

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 407

(ano VII)

(29/07/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

# Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -  
**VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**  
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em  
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional  
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE  
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos  
de experiência. Especialista em Direito  
Processual Civil Internacional. Professor  
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:  
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA  
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito  
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e  
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):  
Advogado em São Paulo (SP). Especialista  
em Direito Tributário e em Direito Financeiro  
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO  
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências  
Jurídicas e Sociais pela Universidad del  
Museo Social Argentino - UMSA.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília** – DF.  
Contato: [editorial@conteudojuridico.com.br](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
[WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR](http://WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR)

## SUMÁRIO

### COLUNISTA DO DIA



29/07/2015 Leonardo Sarmento  
» [Cunha investigado? Ok! Mas e a Dilma?](#)

### ARTIGOS

- 29/07/2015 Ana Maria Felix dos Santos  
» [Aspectos históricos e relevantes sobre a ética: e sua aplicabilidade aos profissionais do direito](#)
- 29/07/2015 Raissa dos Santos Silva  
» [As várias faces da contestação de paternidade](#)
- 29/07/2015 Victor Hugo Marcão Crespo  
» [Decreto nº 8.426/2015 - PIS/COFINS sobre receitas financeiras](#)
- 29/07/2015 Ana Carolina Motta Guatimosim  
» [Nuances da nova guarda compartilhada obrigatória](#)
- 29/07/2015 Priscila Homero  
» [Jornada 12x36 - validade ou nulidade?](#)
- 29/07/2015 Tauã Lima Verdan Rangel  
» [Anotações à Resolução nº 2002/12 da Organização das Nações Unidas: Os Princípios Basilares de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal](#)

### MONOGRAFIA

- 29/07/2015 Jessica Jucá de Oliveira  
» [Os efeitos temporais das decisões do STF em matéria tributária à luz dos princípios da isonomia e da proteção à coisa julgada](#)

## CUNHA INVESTIGADO? OK! MAS E A DILMA?

**LEONARDO SARMENTO:** Advogado, professor, escritor, cronista e articulista.

Entenda o porquê da presidente Dilma não estar sendo investigada. O impedimento é constitucional, jurídico ou político? Entenda!

Quando o PGR não incluiu Dilma na lista dos investigados, em março de 2015, assim nos posicionamos em artigo até então com ineditismo, com perplexidade e nestes termos:

Entendemos ser sim cabível investigar a presidente Dilma Rousseff, quando o impedimento, que guarda o parágrafo 4º do art. 86, atine a responsabilização, leia-se processo [ação penal], quando consabido que, investigação pode revelar-se procedimento que apenas irá instruir futuro processo.

Lembramos que, existem provas que devem restar colhidas tão logo se tenha notícias delas, sob pena de futuras colheitas restarem ineficazes, ou por haverem desaparecido ou mesmo por se tornado excessivamente rarefeitas com o passar do tempo, perdendo suas marcas originais, quando a falta de uma prova não mais possível de ser realizada [exemplo: por morte de uma testemunha ou o achacamento desta] pode arrefecer todo o conjunto probatório, que passa a não ser mais suficientemente robusto e capaz para condenar.

É nestes termos que sustentamos que Dilma deveria sim estar incluída na lista de Rodrigo Janot, com a devida máxima vênia às opiniões divergentes. A Carta de 1988, na forma da interpretação que

emprestamos ao artigo em comento, confere uma imunidade temporária a presidente para o processo, não para investigação.

Esta é a melhor interpretação que temos para o art. 86, parágrafo 4º do Diploma Maior.

Concluimos assim que, nos termos da Constituição, não há qualquer impedimento constitucional para a investigação da presidente, que o artigo infra-colacionado, núcleo central do presente, não se revelaria o fundamento necessário para pautar a ausência de vontade política de investigar Dima Rousseff.

Segue artigo da Constituição que alimentou o presente artigo:

*Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.*

§ 4º - O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser **responsabilizado** por atos estranhos ao exercício de suas funções (nosso grifo).

