O STJ (REsp n° 1.118.893/MG), sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento de que a coisa julgada formada em prol da inconstitucionalidade da cobrança com base na Lei n° 7.869/88 implica na impossibilidade de cobrança posterior da contribuição social, já que as Leis n° 7.856/89, 8.034/90, 8.212/91, 8.383/91 e 8.541/92, e mesmo a LC 70/91, apenas modificaram a alíquota e base de cálculo, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária nem afastaram a inconstitucionalidade materialmente declarada no caso concreto.
>
> 2. Apelação da FN e remessa oficial não providas.
>
> 3. Peças liberadas pela Relatora, em 14/02/2012, para publicação do acórdão."

Em face dessa decisão, a Fazenda Nacional opôs Embargos de Declaração alegando omissão e necessidade de prequestionamento, uma vez que o Tribunal não teria apreciado a questão referente à cessação dos efeitos da coisa julgada, ante a superveniência de novas circunstâncias fáticas e jurídicas incidentes no caso.

Os declaratórios foram desprovidos (fl. 58, Vol. 12).

Irresignada, a União interpôs Recurso Extraordinário (fls. 66-77, Vol. 12), com base no art. 102, III, da Constituição Federal, no qual alega violação ao art. 5º, XXXXV, XXXVI, e LV; 93, IX; e 102 da Carta Magna, sustentando, em suma, que o acordão recorrido, " *mesmo diante de decisão proferida por esse Tribunal de Superposição RE 138.284/CE, considerou que ainda produz eficácia sentença transitada em julgado que decretou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei 7.689/1988, e, por conseguinte, afastou a*

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

cobrança da CSLL com fundamento na Lei 8.212/91, por entender que esta não instituiu novo regime jurídico da CSLL (fl. 69, Vol. 12).

Articula que:

> (i) a coisa julgada obtida pela empresa, na ação n° 916.598-6, não tem eficácia continuativa, não servindo para amparar pleito *ad aeternum* , razão pela qual resta configurada a afronta **ao teor da súmula 239 do STF *("Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores")*** ;
>
> (ii) " *após a prolação da decisão que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei 7.689/1988, e considerou como abrangido nesse provimento jurisdicional a cobrança da CSLL com fundamento na Lei 8.212/1991, por esta lei não ter revogado aquela, sobrevieram decisões proferidas nos RE 146.284/ SP, RE 138.284/ CE, e RE 147.313, que reconheceram a constitucionalidade da Lei 7.689 /1988"* (fl. 72);
>
> (iii) essas decisões do STF alteraram o cenário jurídico e, por isso, repercutem na relação de direito material e autoriza a cobrança da CSLL sob a égide da Lei 7.689/1988, e também da Lei 8.212/1991, com relação aos fatos geradores posteriores à decisão do STF; e
>
> (iv) no caso dos autos, a infração se referia aos anos 2002 a 2003, ou seja, posteriores à consolidação do entendimento do STF acerca da constitucionalidade da Lei 7.689/1988.

Em contrarrazões (fls. 117-137, Vol. 12), a recorrida sustenta, preliminarmente, a ausência de repercussão geral do tema, que estaria limitado ao domínio infraconstitucional. Aponta, ainda, a falta de prequestionamento da matéria. Aduz a existência de fato impeditivo ao direito de recorrer da União, pois o mandado de segurança visou desconstituir ato específico relativo a fatos geradores da CSLL referentes aos exercícios de 2002/2003, e não para que lhe fosse garantida a coisa julgada *ad aeternum*. Também menciona que houve comportamento contraditório da União, pois, nos declaratórios interpostos para os fins de prequestionamento, teria afirmado que somente após a ADC 15, em junho de 2007, na qual o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei 7.689/1988, poderia a coisa julgada ser desconsiderada.

No mérito, argumenta, em suma, a existência da coisa julgada, e que a União deixou fluir em branco o prazo para ajuizar a ação rescisória.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Anota, ainda, que o Verbete 239 do STF foi editado sob a égide da Constituição anterior, na qual a competência desta CORTE abrangia temas infraconstitucionais. Assevera que a diretriz não se mantém após a Carta de 1988. Com isso, os limites da coisa julgada configuram, quando muito, ofensa reflexa à CF. Defende que o enunciado da Súmula 239/STF é inaplicável em casos nos quais a própria relação jurídico-tributária foi declarada inexistente por inconstitucionalidade da lei instituidora da exação.

O RE foi inadmitido pela instância de origem.

Do juízo de inadmissibilidade, a União interpôs agravo dirigido ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (fls. 12-19, Vol .13).

Nesta CORTE, o Ilustre Ministro ROBERTO BARROSO, Relator, negou provimento ao recurso (fls. 84-87, Vol. 13).

Mais uma vez, a União irresignou-se por meio de agravo regimental, que foi rejeitado pela Primeira Turma (fl. 111, Vol. 13).

Embargada essa decisão, o Colegiado, nos termos do voto do Relator, deu provimento aos declaratórios para reformar o acórdão atacado e, com isso, acolher o agravo regimental e determinar o processamento do Recurso Extraordinário (fl. 125, Vol. 13).

Em 31/3/2016, o Plenário da CORTE SUPREMA reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional, em acórdão assim ementado:

> "Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO TRIBUTÁRIO. SENTENÇA QUE DECLARA EXISTÊNCIA OU INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO. COISA JULGADA. EFEITOS FUTUROS. RELAÇÕES DE TRATO CONTINUADO. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Plenário Virtual - Inteiro teor do voto - 30/09/2022

> 1. Constitui questão constitucional saber se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.
> 2. Repercussão geral reconhecida."

O Relator determinou a suspensão de todos os processos pendentes, que versam sobre a questão idêntica à presente (Doc. 15).

A Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) foram admitidos no processo na condição de *amici curiae* (Docs. 101 e 102).

A Procuradoria-Geral da República, em seu parecer, manifestou-se pelo provimento do Recurso Extraordinário, nos termos da ementa que exibe o seguinte cabeçalho (Doc. 79):

> "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RE CONHECIDA. TEMA 885. COISA JULGADA, CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. RELAÇÃO CONTINUADA. EFICÁCIA. PERDA. DECISÃO NO ÂMBITO DO CONTROLE DIFUSO. PREVALÊNCIA.
> Tese de Repercussão Geral —Tema 885: A coisa julgada em matéria tributária, quando derivada de relação jurídica de trato continuado, perde sua eficácia no momento da publicação do acórdão do Supremo Tribunal Federal contrário ao sentido da sentença individual, ainda que exarado no âmbito do controle difuso de constitucionalidade."

É o que havia a relatar. Passo ao voto.

Inicialmente, afasto a alegação de afronta ao art. 93, IX, da Constituição, eis que o Juízo de origem não destoou do entendimento firmado por esta CORTE no julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tema 339, em que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou que aquele dispositivo constitucional *"exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão"*.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

No caso em apreço, a fundamentação do acórdão recorrido alinha-se às diretrizes desse precedente.

Quanto ao mais, estão preenchidos os requisitos legais e constitucionais para a admissibilidade do recurso. Adentro no mérito.

Temos para análise, sob a perspectiva da repercussão geral, definir se as decisões do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em controle difuso, fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em relação jurídico-tributária de natureza continuativa, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.

Nas instâncias de origem, a Braskem, ora recorrida, obteve a segurança que declarou a inexistência de relação jurídico-tributária que a obrigasse a recolher a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, referente ao período de 2001 a 2003.

Tanto a sentença, como o acórdão recorrido proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entenderam que, como a empresa já obtivera provimento judicial em processo anterior transitado em julgado em 16/12 /1992, no qual lhe foi reconhecido o direito de não recolher a aludida contribuição, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental da Lei 7.689/1988, instituidora da CSLL, não haveria a possibilidade de essa exação lhe ser cobrada daí em diante.

A União deixou de propor ação rescisória para desconstituir a sentença transitada em julgado em 1992.

O TRF da 1ª Região, amparando-se no REsp 1.118.893/MG, Dje de 6/4 /2011, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC/1973, assentou que, se o contribuinte já tinha a seu favor decisão judicial transitada em julgado em que se reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei 7.689 /1988, e, por consequência, declarou-se a inexistência de relação jurídica com relação à CSLL, o fato de o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL posteriormente manifestar-se pela constitucionalidade daquela lei não pode alterar a sentença, sob pena de negar-se validade à coisa julgada e também ao controle difuso de constitucionalidade exercido nas instâncias inferiores.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

O supracitado precedente do STJ também entendeu que as modificações promovidas pelas Leis 7.856/1989, 8.034/1990, 8.212/1991, 8.383/1991, 8.541 /1992, e LC 70/1991 na Lei 7.869/1988 não foram aptas a afastar inconstitucionalidade desta última norma (Lei 7.869/1988) materialmente declarada em caso concreto, uma vez que aqueles diplomas legais apenas trataram a respeito de alíquota, base de cálculo, e forma de pagamento, sem criar relação jurídica-tributária nova.