Assentamos por último no citado artigo:

*Como constitucionalista, como professor, como um arguto estudioso dos preceitos da Carta, sinto-me constrangido quando a sua normatividade encontra barreiras em passageiras ideologias políticas de Governo. Sou tomado pelo encabulamento quando leciono no sentido do melhor direito constitucionalizado e este resta temerariamente tergiversado, em outros momentos mesmo vilipendiado pelas razões políticas de momento. Preocupado quando nossa cognição, com a chancela dos fatos, coloca-nos em xeque, por exemplo, a independência*

*de um Ministério Público, que mais maleável que o recomendável sucumbi diante de apelos que não nos serviria jamais como fundamento de direito.*

Posteriormente em novo artigo assim discorremos:

O PPS honrou-nos ao encampar nossos fundamentos quando entrou com pedido formulado na PET 5569, que pedia a reconsideração da decisão pelos motivos por nós articulados.

O pedido foi analisado pelo ministro Teori Zavasck, na decisão ele escreveu que o fato relacionado à petista já é investigado na primeira instância da Justiça Federal, numa investigação sobre o ex-ministro Antonio Palocci. Nestes termos:

“Não há como acolher a pretensão de ser instaurado procedimento investigatório contra a presidente da república neste momento. Cumpre realçar, por importante, que, de qualquer modo, o fato denunciado na colaboração premiada, sobre um suposto pagamento ilegítimo à campanha presidencial, já está sendo investigado em procedimento próprio”, escreveu.

Data vênua, não confraternizamos com o entendimento do nobre ministro. Em primeira instância quem está sendo investigado é Antônio Palocci, não a Presidente (que possui foro por prerrogativa de função). Não é fundamento apreciável a alegação de que como está investigando A, B, por conexão, também estaria por, em tese, haver participado do mesmo fato investigado. Se a investigação contra Dilma não foi autorizada, o STF não delegou expressamente esta missão à 1ª instância da Justiça Federal, Dilma definitivamente não é sujeito passivo de qualquer investigação.

Assim que, o nobre ministro praticou um contorcionismo jurídico não muito inspirado, com todo respeito que merece o insigne ministro, com o objetivo de rejeitar o recurso interposto pela oposição. As razões de direito mais uma vez subjugarão-se às razões da política em um fenômeno que se tornará cada vez mais frequente, o da “politização do direito”.

**Voltando ao presente momento**, perguntamos: Por que Dilma, presidente da república (maior hierarquia do Executivo Federal) não pôde ser investigada e Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados (maior hierarquia de uma das Casas do Legislativo Federal) pode ser investigado, quando não há hierarquia entre as funções de Poder?

Estaremos diante de institucionalizada blindagem político-partidária apenas para Dilma Rousseff?

O que nos deixa incrédulos é o uso de dois pesos e duas medidas, a ausência de isonomia na análise de questões semelhantes. Dilma portanto, não se pôde investigar, quando já sustentamos e neste instante reafirmamos não existirem quaisquer impedimentos para que a investigação tenha curso, o impedimento reside unicamente na impossibilidade de apresentação de ação penal em face da presidente; já com Eduardo Cunha acertadamente se permitiu a investigação... Reafirmamos que, não estamos aqui sustentando a não investigação do presidente da Câmara Eduardo Cunha como medida de isonomia, ao contrário, deve ser sim amplamente investigado, respeitada sua constitucional prerrogativa de foro, sob a presidência do STF. O que nos constrange refere-se unicamente a divindade atribuída à Dilma Rousseff.

Lembremos que, uma investigação sem blindagens poderia dar azo para um pedido de “impeachment” da presidente caso as suspeitas que pairam sob a nobre mandatária restassem confirmadas. Impedir a sua investigação é impedir que o Estado Democrático de Direito atinja com efetividade algumas de suas finalidades. À contrário senso, não podemos admitir, elocubrar, que uma de suas finalidades seja a de proteção dos crimes praticados pela mandatária que preside o Estado, e o pior, que o Supremo Tribunal Federal referende, chancele esta vertente de desvio absolutamente antidemocrático.

Nossa Constituição, que nesta passagem se aproxima de uma Carta outorgada, à nosso sentir, já desproporcionalmente se equivoca ao ponderar os interesses tuteláveis, blindando o Chefe do Executivo Federal como se a “reencarnação do filho de Deus na Terra” representasse, quando não poderá ser processado pelos crimes cometidos neste período. O STF inobstante, estendeu referida proteção a partir de uma decisão nitidamente político-partidária de blindagem, indevidamente, data máxima vênua, para além do comando constitucional, vedando que o Chefe do Executivo Federal reste não apenas processado, mas, inclusive, investigado.