I - A CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF ACERCA DA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/1988

Em 1992, mesmo ano em que transitada em julgado a sentença de que se valeu a ora recorrida para impetrar o mandado de segurança, o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no RE 138.284 (Rel. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 1º/7/1992, DJ de 28/8/1992), afirmou a constitucionalidade da Lei 7.869/1988, uma vez que a contribuição social por ela instituída – CSLL tem fundamento de validade no art. 195, I, da CF, e, por isso, prescinde de lei complementar para a sua criação.

Apenas o art. 8º da aludida norma foi declarado inconstitucional, por ofender o princípio da irretroatividade qualificada (C.F., arts. 150, III, "a"; e 195, § 6º). O acórdão foi assim ementado:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. Lei n. 7.689, de 15.12.88. I. - Contribuições parafiscais: contribuições sociais, contribuições de intervenção e contribuições corporativas. C.F., art. 149. Contribuições sociais de seguridade social. C.F., arts. 149 e 195. As diversas espécies de contribuições sociais. II. - **A contribuição da Lei 7.689, de 15.12.88, e uma contribuição social instituída com base no art. 195, I, da Constituição. As contribuições do art. 195, I, II, III, da Constituição, não exigem, para a sua instituição, lei complementar.** Apenas a contribuição do parag. 4. do mesmo art. 195 e que exige, para a sua instituição, lei complementar, dado que essa instituição devera observar a técnica da competência residual da União (C.F., art. 195, parag. 4.; C.F., art. 154, I). Posto estarem sujeitas a lei complementar do art. 146, III, da Constituição, porque não são impostos, não há necessidade de que a lei complementar defina o seu fato gerador, base de calculo e contribuintes (C.F., art. 146, III, "a"). III. - Adicional ao imposto de renda: classificação desarrazoada. IV. -

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

> Irrelevância do fato de a receita integrar o orçamento fiscal da União. O que importa e que ela se destina ao financiamento da seguridade social (Lei 7.689/88, art. 1.). **V. - Inconstitucionalidade do art. 8., da Lei 7.689/88, por ofender o princípio da irretroatividade (C.F., art, 150, III, "a") qualificado pela inexigibilidade da contribuição dentro no prazo de noventa dias da publicação da lei (C.F., art. 195, parag. 6)** . Vigência e eficacia da lei: distinção. VI. - **Recurso Extraordinário conhecido, mas improvido, declarada a inconstitucionalidade apenas do artigo 8. da Lei 7.689, de 1988.** (grifos nossos)

No mesmo sentido, o RE 147.313, Rel. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 31/10/1994, DJ de 4/8/1995:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 2. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURIDICAS. LEI N. 7.689, DE 15.12.1988. 3. ACÓRDÃO QUE CONCEDEU A SEGURANÇA, EM FACE AO RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTS. 1., 2., 3. E 8., DA LEI N. 7.689/1988. 4. VALIDADE DOS ARTS. 1., 2., E 3., DA LEI N. 7.689 /1988, DECLARANDO-SE A INCONSTITUCIONALIDADE, TÃO-SÓ, DO ART. 8. DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE (C.F., ART. 150, III, "A"). **PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS N.S 146.284 - SPE 138.284** - CE. R. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA DEFERIR, EM PARTE, O MANDADO DE SEGURANÇA, TÃO-SÓ, NO QUE CONCERNE A NÃO-EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL NO EXERCÍCIO DE 1988, DIANTE DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8. DA LEI N. 7.689/1988. (grifos nossos)

Alguns anos depois, em 2007, o TRIBUNAL PLENO, na ADI 15, (Rel. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 14/6/2007, DJe de 31 /8/2007), confirmou a constitucionalidade da Lei 7.689/1988, à exceção do art. 8º, que já fora considerado inválido, e declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º, por incompatibilidade com os artigos 195 da Constituição, e 56 do ADCT/88.

O acórdão foi sintetizado nos termos da ementa a seguir transcrita:

> EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): compreensão da "associação de

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

associações" de classe. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta. II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática, pois o pagamento da contribuição criada pela norma impugnada incide sobre as empresas cujos interesses, a teor do seu ato constitutivo, a requerente se destina a defender. III. ADIn: não conhecimento quanto ao parâmetro do art. 150, § 1º, da Constituição, ante a alteração superveniente do dispositivo ditada pela EC 42/03. IV. **ADIn: L. 7.689/88, que instituiu contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, resultante da transformação em lei da Medida Provisória 22, de 1988. 1. Não conhecimento, quanto ao art. 8º, dada a invalidade do dispositivo, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, em processo de controle difuso (RE 146.733), e cujos efeitos foram suspensos pelo Senado Federal, por meio da Resolução 11/1995. 2. Procedência da arguição de inconstitucionalidade do artigo 9º, por incompatibilidade com os artigos 195 da Constituição e 56, do ADCT /88, que, não obstante já declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 150.764, 16.12.92, M. Aurélio (DJ 2.4.93), teve o processo de suspensão do dispositivo arquivado, no Senado Federal, que, assim, se negou a emprestar efeitos *erga omnes* à decisão proferida na via difusa do controle de normas. 3. Improcedência das alegações de inconstitucionalidade formal e material do restante da mesma lei, que foram rebatidas, à exaustão, pelo Supremo Tribunal, nos julgamentos dos RREE 146.733 e 150.764, ambos recebidos pela alínea b do permissivo constitucional, que devolve ao STF o conhecimento de toda a questão da constitucionalidade da lei.** (grifos nossos)

Antes de avançarmos, necessário se faz tecer algumas considerações acerca da Súmula 239 desta CORTE.

II - A SÚMULA 239 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ambas as partes, recorrente e recorrida, aludem à Súmula 239 do STF que dispõe: " *Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.*"

A recorrente defende a incidência do Enunciado ao presente caso; por sua vez, a recorrida sustenta que as peculiaridades que levaram a edição desse Verbete desautoriza aplicá-lo nesta hipótese.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

O precedente que primeiro embasou a edição da Súmula 239 foi o seguinte:

> Executivo fiscal - Imposto de renda sobre juros de apólices - Coisa Julgada em matéria fiscal. É admissível em executivo fiscal a defesa fundada em "coisa julgada" para ser apreciada pela sentença final.
>
> - Não alcança os efeitos da coisa julgada, em matéria fiscal, o pronunciamento judicial sobre nulidade do lançamento do imposto ou da sua prescrição referente a um determinado exercício, que não obsta o procedimento fiscal nos exercícios subseqüentes (AI 11.227 embargos, Relator(a): CASTRO NUNES, julgado em 05/06/1944)

A propósito, a jurisprudência desta CORTE firmou orientação no sentido de que o Verbete em comento somente é aplicável se a decisão transitada em julgado houver decidido acerca de lançamento tributário relativo a exercício financeiro específico, e não sobre a existência da relação jurídico tributária continuativa.

Nesse sentido:

> "Acolho os embargos de declaração tão somente para sanar omissão no tocante a incidência da Súmula 239 da Corte na hipótese dos autos. (...). De qualquer forma, observo que a orientação da jurisprudência da Corte, há muito, é no sentido de que a referida súmula só é aplicável nas hipóteses de processo judicial em que tenha sido proferida a decisão transitada em julgado de exercícios financeiros específicos, e não nas hipóteses em que tenha sido proferida decisão que trate da própria existência da relação jurídica tributária continuativas, como assentou o acordão recorrido" (AI 791.071 AgR-ED, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, 1ª T, j. 18-2-2014, DJE de 18/3/2014).

> "Note-se, por oportuno, que o pedido inicial acolhido no acórdão recorrido não é de anulação de lançamento de exercício financeiro específico, caso em que poderia incidir a Súmula 239/STF, mas, sim, de declaração de inconstitucionalidade do IPTU progressivo incidente sobre determinados imóveis 'enquanto o fundamento para a respectiva cobrança for a legislação atual'. Declarada a inconstitucionalidade da norma tributária, seu efeito perdura enquanto não ocorrerem alterações nas circunstâncias fáticas ou

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

> jurídicas existentes quando prolatada a decisão" (ARE 704.846 ED, REL. MIN. DIAS TOFFOLI, 1ª T, j. 28-5-2013, DJE de 8/8/2013)

Na lide *sub judice,* declarou-se a inexistência de relação jurídico-tributária que submetesse o contribuinte a recolher a CSLL, ao fundamento de que a Lei 7.689/1988, que institui a contribuição, era inconstitucional.

À época do trânsito em julgado dessa decisão, a SUPREMA CORTE, no entanto, declarou, em controle difuso, a constitucionalidade da norma.

Portanto, a solução da controvérsia não passa pelo Enunciado 239 do STF.

Faz-se necessário, desde logo, discorrer sobre os efeitos da declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de determinada norma pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Vejamos.

III - EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE CONCENTRADO

Antes de adentrarmos na específica controvérsia posta a exame do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no presente paradigma, são necessárias alguns comentários sobre o controle concentrado de constitucionalidade.

Como já afirmei, em sede doutrinária, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro são, em regra: *erga omne* s (gerais), *ex tunc* (retroativos), vinculantes e repristinatórios.

Declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (ex tunc) e para todos (erga omnes), desfazendo, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas (RTJ 82/791; RTJ 87 /758; RTJ 89/367), uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive os atos pretéritos com base nela praticados (efeitos ex tunc) (STF Pleno

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Reclamação 2576/SC Rel. Min. ELLEN GRACIE, decisão: 23/6/2004. No mesmo sentido: STF Pleno Rcl-AgR 3473/DF Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Diário da Justiça, Seção I, 9 dez. 2005, p. 5 Ementário v. 2217-3, p. 296).

Importante ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade do ato impugnado e, consequentemente, a retroatividade de sua nulidade alcança, inclusive, sentenças judiciais transitadas em julgado, uma vez que, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, **"a rescindibilidade do acórdão conflitante" decorre "do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais e da consequente prevalência da orientação fixada pelo STF** " . Com esse fundamento, a CORTE SUPREMA afastou o argumento "de que a decisão proferida na ADI não poderia retrotrair para alcançar decisão coberta pelo manto da coisa julgada, tendo em conta a jurisprudência da CORTE quanto à eficácia ex tun c, como regra, da decisão proferida em controle concentrado, a legitimar a ação rescisória de sentença que, mesmo anterior, lhe seja contrária" (STF Pleno Rcl. 2600 AgR/SE Rel. Min. CEZAR PELUSO, decisão: 14/9/2006). Há, porém, necessidade de ajuizamento de ação rescisória, pois o exercício do controle concentrado de constitucionalidade, conforme apontado pelo STF, "não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que haja essa reforma ou rescisão, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória (STF Repercussão Geral RE 730462/SP Rel. Min. TEORI ZAVASCKI decisão: 28/5/2015 (RE 730462-RG, Tema 733 da repercussão geral).

Assim, a declaração de inconstitucionalidade:

> "decreta a total nulidade dos atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos a possibilidade de invocação de qualquer direito, (RTJ 146/461)

A Lei 9.868/1999 também previu, expressamente, que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade , inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Plenário Virtual - minuta de voto - 29/09/2022

Dessa forma, seguindo a orientação da EC 03, de 17 de março de 1993, que instituiu efeitos vinculantes à ação declaratória de constitucionalidade, a nova lei previu o obrigatório respeito das decisões do STF, em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Essa previsão foi constitucionalizada com a edição da EC 45/20, que, alterando a redação do § 2° do art. 102, da Constituição Federal, estabeleceu 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, para as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, nas ações diretas de inconstitucionalidade.

Assim, uma vez prolatada a decisão pelo STF, haverá uma vinculação obrigatória em relação a todos os órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, que deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela CORTE SUPREMA, afastando-se, inclusive, a possibilidade de controle difuso por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário. **Os efeitos vinculantes se referem, inclusive, à *ratio decidendi* , para se evitar qualquer tentativa de desrespeito da decisão em sede de jurisdição constitucional.**

Nesse exato sentido, confira-se excerto do voto do Relator, Min. CELSO DE MELLO , na Rcl 2986 MC / SE, Julgado em 11/03/2005, DJ de 18/03/2005:

> EMENTA: FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE. RECONHECIMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO DO ESTADO DO PIAUÍ QUE DEFINIU, PARA OS FINS DO ART. 100, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, O SIGNIFICADO DE OBRIGAÇÃO DE PEQUENO VALOR. DECISÃO JUDICIAL, DE QUE ORA SE RECLAMA, QUE ENTENDEU INCONSTITUCIONAL LEGISLAÇÃO, DE IDÊNTICO CONTEÚDO, EDITADA PELO ESTADO DE SERGIPE. ALEGADO DESRESPEITO AO JULGAMENTO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA ADI 2.868 (PIAUÍ). EXAME DA QUESTÃO RELATIVA AO EFEITO TRANSCENDENTE DOS MOTIVOS DETERMINANTES QUE DÃO SUPORTE AO JULGAMENTO, "IN ABSTRACTO", DE CONSTITUCIONALIDADE OU DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

DOUTRINA. PRECEDENTES. ADMISSIBILIDADE DA RECLAMAÇÃO. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

DECISÃO: Sustenta-se, nesta sede processual - presentes os motivos determinantes que substanciaram a decisão que esta Corte proferiu na ADI 2.868/PI - que o ato, de que ora se reclama, teria desrespeitado a autoridade desse julgamento plenário, que restou consubstanciado em acórdão assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 5.250 /2002 DO ESTADO DO PIAUÍ. PRECATÓRIOS. OBRIGAÇÕES DE PEQUENO VALOR. CF, ART. 100, § 3º, ADCT, ART. 87. Possibilidade de fixação, pelos estados-membros, de valor referencial inferior ao do art. 87 do ADCT, com a redação dada pela Emenda Constitucional 37 /2002. Ação direta julgada improcedente." (ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA - grifei) O litígio jurídico-constitucional suscitado em sede de controle abstrato (ADI 2.868/PI), examinado na perspectiva do pleito ora formulado pelo Estado de Sergipe, parece introduzir a possibilidade de discussão, no âmbito deste processo reclamatório, do denominado efeito transcendente dos motivos determinantes da decisão declaratória de constitucionalidade proferida no julgamento plenário da já referida ADI 2.868/PI, Rel. p/ o acórdão Min. JOAQUIM BARBOSA.

Cabe registrar, neste ponto, por relevante, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no exame final da Rcl 1.987/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, expressamente admitiu a possibilidade de reconhecer-se, em nosso sistema jurídico, a existência do fenômeno da "transcendência dos motivos que embasaram a decisão" proferida por esta Corte, em processo de fiscalização normativa abstrata, em ordem a proclamar que o efeito vinculante refere-se, também, à própria "ratio decidendi", projetando-se, em conseqüência, para além da parte dispositiva do julgamento, "in abstracto", de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

Essa visão do fenômeno da transcendência parece refletir a preocupação que a doutrina vem externando a propósito dessa específica questão, consistente no reconhecimento de que a eficácia vinculante não só concerne à parte dispositiva, mas refere-se, também, aos próprios fundamentos determinantes do julgado que o Supremo Tribunal Federal venha a proferir em sede de controle abstrato, especialmente quando consubstanciar declaração de inconstitucionalidade, como resulta claro do magistério de IVES GANDRA DA SILVA MARTINS/GILMAR FERREIRA MENDES ("O Controle Concentrado de Constitucionalidade", p. 338/345, itens ns. 7.3.6.1 a 7.3.6.3, 2001, Saraiva) e de ALEXANDRE DE MORAES ("Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 2.405/2.406, item n. 27.5, 2ª ed., 2003, Atlas).

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

> Na realidade, essa preocupação, realçada pelo magistério doutrinário, tem em perspectiva um dado de insuperável relevo político-jurídico, consistente **na necessidade de preservar-se, em sua integralidade, a força normativa da Constituição, que resulta da indiscutível supremacia, formal e material, de que se revestem as normas constitucionais, cuja integridade, eficácia e aplicabilidade, por isso mesmo, hão de ser valorizadas, em face de sua precedência, autoridade e grau hierárquico, como enfatiza o magistério doutrinário** (ALEXANDRE DE MORAES, "Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional", p. 109, item n. 2.8, 2ª ed., 2003, Atlas; OSWALDO LUIZ PALU, "Controle de Constitucionalidade", p. 50/57, 1999, RT; RITINHA ALZIRA STEVENSON, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. e MARIA HELENA DINIZ, "Constituição de 1988: Legitimidade, Vigência e Eficácia e Supremacia", p. 98/104, 1989, Atlas; ANDRÉ RAMOS TAVARES, "Tribunal e Jurisdição Constitucional", p. 8/11, item n. 2, 1998, Celso Bastos Editor; CLÈMERSON MERLIN CLÈVE, "A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro", p. 215/218, item n. 3, 1995, RT, v.g.).
>
> **Cabe destacar, neste ponto, tendo presente o contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional, de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput"), confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, com particular ênfase, pela jurisprudência desta Corte Suprema: "(...) A interpretação do texto constitucional pelo STF deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. (...) A não-observância da decisão desta Corte debilita a força normativa da Constituição** . (...)." (RE 203.498-AgR/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES grifei)

O *obiter dictum,* por sua vez, "não integra o dispositivo da decisão, nem se sujeita ao efeito vinculante" (STF Pleno Rcl 2475/MG Agravo Regimental Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO, decisão: 2/8/2007).

Conforme decidido pelo STF, também o efeito vinculante consiste em "atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental)" (STF Pleno RE 730.462/SP Repercussão Geral Rel. Min. TEORI ZAVASCKI).

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Entendemos que os efeitos vinculantes somente se aplicam ao legislador em duas hipóteses: (a) não poderá editar norma derrogatória da decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL; (b) estará impedido de editar normas que convalidem os atos nulos praticados com base na lei declarada inconstitucional. Em ambas as hipóteses estará flagrante a intenção do legislador em limitar total ou parcialmente a decisão da Corte.