Lembramos que, não há hierarquia entre as funções de poder (Executivo, Legislativo e Judiciário), que a Constituição já deu mais prerrogativas do que deveria ao Chefe do Executivo, assim que lamentável o posicionamento do STF ao melancolicamente ampliar essas prerrogativas que já não se conformavam com um modelo saudável de Estado Democrático de Direito, que reverberam menos prerrogativas e mais odiosos privilégios.



Quando percebemos que um cidadão sem prerrogativas constitucionais, como o “nobre” ex-presidente Lula, recebe uma blindagem “divina” que o permite comportar-se como se de uma anarquia fosse membro, imaginemos “os que” a Constituição já blinda em sua normatividade; até onde pode ser estendida esta blindagem para além da Constituição? O Supremo tem nos dado uma boa amostragem de que tende ao infinito...

Assim finalizamos afirmando que não há qualquer impedimento constitucional, mas tão apenas impedimento político-partidário. A partir deste impedimento político-partidário o STF manobrou e criou impedimento jurídico com a decisão do ministro Teori.

São nestes termos, onde as razões político-partidárias prevalecem para os iluminados pelo sistema sobre a Constituição e o melhor direito, que para os inimigos, a letra fria da lei; na falta dela, manobra-se! Já para os companheiros, o escaldante calor da impunidade...

Fica nossa indignação e a certeza de que muita coisa precisa mudar!

Nota: O ministro Teori, com base em nova interpelação do PPS diante de sua decisão despida de lógica jurídico-argumentativa, ao menos em tese, procura reposicionar-se. Nestes termos:

“Não se nega que há entendimento desta Suprema Corte no sentido de que a cláusula de exclusão de responsabilidade prevista no parágrafo 4º do artigo 86 da Constituição (‘O presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções’) não inviabiliza, se for o caso, a instauração de procedimento meramente investigatório, destinado a

formar ou a preservar a base probatória para uma eventual e futura demanda contra o chefe do Poder Executivo.” Ele citou o precedente relatado por Celso de Mello, um dos que o PPS havia mencionado em seu recurso.

Em tese viu-se obrigado a aderir à única tese jurídica possível. Porém, politicamente, Dilma ainda está blindada. Nenhum legitimado para o procedimento de investigação está autorizado a investigar Dilma Rousseff, fato.

Nos honra que nosso posicionamento haja enfim sido encampado pelo Supremo, ainda que "para inglês ver". Não há qualquer investigação direta em curso, o que há é o seu nome citado em delações premiadas e investigações indiretas, quando se investiga outrem e se depara com a presidente...

## ASPECTOS HISTÓRICOS E RELEVANTES SOBRE A ÉTICA: E SUA APLICABILIDADE AOS PROFISSIONAIS DO DIREITO

**ANA MARIA FELIX DOS SANTOS:** Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais- AGES.

**RESUMO:** Este sintético trabalho tem por desiderato adentrar na seara da Ética, principalmente, no que tange a Ética profissional dos operadores do direito. Para a realização desse intento, parte-se a principio de uma análise histórica sobre a Ética, tais como o seu surgimento, os principais autores que colaboraram para sua formação, o próprio conceito de Ética, a diferenciação entre Ética e morale, sua aplicabilidade num contexto atual aos profissionais do direito. Tentar-se-á também na medida do possível, fazer um estudo no que se refere aos códigos de Ética que norteiam os profissionais do Direito. Como por exemplo, O Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil e Código de Ética da Magistratura Nacional e o Código de Ética dos Promotores. E por fim, buscar-se-á construir um elo com as demais disciplinas que fazem parte da grade curricular do semestre. Principalmente, processo civil III, processo penal II, deontologia e Psicologia Jurídica.

**PALAVRAS CHAVES:** Ética, Ética profissional, código de Ética dos advogados, Código de Ética da Magistratura e Código de Ética dos Promotores.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Como relatou o filósofo contemporâneo, Mario Sergio Cortella, é impossível pensar em ética se a gente não pensar em convivência. Uma vez que a ética é o que marca a fronteira da nossa convivência.