Não será possível, porém, a vinculação do Legislador em relação ao mérito da matéria decidida pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, uma vez que poderá editar novas normas com objeto oposto ao decidido pela Corte Suprema, em virtude de sua absoluta liberdade de criação legislativa, garantindo-se, dessa forma, a possibilidade de evolução. Dessa forma, caso o Congresso Nacional edite nova lei disciplinando matéria de maneira conflituosa com entendimento anterior do STF, em sede de controle concentrado seja por repetir lei anterior, seja por redigir entendimento muito semelhante caberá ao SUPREMO, caso provocado novamente, reanalisar a matéria, no sentido de sua constitucionalidade.

Os efeitos vinculantes não devem ser aplicados ao legislador no tocante à possibilidade de edição de novas normas com preceitos semelhantes ou idênticos aos declarados inconstitucionais, uma vez que, nessas hipóteses, haverá a possibilidade de nova análise da constitucionalidade da matéria pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, possibilitando uma evolução ou adequação às novas condições jurídicas, sociais e políticas. A ausência de efeitos vinculantes ao Legislador possibilita o dinamismo interpretativo e a constante adaptação e mutação constitucional, não sendo possível, portanto, limitar o processo legislativo em virtude dos efeitos vinculantes derivados do controle concentrado de constitucionalidade, de maneira a impedir a tramitação e votação de projeto de lei contrário ao entendimento do STF em determinada matéria (STF, Rcl 14156 MC/AP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 5/4/2013). Não foi outro, o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, pelo qual os efeitos vinculantes não se aplicam ao Poder Legislativo, pois isso "afetaria, a relação de equilíbrio entre o tribunal constitucional e o legislador, reduzindo o último a papel subordinado perante o poder incontrolável do primeiro, acarretando prejuízo do espaço democrático representativo da legitimidade política do órgão legislativo, bem como criando mais um fator de resistência a produzir o inaceitável fenômeno da chamada fossilização da Constituição" (STF Pleno Rcl 2617

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

AgR/MG Rel. Min. CEZAR PELUSO; STF; STF Rcl 5442/PE Medida cautelar Rel. Min. CELSO DE MELLO, decisão: 31/8/2007; RTJ 157/773; RTJ 193/858; RTJ 150/726-727;RTJ 187/150).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou novo entendimento em relação à sua vinculação em sede de jurisdição constitucional. A vinculação do próprio Pretório Excelso aos seus julgados, em sede de controle concentrado, era o entendimento pacificado pelo TRIBUNAL, por entender que, na análise concentrada da constitucionalidade das leis e atos normativos, não estaria o STF vinculado à causa de pedir, tendo pois cognição plena da matéria, e, portanto, podendo examinar e esgotar todos os seus aspectos constitucionais (STF 1ª T. Agravo de Instrumento 174.811-7 /RS Rel. Min. MOREIRA ALVES, Diário da Justiça, Seção I, 2 maio 1996, p. 13.770).

Esse posicionamento foi alterado pela nova composição plenária do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que

> "embora salientando a necessidade de motivação idônea, crítica e consciente para justificar eventual reapreciação de uma questão já tratada pela Corte, concluiu no sentido de admitir o julgamento das ações diretas, por considerar que o efeito vinculaste previsto no § 2º do art. 102 da CF não condiciona o próprio STF, limitando-se aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, e que, no caso, ficou demonstrada a distinção entre os dispositivos impugnados". (STF Pleno Adin 2.675/PE Rel. Min. CARLOS VELLSO, decisão: 26/11/2003 e STF Pleno Adin 2.777/SP Rel. Min. CESAR PELUSO, decisão: 27-11-2003)

A vinculação obrigatória ocorrerá nas quatro seguintes situações:

> a) procedência da ação: a norma foi declarada inconstitucional;
> b) improcedência da ação: a norma foi declarada constitucional, permanecendo no ordenamento jurídico;
> c) interpretação conforme a Constituição;
> d) declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução do texto;
> e) interpretação constitucional e o ativismo judicial (Neoconstitucionalismo e Positivismo)

Plenário virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Essa vinculação obrigatória decorre da própria racionalidade do sistema concentrado de constitucionalidade, onde compete ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, por força da escolha política realizada pelo legislador constituinte originário, a guarda da Constituição Federal.

Assim, urna vez que interprete a norma constitucional abstratamente, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, a CORTE SUPREMA define seu significado e alcance, que deverá ser respeitado por todos os demais órgãos estatais, sob pena de desrespeito à sua função constitucional (O STF declarou a constitucionalidade do art. 28 da Lei nº 9.868, que prevê os efeitos vinculantes das ações diretas de inconstitucionalidade (Reclamação AgR questão de ordem 1.880/SP Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, decisão: 6/11/2002).

Importante, nesse sentido, lembrar a lição de Thomas Cooley, ao defender a força obrigatória dos precedentes da Corte Suprema norte-americana em sede de jurisdição constitucional, quando afirma que "os diversos departamentos governamentais são iguais em dignidade e autoridade, que é coordenada, não podendo nenhum deles submeter à outra a sua jurisdição, nem privar de qualquer porção de seu poder constitucional. **Mas o poder judiciário é a autoridade suprema na interpretação da Constituição e na interpretação das leis, e as suas interpretações devem ser aceitas e observadas pelos outros departamentos. Suas sentenças tornam-se leis do país nos pontos decididos por eles, e a desobediência ou desatenção que sofram, tanto de um simples particular como de um funcionário público, produzirá nova controvérsia que em última instância virá a ser decidida da mesma maneira pelo poder judiciário"** (COOLEY, Thomas. Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 165 e 166).

Na ADI 3.345/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, o Plenário do STF reafirmou seu mister constitucional (art. 102, caput , CF) ao assentar que ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como guardião da Constituição, foi-lhe conferido *"a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental."*

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Seguindo essa vertente, no julgamento da ADI 3659, de minha relatoria, Dje de 8/5/2019, o Tribunal Pleno placitou o entendimento no sentido de que a competência outorgada pelo art. 102, I, a, da Constituição, ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de exercer, com soberana autoridade, o controle concentrado de constitucionalidade das normas não pode ficar subordinada ou limitada por decisão de qualquer outro tribunal.

Não obstante, nesse precedente a questão posta em análise era saber se a decisão de mérito proferida pelo Tribunal de Justiça e transitada em julgado vincula o STF, a ponto de comprometer o objeto da ação direta perante ele proposta, os fundamentos ali aduzidos guarda estreita aderência com a controvérsia ora sob exame.

Na ocasião, em meu voto, consignei que a questão que se põe é a de saber se a decisão de mérito proferida pelo Tribunal de Justiça e transitada em julgado vincula o Supremo Tribunal Federal, a ponto de comprometer o objeto da ação direta perante ele proposta. A resposta afirmativa - sugerida no parecer da Procuradoria Geral da República e que, indiretamente, também decorreria da orientação defendida no *obter dictum* antes referido (do Ministro MOREIRA ALVES, na Rcl 383), não pode ser aprovada, com a devida vênia, tout court. Cabem importantes distinções. Realmente, havendo ações simultâneas com o mesmo pedido de inconstitucionalidade de norma estadual, uma perante Tribunal de Justiça, outra perante o STF, podem-se imaginar as seguintes situações:

> Primeira: o TJ julga a causa e, com base em norma constitucional tipicamente estadual , declara a sua procedência (reconhece a inconstitucionalidade);
>
> Segunda: o TJ julga a causa e, com base em norma constitucional tipicamente estadual , declara a sua improcedência (reconhece a constitucionalidade);
>
> Terceira: o TJ julga a causa e, com base em norma constitucional estadual reproduzida da Constituição Federal , declara a sua procedência (reconhece a inconstitucionalidade);
>
> Quarta: o TJ julga a causa e, com base em norma constitucional estadual reproduzida da Constituição Federal , declara a sua improcedência (reconhece a constitucionalidade).

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

No primeiro caso se mostra evidente o prejuízo da ação em curso perante o STF. É que, se a norma estadual é declarada inconstitucional por incompatibilidade com dispositivo constitucional tipicamente estadual (sem similar na Constituição Federal), ela seria retirada do ordenamento jurídico, situação que não se alteraria, de modo algum, mesmo que o STF viesse a declarar a sua constitucionalidade perante a Constituição Federal.

O mesmo, todavia, não ocorreria no segundo caso. Se o Tribunal de Justiça afirma a constitucionalidade da norma estadual em face de dispositivo constitucional tipicamente estadual, nada impede que essa mesma norma venha a ser declarada inconstitucional pelo STF, por incompatibilidade com a Constituição Federal. É evidente, portanto, que a ação perante o Supremo não fica prejudicada com a decisão do tribunal local, assim como não fica inibida, se for o caso, a propositura de ação nova, na Corte Suprema, com esse mesmo objetivo.

Essa mesma solução deve governar o desfecho nas duas últimas situações acima aventadas (terceira e quarta), embora por fundamento diferente. É que a Constituição atribui ao STF a função institucional de guardião de suas normas (art. 102), atribuindo-lhe, entre outras, a competência para julgar, mediante ação direta, a constitucionalidade de preceitos estaduais contestados em face de norma constitucional federal (art. 102, I, a). Ora, se um Tribunal de Justiça, apreciando ação de sua competência, faz juízo de mérito sobre a legitimidade de norma estadual adotando como parâmetro norma da Constituição Federal simplesmente reproduzida na Constituição do Estado, a eficácia dessa decisão não pode alcançar a Suprema Corte, a ponto de impedir ou inibir o exaurimento de sua função de guardião da Constituição Federal.