É indubitável que os preceitos éticos se fazem presentes no meio social desde tempos remotos. Poderíamos citar como exemplo os ensinamentos de Eneo Domitius Ulpianus, um respeitado jurista romano, que viveu dentre 150 a 228 d. C., que pontificou: “tais são os preceitos do direito: viver honestamente (*honeste vivere*), não ofender ninguém (*neminem laedere*), dar a cada um o que lhe pertence (*suum cuique tribuere*)”.

Contudo, embora Ulpianus tenha contribuído de forma significativa para o fortalecimento e reconhecimento dos preceitos éticos, há documentos e relatos que comprovam os vestígios de tais preceitos muito antes desse autor, como por exemplo, nas escrituras sagradas, no velho e no novo testamento, como pode ser notado nos ensinamentos do profeta Isaías.

Aquele que anda em justiça, e fala a verdade, o que arremessa longe de si a avareza enriquecida pela calúnia, e sacode as suas mãos de todo o presente, o que tapa os ouvidos para não ouvir sangue, e fecha os olhos para não ver o mal, este tal habitará nas alturas; virão a ser as notificações de um castelo roqueiro a sua elevação; deu-se-lhe o pão, as águas são fies. (Isaías. 30: 15-16)

É possível ainda constatar os preceitos éticos nos ensinamentos do Apóstolo Lucas, que ao tratar da advertência contra a corrupção do funcionário público, rezou: e vieram também a ele publicanos, para que o batizasse, e lhes disseram: Mestre, que faremos nós? E ele lhe respondeu: Não cobreis mais do que o que vos foi ordenado. Lucas 3: 12-13

E por fim, ainda nessa esteira, poderíamos relatar o livro dos salmos, que pontifica: até quando julgareis injustamente, e aceitareis as pessoas dos ímpios? Fazei justiça ao pobre e ao órfão; justificai o aflito e necessitado. Livrai o pobre e o necessitado; tirai-os das mãos dos ímpios. Salmo 82: 2-4

Neste diapasão, não restam dúvidas que os preceitos éticos são encontrados e sustentados também nos ensinamentos da doutrina religiosa.

Todavia, o nascimento da filosofia ética se dá na Grécia. Tendo como precursor dos estudos do comportamento humano, Sócrates (470-399 a.C.). Como descreve Fabio Konder Comparato, a filosofia, ou a teoria racional da ética, principia com Sócrates. Foi ele, afirma Aristóteles no livro M da metafísica, quem primeiro procurou definir as virtudes morais, isto é, exprimir sua essência por meio de uma fórmula geral. (2006, p. 91)

Sócrates contrapõe-se aos sofistas acreditando que os princípios éticos não têm origem nas convenções, mas na própria natureza humana, ou melhor, os princípios éticos são inerentes ao homem guiado pela razão.

Já para Aristóteles, na sua obra *Ética a Nicômaco*, o homem deve buscar sempre a virtude, como um bem supremo. Para esse autor, é pela prática de atos justos que o homem se torna justo. Devemos sempre buscar o meio termo evitando os excessos e as insuficiências. Sendo que o homem virtuoso é o temperante.

Aristóteles ainda descreve que, o homem, quando ético, é o melhor dos animais; mas, separado da lei e da justiça, é o pior de todos.

Outro autor que contribuiu para os estudos éticos foi Cícero (106-43 a.C.), o qual foi divulgador de princípios éticos, tais como, é que todos devem viver em conformidade com a natureza. (apud. p. 111, COMPARATO)

A ética ciceroniana partia da premissa de que, cada qual tem o dever, em todas as matérias, ter um só objetivo, conformar o seu próprio interesse com o interesse geral; porque se cada um chamar tudo a si, ocorrerá a dissolução da comunidade humana.

Nota-se que na visão desse autor o indivíduo deve primar pelo bem da coletividade. Seria a aplicação da teoria altruísta.

Feitas estas considerações preliminares, daremos sequência a esse estudo, buscando compreender o conceito de ética e diferença entre ética e moral.