Certamente é preciso estabelecer forma de harmonização na atuação dos dois diferentes tribunais em domínio jurídico comum a ambos, mas isso não pode se dar mediante pura e simples eliminação da competência da Supremo. Não há como aceitar, sem grave ofensa à Constituição e injustificável inversão da ordem hierárquica do sistema judiciário nela estabelecido, que o exercício do controle concentrado de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e a autoridade das decisões por ele proferidas nesse domínio, possam ficar subordinados ou limitados por decisão de qualquer outro tribunal.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Assim, a solução que se mostra adequada para superar o impasse envolve o plano da eficácia da decisão da Corte Estadual. Não se contesta, aqui, a existência, a validade e mesmo a eficáci *a erga omnes* de decisão de mérito em ação de controle concentrado proferida pelas Cortes Estaduais. Todavia, quando essa decisão fizer juízo sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de norma estadual em face de preceito da Constituição do Estado que constitua reprodução (obrigatória ou não) de preceito da Constituição Federal, **há de se entender que, em nome da posição de supremacia da Suprema Corte, a eficácia da decisão estadual ficará necessariamente revestida de uma condição resolutória implícita, representada por eventual decisão em sentido contrário do Supremo Tribunal Federal.**

Assim considerando, há de se concluir que a decisão de mérito proferida por Tribunal de Justiça, em ação em que se questiona a legitimidade de preceito normativo estadual em face de norma da Constituição de Estado, que reproduza norma da Constituição Federal, não prejudica o julgamento de ação com o mesmo objeto, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, nem inibe, se for o caso, o ajuizamento posterior de ação semelhante perante a Suprema Corte. **Em qualquer dessas situações, hão de ser preservadas integralmente as elevadas funções institucionais do Supremo Tribunal Federal, nelas incluída a competência outorgada pelo art. 102, I, a , da Constituição, de exercer, com soberana autoridade, o controle concentrado de constitucionalidade das normas.**

Em artigo doutrinário, CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO e GUILHERME PEREIRA PINHEIRO prelecionam que, " *Uma vez concluído o processo de edição de uma lei pelo Poder Legislativo, inicia-se um longo período de legítima movimentação interpretativa da norma, na qual as partes, advogados, fiscais da lei e magistrados em diversas instâncias a interpretam e a aplicam das mais variadas formas. E em se tratando de questão que envolva o cotejo da Constituição Federal, essa movimentação interpretativa cessará com a apreciação do tema pela autoridade com missão constitucional de dar a palavra final sobre matéria constitucional. Uma vez realizadas a interpretação e a questão constitucional pelo guardião da Constituição, o ciclo de interpretação da norma está encerrado e cabe a todos o respeito à força normativa da Constituição, tal qual interpretado pelo STF"* (Igualdade na Jurisdição Constitucional Tributária, p. 3).

plenário virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Assim, temos que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato brasileiro são *erga omnes, ex tunc,* e vinculantes.

IV – OS TEMAS 360 e 733 DA REPERCUSSÃO GERAL:

Como relatado de início, o ilustre Relator, Min. ROBERTO BARROSO, no julgamento dos Embargos de Declaração opostos pela União em face do acórdão da Primeira Turma que, em sede de agravo regimental, confirmara a decisão monocrática de desprovimento do presente Recurso Extraordinário, reanalisou a matéria recursal e votou pelo provimento dos declaratórios.

Reconheceu Sua Excelência que a controvérsia, efetivamente, envolvia questão constitucional. Por consequência, manifestou-se pelo processamento deste apelo extremo; essa conclusão foi acompanhada pela Primeira Turma. Ato contínuo, o Plenário reconheceu a repercussão geral da matéria.

No seu voto naqueles declaratórios, o Relator consignou que a matéria posta a debate era distante daquela julgada nos autos do RE 730.643-RG (Tema 733), de relatoria do Ministro TEORI ZAVASCKI, no qual se discutiu a possibilidade de ser mantida a coisa julgada fundamentada em norma posteriormente declarada inconstitucional, considerada a eficácia *ex tunc* da decisão. Pontuou, também, que, no precedente, ficou registrado expressamente que:

> "Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, **notadamente quando decide sobre relações jurídicas de trato continuado, tema de que aqui não se cogita".**

Com efeito, o Ministro ROBERTO BARROSO tem razão; as questões não são idênticas. Porém, de alguma forma, ambas mantêm pontos em comum, pelos quais não se pode passar ao largo daquele precedente vinculante, como demonstrarei a seguir.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Naquele *leading case* , esta CORTE fixou a seguinte tese de repercussão geral:

> "Tema 733 - *A decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das decisões anteriores que tenham adotado entendimento diferente. Para que tal ocorra, será indispensável a interposição de recurso próprio ou, se for o caso, a propositura de ação rescisória própria, nos termos do art. 485 do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (art. 495)".*

O acórdão do precedente foi assim ementado:

> Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.(RE 730.462, Relator(a): TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 9/9/2015)

No seu voto, o Relator consignou:

"4. É importante distinguir essas duas espécies de eficácia (a normativa e a executiva), pelas consequências que operam em face das situações concretas. A eficácia normativa (= declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade) se opera *ex tunc* , porque o juízo de validade ou nulidade, por sua natureza, dirige-se ao próprio nascimento da norma questionada. Todavia, quando se trata da eficácia executiva, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que o efeito vinculante, que lhe dá suporte, não decorre da validade ou invalidade da norma examinada, mas, sim, da sentença que a examina. Derivando, a eficácia executiva, da sentença (e não da vigência da norma examinada), seu termo inicial é a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não atos pretéritos. Os atos anteriores, mesmo quando formados com base em norma inconstitucional, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos, se for o caso, em processo próprio. Justamente por não estarem submetidos ao efeito vinculante da sentença, não podem ser atacados por simples via de reclamação. É firme nesse sentido a jurisprudência do Tribunal: Inexiste ofensa à autoridade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal se o ato de que se reclama é anterior à decisão emanada da Corte Suprema. A ausência de qualquer parâmetro decisório, previamente fixado pelo Supremo Tribunal Federal, torna inviável a instauração de processo de reclamação, notadamente porque inexiste o requisito necessário do

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

interesse de agir (Rcl 1723 AgR-QO, Min. Celso de Mello, Pleno, DJ de 6.4.2001). No mesmo sentido: Rcl 5388 AgR, Min. Roberto Barroso, 1ª Turma, DJe de 23.10.14; Rcl. 12741 AgR, 2ª Turma, Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 18.9.201; Rcl 4962, Min. Cármen Lúcia, 2ª Turma, DJe 25.6.2014).

Esse entendimento foi reafirmado no julgamento da ADI 2.418 (Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 17/11/2016), julgada já na vigência do CPC/2015:

Ementa: CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DAS NORMAS ESTABELECENDO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ART. 1º-B DA LEI 9.494/97) E PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA AÇÕES DE INDENIZAÇÃO CONTRA PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO E PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ART. 1º-C DA LEI 9.494/97). LEGITIMIDADE DA NORMA PROCESSUAL QUE INSTITUI HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUALIFICADA (ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 475-L, § 1º DO CPC/73; ART. 525, § 1º, III E §§ 12 E 14 E ART. 535, III, § 5º DO CPC/15). 1. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-B da Lei 9.494/97, que fixa em trinta dias o prazo para a propositura de embargos à execução de título judicial contra a Fazenda Pública. 2. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-C da Lei 9.494/97, que fixa em cinco anos o prazo prescricional para as ações de indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, reproduzindo a regra já estabelecida, para a União, os Estados e os Municípios, no art. 1º do Decreto 20.910/32. 3 **. São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos**

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda. 4. Ação julgada improcedente. (grifos nossos)

Posteriormente, no Tema 360 da repercussão geral (Dje de 2/4/2019), adotou-se a mesma tese fixada na parte final da ementa acima transcrita:

> "São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional, seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda."

Como se pode extrair dos precedentes acima, a jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL firmou-se no sentido de que a decisão do STF que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de uma norma com efeito *ex tunc* tem aptidão para desconstituir sentença transitada em julgado que tenha decidido em sentido contrário, desde que tenha sido prolatada em data anterior à publicação do acórdão desta CORTE.

Do contrário - ou seja, se o reconhecimento da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade pela SUPREMA CORTE tiver ocorrido após o trânsito em julgado da sentença -, a rescisão da sentença divergente depende da propositura da ação rescisória, observado o respectivo prazo decadencial.

Assim, prestigia-se a coisa julgada - mas não se admite que, já havendo posicionamento desta CORTE quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, haja desrespeito à autoridade dos precedentes do STF.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Ressalta-se que, no Tema 733, como aqui já mencionado, o Relator realçou que esse precedente não alcançou a controvérsia em que debatidas relações jurídicas de trato continuado.