## 2 CONCEITO DE ÉTICA

Antes de adentrarmos nas questões propriamente ditas sobre a ética e moral, se faz mister mais algumas considerações sobre o tema.

É indubitável que a ética é um dos assuntos mais debatidos no meio acadêmico e social em todo mundo. Isto porque, a sociedade, não

me refiro apenas a brasileira, mas a sociedade mundial, atravessa uma profunda crise de ética. Onde princípios e valores dantes reconhecidos e respeitados, num contexto atual, quando não ignorados são deixados num segundo plano. Como pontifica o professor Leonardo Boff, na sua obra *Ética e Moral*, vivemos hoje grave crise mundial de valores. É difícil para grande maioria da humanidade saber o que é correto e o que não é. (2012, p. 27)

Neste diapasão, não restam dúvidas que na sociedade atual, há uma deturpação de valores, em que valores tais como respeito, fidelidade, lealdade, compromisso e a honestidade, perderam espaço para o individualismo, a pilantragem, a corrupção e a desonestidade. Vivemos numa sociedade de pessoas corruptas, sobre todos os aspectos, e o pior é que achamos tudo normal. O professor Sergio Cortella, já tinha nos alertado desse perigo. É necessário cuidar da ética para não anestesiarmos a nossa consciência e começarmos a achar que tudo é normal. (2009, p. 129)

A título de exemplo, sonegamos os impostos, cortamos as filas nos bancos, estacionamos na vaga destinada aos deficientes, subornamos o guarda de trânsito para não pagar a multa, nos omitimos com relação a corrupção política e elegemos os piores e, achamos tudo normal. Afinal de contas, qual é o valor da honestidade mesmo? Relembro-me ainda os ensinamentos do grande jurista baiano, Rui Barbosa, quando pontificou, de tanto ver crescer a injustiça, de tanto ver agigantar-se o poder nas mãos dos maus, o homem chega a rir-se da honra, desanimar-se de justiça e ter vergonha de ser honesto.

Mas o que é a ética? Qual a diferença entre ética e moral?

A ética deve ser entendida como ciência, estudo e reflexão do comportamento humano. Para o professor Leonardo Boff,

A ética é parte da filosofia. Considera concepções de fundo acerca da vida, do universo, do ser humano e de seu destino, estatui princípios e valores que orientam pessoas e sociedades. Uma pessoa é ética quando se orienta por princípios e convicções. Dizemos, então, que tem caráter e boa índole. (2012, p. 37)

Para esse autor a base da ética e o cuidado de forma ampla, tanto dos recursos naturais, assim como, das relações pessoais do cotidiano.

Já com relação à diferença entre ética e moral, podemos atribuir algumas características individuais que nos orientam a distinção. Como por exemplo: a ética é ciência e estudo; a moral é a prática; a moral vem do latim, mos ou moris, que significa maneira de se comportar regulada pelo uso; a ética vem do grego ethos, que significa caráter, morada do humano; a ética é universal; a moral é cultural e se fortalece nos costumes; a moral é temporária; a ética é perene. Outra distinção é que a ética fundamenta uma norma, enquanto a moral é regra de adesão.

Bom! Devemos entender a moral como um conjunto de regras ou normas de conduta admitidas por uma sociedade de acordo com os seus costumes. Para o já citado autor, Leonardo Boff, a moral é a parte



da vida concreta. Trata da prática real das pessoas que se expressam por costumes, hábitos e valores culturalmente estabelecidos. Uma pessoa é moral quando age em conformidade com os costumes e valores consagrados.(2012, p. 37)

Diante de tais conceitos e feitas algumas considerações sobre o assunto, já podemos adentrar na seara da ética profissional e nos códigos de ética, que norteiam os operadores do direito na atualidade.

### 3 A ÉTICA PROFISSIONAL

A princípio devemos partir do prisma que toda profissão tem uma função social, ou seja, deve prevalecer o interesse social. Isso significa dizer que o indivíduo no exercício da profissão tem deveres e obrigações para com a sociedade.