Importante mencionar, por relevante, que, no Tema 136 da repercussão geral (RE 590.809, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, DJE de 24/11/2014), a SUPREMA CORTE, fixou tese com o seguinte teor: *"Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente."*

No julgamento do RE 596.663 (Tema 494 da repercussão geral, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Redator para o acórdão Min. TEORI, ZAVASCKI, Dje de 26/11/2014, esta CORTE decidiu que *" **A força vinculativa das sentenças sobre relações jurídicas de trato continuado atua rebus sic stantibus: sua eficácia permanece enquanto se mantiverem inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos adotados para o juízo de certeza estabelecido pelo provimento sentencial. A superveniente alteração de qualquer desses pressupostos (a) determina a imediata cessação da eficácia executiva do julgado, independentemente de ação rescisória ou, salvo em estritas hipóteses previstas em lei, de ação revisional** , razão pela qual (b) a matéria pode ser alegada como matéria de defesa em impugnação ou em embargos do executado."*

Ainda, cumpre registrar o conteúdo da Súmula 343 do STF que prescreve: " *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."*

Cabe, porém, acrescentar o esclarecimento que foi feito pelo Min. DIAS TOFFOLI, no AR 2.572 AgR (Rel. Min. GILMAR MENDES, Redator p/ o acórdão Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 21/3/2017), acerca dos enunciados acima transcritos:

> "Acompanho o relator quanto ao tema de fundo, porém peço vênia para manter o meu entendimento (...). Entendo que é cabível ação rescisória fundada em violação a literal dispositivo de lei (art. 485, V, do antigo CPC), quando a decisão rescindenda tiver se baseado

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

em interpretação constitucional frontalmente contrária à própria Constituição Federal ou em interpretação tida como incompatível pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que seja pela posterior declaração de inconstitucionalidade superveniente da legislação que amparou o título executivo transitado em julgado, não se aplicando a *ratio essendi* da Súmula 343 do STF. (...) **É sabido que o Plenário desta Corte, recentemente, passou a entender aplicável a súmula 343 do STF, inadmitindo ação rescisória fundada em ofensa à literal dispositivo de lei (art. 485, V, do CPC), aos casos de interpretação de norma constitucional controvertida à época da decisão rescindenda, consubstanciada no RE 590.809 [Tema 136], Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe 24.11.2014 (discussão envolvendo creditamento de IPI). Ocorre que tal julgado teve como pano de fundo a existência de divergência de entendimento interna no próprio STF, de modo a manter o aresto transitado em julgado quando a jurisprudência do Pretório Excelso era vacilante. Por outro lado, não há como aplicar a súmula 343 do STF (...) aos casos em que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sempre decidiu no mesmo sentido (...).”** (grifo nosso)

Tecidas essa consideradões - que considero relevante para o caso ora em análise -, acerca da autoridade da decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL proferida em controle abstrato de constitucionalidade e da necessidade de ação rescisória quando a decisão transitada em julgado lhe é contrária e anterior à declaração de inconstitucionalidade da norma pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, passemos a analisar a controvérsia central deste paradigma, que reside em definir se as decisões desta CORTE em controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.

V - EFEITOS DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO

No seu voto, o Relator, o Ilustre Min. ROBERTO BARROSO ressalta que, com o advento da sistemática da repercussão geral instituída pela EC 45/2004 e pelas reformas empreendidas no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 11.418/2016, bem como pelas novas disposições inseridas no CPC/2015, observou-se o fenômeno da objetivação do controle difuso, razão pela qual propõe que esta CORTE reconheça que a declaração de

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

inconstitucionalidade, em sede de **recurso extraordinário com repercussão geral,** possui os mesmos efeitos vinculantes e eficácia *erga omnes* atribuídos às ações de controle abstrato.

Sugere, ainda, que, nesses casos, a resolução do Senado (art. 52, X, da CF /1988), deva ter a finalidade de publicizar as decisões de inconstitucionalidade, não configurando requisito para a atribuição de efeitos vinculantes *erga omnes* .

Penso que essa solução é a que mais se compatibiliza com o postulado da segurança jurídica, uma vez que a Constituição Federal e a legislação processual estabelecem que, para o reconhecimento da repercussão geral, a controvérsia, além de ser dotada de relevância econômico, político, social ou jurídico, deve ultrapassar os interesses subjetivos da causa. Em especial, o art. 988, § 5º, II, do CPC/2015 admite reclamação para a garantia da observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, quando não esgotadas as instâncias ordinárias.

Assim, vê-se que, de fato, houve a objetivação do controle difuso quando proferido em sede de repercussão geral.

De outro lado, o princípio da segurança jurídica não é absoluto, é deve ser compatibilizado com outros preceitos constitucionais, em especial, ao princípio da isonomia tributária, o qual exige que todos, nos termos da Constituição, devem contribuir para prover o Erário de recursos públicos para viabilizar financeiramente o desenvolvimento do Estado e a promoção do bem-estar geral.

"Ofenderia o mais elementar senso de justiça invocar a força da coisa julgada do caso concreto para, por exemplo, impor a determinada pessoa uma carga tributária que o Supremo Tribunal Federal declarou inexistente ou nula ou inexigível para todas as demais; ou, por exemplo, para assegurar a um cidadão o privilégio de receber determinado benefício remuneratório ou gozar de favor fiscal, que é negado, com força vinculante, a todos os demais cidadãos nas mesmas condições" (ZAVASCKI, TEORI ALBINO, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-101).

Nessa mesma obra, o autor ensina que:

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

(...) Ora, a sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Considerando a natureza permanente ou sucessiva de certas relações jurídicas, põem-se duas espécies de questões: primeira, a dos limites objetivos da coisa julgada, que consiste em saber se a eficácia vinculante do pronunciamento judicial abarca também (a) o desdobramento futuro da relação jurídica permanente, (b) as reiterações futuras das relações sucessivas e (c) os efeitos futuros das relações instantâneas. A resposta positiva à primeira questão suscita a segunda: a dos limites temporais da coisa julgada, que consiste em saber se o comando sentencial, emitido em certo momento, permanecerá inalterado indefinidamente, mesmo quando houver alteração no estado de fato ou de direito. Ambas as questões, no fundo, guardam íntima relação de dependência, conforme se verá.

No que se refere aos limites objetivos da coisa julgada, a regra geral é a de que, por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença opera sobre o passado, e não sobre o futuro. (...)

(...)

Estabelecido que a sentença, nos casos assinalados, irradia a eficácia vinculante também para o futuro, surge a questão de se saber qual é o termo ad quem de tal eficácia. A solução é esta e vem de longe: a sentença tem eficácia enquanto se mantiverem inalterados o direito e o suporte fático sobre os quais estabeleceu juízo de certeza. Se ela afirmou que uma relação jurídica existe ou que tem certo conteúdo, é porque supõe a existência de determinado comando normativo (norma jurídica) e de determinada situação de fato (suporte fático de incidência); se afirmou que determinada relação jurídica não existe, supôs a inexistência, ou do comando normativo, ou da situação de fato afirmada pelo litigante interessado. A mudança de qualquer desses elementos compromete o silogismo original da sentença, porque estará alterado o silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado: a relação jurídica que antes existia deixou de existir, e vice-versa. Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula rebus sic stantibu , a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença . Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de

Plenário virtual - minuta de voto - 30/06/2022

direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

A alteração do status quo tem, em regra, efeitos imediatos e automáticos. Assim, se a sentença declarou que determinado servidor público não tinha direito a adicional de insalubridade, a superveniência de lei prevendo a vantagem importará o imediato direito a usufruí-la, cessando a partir daí a eficácia vinculativa do julgado, independentemente de novo pronunciamento judicial ou de qualquer outra formalidade. Igualmente, se a sentença declara que os serviços prestados por determinada empresa estão sujeitos a contribuição para a seguridade social, a norma superveniente que revogue a anterior ou que crie isenção fiscal cortará a força vinculativa, dispensando o contribuinte, desde logo, do pagamento cio tributo. O mesmo pode ocorrer em favor do Fisco, em casos em que, reconhecida, por sentença, a intributabilidade, sobrevier lei criando tributo: sua cobrança pode dar-se imediatamente, independentemente de revisão do julgado anterior (op. cit, p. 88-89).

Esse entendimento é sufragado por LUIZ GUILHERME MARINONI que, não obstante contrário à ideia de relativização da coisa julgada em face de pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, ainda que por meio de ação rescisória, esclarece que, quando envolvidos os efeitos prospectivos de decisões transitadas em julgado **"a declaração de inconstitucionalidade pode ser vista como circunstância superveniente, tal como uma nova norma "** . Esclarece que:

Não se trata de fazer a declaração de inconstitucionalidade retroagir sobre a coisa julgada, mas de obter um efeito jurídico posterior à formação da coisa julgada fundada na declaração de inconstitucionalidade. A coisa julgada anteriormente formada, espelhando a realidade fática e jurídica legitimamente interpretada pelo juiz ou tribunal, permanece válida e intacta. **A coisa julgada é limitada em virtude de circunstância posterior, expressa na declaração de inconstitucionalidade** (MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão de (in) constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada. 2. ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010) (grifo nosso)

"Não podemos pactuar com a vigência eterna dos efeitos da coisa julgada contrária à Constituição, para o futuro, em matéria tributária, a qual

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

viola o princípio da igualdade e isonomia tributária, uma vez que resulta na existência de privilégios jurídicos permanentes que implicam o ônus, apenas por parte dos cidadãos, com o pagamento de tributos que beneficiam toda a sociedade. O tratamento desigual, além de não guardar qualquer correspondência com uma situação de desigualdade material, subvertendo o princípio da capacidade contributiva, da livre-iniciativa, livre-concorrência, da isonomia tributária e da neutralidade tributária, além de estimular as demandas judiciais que buscam a obtenção de bilhete premiado eterno para não mais pagar tributo.

Os princípios da igualdade e da isonomia tributária, na hipótese de trânsito em julgado contrário a precedente do Supremo Tribunal Federal, de ações judiciais voltadas a disciplinar relações jurídicas futuras, o único meio que o Estado dispõe a cumprir os mandamentos constitucionais referentes à igualdade e isonomia é conferir, a partir da decisão da Corte, idênticos direitos e deveres a todos cidadãos. A Constituição tem como missão uma sociedade igualitária, justa e fraterna, sendo dever do Estado tratar todos como iguais, merecedores de idêntica consideração e respeito, a permanência para o futuro dos efeitos de coisas julgadas inconstitucionais não pode ser um critério objetivo de discriminação, em qualquer concepção razoável de igualdade que se possa imaginar" (CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO e GUILHERME PEREIRA PINHEIRO, op. cit., p.13).

Pois bem, considerado tudo o que se expôs até aqui, passo à análise da controvérsia sob exame.

VI – COISA JULGADA NA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA DE TRATO CONTINUADO

A peculiaridade, na espécie, reside no fato de que aqui se cuida de relação tributária de trato continuado, ou seja, do tipo que se sucede no tempo, e se renova a cada exercício, dando ensejo a consecutivas incidências da norma tributária.

Porém, não se trata de relação jurídica continuativa em sentido estrito, pois, a cada período de apuração, nasce um novo fato gerador, que irá se extinguir com o pagamento, ou com as demais hipóteses previstas no artigo 156 do Código Tributário Nacional. Assim, permanecendo o arcabouço jurídico subjacente ao tributo inalterado, as relações supervenientes permanecerão recebendo o mesmo tratamento.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

No entanto, "a declaração de intributabilidade, no pertinente a relações jurídicas originadas de fatos geradores que se sucedem no tempo, não pode ter o caráter de imutabilidade e de normatividade a abranger eventos futuros" (RE 99.435-1, Relator Ministro RAFAEL MAYER, 1ª Turma, in "R.T. J." 106/1.189).

No REsp 822.683, acima citado, o Rel. Min. TEORI ZAVASCKI anotou que *"Conforme assinalou Liebman, discorrendo sobre as restrições a serem impostas à coisa julgada, 'a razão principal que sufraga a orientação restritiva é que a coisa julgada é, afinal, uma limitação à procura da decisão justa da controvérsia, e deve, por isso, se bem que socialmente necessária, ficar contida em sua esfera legítima e não expandir-se fora dela'* [LIEBMAN, Enrico Tullio. Limites objetivos da coisa julgada, op. cit., p. 573]."

Disso depreende-se que a eficácia vinculante da sentença para o futuro é mantida enquanto os suportes fáticos e de direito se mantêm inalterados.

Não se pode, *a priori,* assumir que as situações fáticas e jurídicas que amparavam, ou não, a tributação permanecerão sempre as mesmas daquelas verificadas quando do julgamento da lide que declara, ou não, a existência da relação jurídica tributária.

O caso sob exame é ilustrativo de que o cenário jurídico pode ser alterado. Na hipótese, a alteração decorreu da interpretação da lei em face da Constituição operada pela CORTE que tem essa atribuição em última instância. Mas a modificação do quadro jurídico também pode ocorrer por atuação do Poder Legislativo, que edita nova legislação, ou altera suas regras.

Doutrinariamente, o sempre lembrado PONTES DE MIRANDA preconiza que *"no que diz respeito ao tempo, a coisa julgada está limitada aos fatos existentes por ocasião do encerramento dos debates "* (Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 5. p. 157 e ss.).

Em 21/8/2020, no julgamento do RE 590.880, Tema 106, acórdão ainda não publicado, esta CORTE decidiu nesse mesmo sentido.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

Nesse *leading case* , debateram-se duas questões: (I) a definição da competência para, após a instituição do regime jurídico único dos servidores públicos federais (Lei nº 8.112/90), julgar os efeitos de decisão anteriormente proferida pela Justiça do Trabalho; e (II) a aplicação, ou não, do art. 884, § 5º, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, nos casos de decisão transitada em julgado proferida pela Justiça do Trabalho que, com base no princípio da isonomia, deferiu a servidores da Justiça Eleitoral a extensão do reajuste de 84,32%, relativo ao IPC do mês de março de 1990 (Plano Collor) concedido pela Justiça Federal, por meio de decisão também transitada em julgado, a outros servidores.

O inciso II acima é o ponto que nos interessa para o caso sob exame.

Pois bem. A controvérsia cuidava de execução de sentença que condenara a União a pagar a diferença de correção decorrente da edição do Plano Collor (84,32%), a partir de abril de 1990, aos servidores públicos do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Ceará. Esse reajuste foi considerado inconstitucional pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no julgamento do MS 21.216 (Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, Pleno, DJ de 28 /6/1991).

O acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal Superior do Trabalho entendeu não ser aplicável o § 5º do art. 884 da CLT, com o seguinte teor: " *Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal."*

O TST, na ocasião, entendeu não ser aplicável o § 5º do art. 884 da CLT nos seguintes termos: *"a decisão já transitada em julgado teve como fundamento a isonomia e a norma em relação a qual o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional não é objeto de discussão neste feito."*

Em seu voto, a Min. ELLEN GRACIE consignou que, ainda que por fundamento transverso, o TST estava aplicando interpretação tida por inconstitucional pelo STF:

"No caso sob exame, tem-se, claramente, norma que possibilita a rediscussão de questão que, encerrada em sentença judicial transitada

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

em julgado, já se encontra submetida aos efeitos da coisa julgada. Portanto, faz-se necessário averiguar, para fins de reconhecimento da sua compatibilização com a ordem constitucional vigente, se a restrição nela contida está ou não autorizada pelo art. 5º, XXXVI, da Carta Magna.

(...)

Constato que a criação de determinadas hipóteses em que o indivíduo não possa invocar a existência de coisa julgada tem por fundamento o respeito a outros dispositivos igualmente constitucionais. **A nociva manutenção de decisões divergentes do entendimento firmado por esta Corte também provoca grave insegurança jurídica, o que viola o art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. Além disso, a continuidade no pagamento de parcelas que foram depois consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal acaba violando o princípio da isonomia e a própria competência constitucional desta Corte.**

(…)

Finalmente, no presente caso, ainda estaríamos possibilitando que uma decisão judicial que reconheceu o direito ao reajuste de março de 1990, de 84,32%, t enha aplicação sobre todos os reajustes posteriores, indefinidamente, o que é inadmissível."

Assim, além de dar provimento ao recurso extraordinário da União para declarar a incompetência da Justiça do Trabalho em relação ao período posterior à instituição do regime Jurídico Único (Lei 8.112/1990), reconheceu, em relação ao período anterior, a insubsistência do título executivo judicial, tal como previsto no art. 884, § 5º, da CLT.

Acompanharam esse entendimento os Ministros RICARDO LEWANDOSWKI, EDSON FACHIN, CÁRMEN LÚCIA e GILMAR MENDES e LUIZ FUX. Eu não votei, nem o Ministro ROBERTO BARROSO, pois sucedíamos as cadeiras, respectivamente, dos Ministros AYRES BRITTO e CEZAR PELUSO. Também não votaram a Ministra ROSA WEBER, sucessora da Ministra ELLEN GRACIE, e declarou-se impedido o Ministro DIAS TOFFOLI.

Ao final do julgamento, o PLENO do Tribunal deliberou fixar a tese de repercussão geral em assentada posterior, ainda não ocorrida.

Temos outros precedentes, no mesmo sentido:

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. FINSOCIAL. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E SOCIEDADES SEGURADORAS. ACÓRDÃO EMBARGADO QUE, AO NÃO CONHECER DO APELO EXTREMO DAS EMPRESAS LITISCONSORTES, IMPÔS A TODAS, INDISCRIMINADAMENTE, AS MAJORAÇÕES SOMENTE APLICÁVEIS, SEGUNDO A JURISPPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STF, ÀS EMPRESAS EXCLUSIVAMENTE PRESTADORAS DE SERVIÇOS. 1. O caráter de instituição financeira ou de sociedade seguradora das empresas embargantes é incontestável e deriva da sua própria qualificação. Não há, portanto, que se examinar qualquer documento ou fato, a fim de determinar sua natureza. Impertinência da aplicação da Súmula STF 279. 2. O Plenário desta Corte, por ocasião do julgamento do RE 150.764, DJ de 02/04/1993, fixou o entendimento no sentido de que, em relação às empresas comerciais, financeiras e seguradoras, o FINSOCIAL deve ser cobrado nos moldes do Decreto-Lei 1.940/82 e de suas alterações anteriores à Constituição de 1988, até a edição da LC 70/91 - em função da inconstitucionalidade do art. 9º da Lei 7.689 /88 e das posteriores majorações de alíquota. 3. **O Supremo Tribunal Federal deve evitar a adoção de soluções divergentes, principalmente em relação a matérias exaustivamente discutidas por seu Plenário. A manutenção de decisões contraditórias compromete a segurança jurídica, porque provoca nos jurisdicionados inaceitável dúvida quanto à adequada interpretação da matéria submetida a esta Suprema** Corte. Precedentes: AR 1.713, rel. Min. Ellen Gracie, Plenário, DJ 19.12.2003, e RE 222.874, rel. Min. Ellen Gracie, 1ª Turma, DJ 30.04.2004. 4. Embargos de declaração recebidos com efeitos modificativos para conhecer, tão-somente quanto às ora embargantes, do recurso extraordinário e, nessa parte, dar-lhe provimento.(RE 198604 EDv-ED, Rel. CEZAR PELUSO, Rel. p/ Acórdão: ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/3/2009, DJe de 22/5/2009) (grifos nossos).

EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A **manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio**

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.(RE 328812 ED, Rel. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 6/3/2008, DJe de 2/5/2008) (grifos nossos).

No ARE 1204148 AgR, de minha relatoria, DJe de 25/10/2019, o Tribunal de origem declarara a inconstitucionalidade de determinada vantagem estendida a servidores públicos, mas modulara os efeitos da decisão para preservar as situações consolidadas em que o direito já estava incorporado ao patrimônio do servidor ou aquelas em que já havia trânsito em julgado da decisão.

Reformei, em parte, o acórdão recorrido, para preservar unicamente as situações em que o direito aos adicionais já foi reconhecido por sentença transitada em julgado.

Embargada essa decisão, registrei que a decisão de inconstitucionalidade proferida nos autos não poderia ser usada, seja em ações rescisórias, seja em embargos à execução/cumprimento de sentença, como fundamento para a desconstituição de sentenças judiciais transitadas em julgado até a data da publicação do acórdão proferido na Medida Cautelar proposta na Ação Direta de Inconstitucionalidade, nas quais se tenha reconhecido o direito às parcelas remuneratórias enfocadas no julgado.

Assim decidi pois, admitir o uso do precedente formado naqueles autos para suprimir direitos referendados por coisa julgada equivaleria a tornar inócua a modulação de efeitos afirmada na decisão embargada.

Interposto agravo interno, a Primeira Turma manteve a decisão monocrática em acórdão assim ementado:

Ementa: AGRAVO INTERNO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PERANTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PROCEDÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. 1. Ao julgar representação de inconstitucionalidade, o Tribunal de Justiça

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

> acolheu o pedido, mas procedeu à modulação de efeitos, "de modo a ressalvar situações em que o direito já esteja incorporado ao patrimônio do servidor público por ato de iniciativa da própria Administração Pública" e por decisão judicial com força de coisa julgada. 2. No exame do presente Recurso Extraordinário com Agravo, promoveu-se a redução do alcance da modulação, preservando-se o direito subjetivo unicamente de quem tem, a seu favor, sentença judicial transitada em julgado até a data da publicação do acórdão proferido na Medida Cautelar proposta nesta Ação Direta de Inconstitucionalidade. 3. Isso equivale a dizer que o julgamento de procedência da representação de inconstitucionalidade não afeta quem já tem, em seu benefício, decisão judicial passada em julgado. 4. **Por decorrência lógica, a inconstitucionalidade reconhecida nesta ação direta não pode ser utilizada como fundamento em ações rescisórias, embargos à execução ou impugnações a cumprimento de sentença, com o propósito de desconstituir sentenças judiciais transitadas em julgado até o marco temporal fixado, sob pena de tornar letra morta a modulação concedida.** 5. Agravo Interno que se nega provimento.

No caso, a decisão foi proferida em representação de inconstitucionalidade julgada pelo Tribunal local. Nada obstante, penso que o entendimento adotado também é aplicável neste caso.

Ou seja, nas relações de trato sucessivo - como vem a ser, em regra, a relação tributária -, a menos que haja modulação de efeitos na decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, não subsistem os efeitos futuros da sentença transitada em julgado contrária à orientação do STF.

A propósito, PAULO MENDES DE OLIVEIRA preconiza que é prescindível o ajuizamento da ação revisional para que cessem os efeitos da decisão judicial contrária à Constituição, porque:

> "muito embora se trate de uma decisão judicial voltada para o futuro, as sucessivas relações jurídicas, que nascem com o fato gerador e se extinguem com o pagamento, não são uma típica relação jurídica continuativa, a qual consiste, em última análise, em uma relação jurídica única, que se prolonga no tempo e gera obrigações e direitos relativos a pagamentos periódicos, como é o caso, por exemplo, da prestação de alimentos ou do contrato de aluguel. A possibilidade de se disciplinar relações jurídicas tributárias futuras se deu em decorrência da constatação de que a efetividade dos pronunciamentos

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

> judiciais e o caráter iterativo e previsível das obrigações decorrentes da incidência da norma que instituiu a exação autorizariam tratamento assemelhado. Assim, não se justifica a propositura de ação revisional, em face de "modificação no estado de fato ou de direito", visando nova disciplina de vínculos obrigacionais que, sequer, eram atuais e existentes, no momento da sentença (DE OLIVEIRA, Paulo Mendes, Coisa Julgada e Precedente, Limites temporais e as relações jurídicas de trato continuado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015)

O Ilustre Relator, Min. ROBERTO BARROSO, conquanto reconheça que viola a isonomia e a livre concorrência assegurar a pessoas jurídicas que tenham a seu favor sentença transitada em julgada declarando o direito de não pagar a CSLL, enquanto a grande maioria permanece com a obrigação de pagar o tributo, entende que a declaração de constitucionalidade da exação pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL somente pode fazer cessar os efeitos da coisa julgada nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, quando a manifestação desta CORTE for proferida em controle concentrado e em controle difuso, este sob a sistemática da repercussão geral.

Argumenta que julgados anteriores anteriores à sistemática da repercussão geral, nos quais a SUPREMA CORTE tenha se manifestado pela constitucionalidade da Lei 7.689/1988 não possuem efeitos vinculantes e *erga omnes* , uma vez que atuação do Senado na suspensão da eficácia da lei (art. 52, X, da CF/1988) é restrita aos casos em que houve declaração de inconstitucionalidade, e não de compatibilidade da norma com a Constituição Federal. Assim, somente a partir da ADI 15, na qual declarou-se a constitucionalidade daquela lei, cessariam os efeitos das sentenças transitadas em julgado em relações de trato sucessivo que tenham decidido em sentido contrário àquela ADI.

Os argumentos aqui desenvolvidos vão nessa mesma linha, ou seja, entendo que a decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, em controle concentrado ou difuso, **pela sistemática da repercussão geral** , faz cessar os efeitos da coisa julgada nas relações tributárias de trato sucessivo contrária ao entendimento desta CORTE.

VII- O CASO CONCRETO

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

O contribuinte tinha a seu favor sentença que reconhecera a inconstitucionalidade da Lei 7.689/1989, por não ter sido precedida de lei complementar, e com isso, conferiu-lhe o direito de não recolher a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL. Esse julgado transitou em julgado em 1992.

No mesmo ano de 1992, esta CORTE, no RE 138.284, DJ de 28/8/1992, e RE 146.733, Dj de 6/11/1992, e, após, no RE 150.764, DJ de 2/4/1993, todos em controle difuso, declarou a constitucionalidade da norma.

Finalmente, em 2007, na ADI 15, ratificou-se, novamente, a compatibilidade da norma com a constituição, com exceção dos artigos 8º e 9º.

A empresa contribuinte, no mandado de segurança impetrado na instância de origem, pretendia afastar as relações jurídico-tributárias ocorridas nos anos de 2001 a 2003.

O Tribunal de origem considerou que a declaração de inexistência da relação tributária declarada em sentença transitada em julgado em 1992 estende-se aqueles exercícios.

Consoante a fundamentação aqui desenvolvida, acompanho o Ilustre Relator na compreensão de que o RE 138.284 - em que declarou a constitucionalidade da Lei 7.689/1988 em controle incidental, suscitado pela União, não pode retroagir para desconstituir a coisa julgada, pois o julgamento do recurso não ocorreu pela sistemática da repercussão geral, a qual confere efeitos vinculantes e *erga omnes* à decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Igualmente, a decisão proferida na ADI 15, em 2007, não tem o condão de alcançar os créditos tributários dos anos de 2001 a 2003.

Acompanho também o Relator na proposta de modulação de efeitos, para que a decisão neste precedente tenha eficácia a partir da publicação da ata do julgamento, a fim de resguardar a segurança jurídica do contribuinte

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022

e do interesse social, observadas as garantias constitucionais tributárias relativas às anterioridades anual e mitigada.

Com essas considerações, acompanho o Eminente Relator, para NEGAR PROVIMENTO ao RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Adiro à TESE proposta pelo Ilustre Relator.

É o voto.

Plenário Virtual - minuta de voto - 30/09/2022