Imagine determinada situação em que um médico depois de terminar o seu plantão e ainda se encontrando no hospital, surge um paciente gravemente ferido necessitando de seus cuidados, e o médico se recusa a atendê-lo alegando que o seu plantão acabou. Este profissional estaria agindo de forma ética? Ou imagine a situação do advogado que milita na esfera penal e, é procurado pelo cliente para defendê-lo numa demanda trabalhista, não tem a mínima técnica nessa área, contudo aceita o caso, colocando em risco o resultado do processo.

Esses dois casos em tela retratam bem o comportamento da maioria dos profissionais do direito e da medicina. Que não seguem os preceitos éticos da profissão e, por conseguinte, macula todos os demais.

No que tange ao primeiro caso, ou seja, o atendimento do médico depois de terminada a jornada de trabalho, como descreve Gustavo Korte,

Há, portanto, dentro da ideia de profissão, algo mais, que excede a vontade individual, a aprendizagem e a capacitação. Observo que há uma exigência social, condicionando o profissional a exercê-la segundo padrões mínimos que a coletividade espera e exige. Tais requisitos são definidos pelos usos, costumes, tradições e conhecimentos, tendo em vista os objetivos peculiares de cada profissão. (p. 155)

Ainda nessa esteira, o citado autor descreve que, assim é tradição que os médicos, dentistas e profissionais afins atendam urgências ou emergências médicas a qualquer hora do dia ou da noite. Afinal de contas, quando o indivíduo ingressa na vida profissional, ele aceita estes requisitos e não pode esquivar-se. (p. 155)

Com relação ao segundo caso, isto é, a conduta do advogado, trataremos desse assunto em tópico específico mais adiante.

Mas o que é profissão? E qual a diferença entre profissão, ofício e exercício profissional?

Recorremos mais uma vez a doutrina de Gustavo Korte, para explicar o conceito de profissão. Para esse autor, as ideias contidas na palavra profissão nos reportam ao vocábulo latino *professione*, que está sempre ligado a um ritual de trabalho, contínuo, habitual e remunerado,

e à ideia do livre arbítrio, segundo o qual o profissional tem o livre arbítrio de optar pelo que lhe parece melhor, em função dos conhecimentos.(p. 151)

Destarte, aceitamos como profissional aquele indivíduo que adquiriu os saberes indispensáveis para a área em que vai exercer suas atividades e será remunerado por essa.

Para Lucas Naif, a ética profissional é o prolongamento e complemento do direito profissional, assegurando, via de consequência, o exercício regular da profissão, a honra da profissão e as obrigações em geral, dentre outras. (p. 73)

No que diz respeito as diferenças entre profissão, ofício e exercício profissional, poderíamos atribuir as seguintes características para tal distinção: a profissão exige conhecimento técnico, livre arbítrio, remuneração, juramento público, exemplo, o advogado e o médico; o ofício está relacionado a questões culturais e a tradição, exemplo, artesãos, pedreiros, ferreiros e carpinteiro; o exercício profissional é atividade sem remuneração.

Diante dessas considerações, podemos adentrar na ética dos profissionais do direito, como por exemplo, a ética do magistrado, a ética do promotor de justiça e a ética do advogado.

Afinal de contas, quando se trata desses profissionais a cobrança é bem maior por parte da sociedade. Uma vez que se espera sempre mais desses profissionais.

#### 4 DA ÉTICA DO MAGISTRADO

É incontestável a importância do magistério para conformação e solução da lide na sociedade. Deve-se entender por lide, o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, que é levado ao judiciário, como nos ensinou Carnellute. As crises jurídicas, como a doutrina tem chamado, vem se tornando um fardo muito pesado para o Estado. Uma vez que o judiciário encontra-se abarrotado de demandas e, o andamento dos processos tem se tornando um martírio para as partes que compõem a lide.

O aumento do número de demandas associada a falta de estruturas físicas e humanas dos tribunais e, certamente, uma parcela de juizes despreparados, tem feito a sociedade perder a confiança e a credibilidade no judiciário. Recordo-me dos ensinamentos de Franz Kafka, em sua obra *O Processo*, que já tratava dessa falta de estrutura nos tribunais e da morosidade no andamento dos processos. Chegando a afirmar que o processo era algo inacabado. Pois se arrastava ao longo do tempo.

Destarte, cria-se na população um sentimento de descrédito e revolta perante a justiça brasileira e, certamente, para com os magistrados que acabam sendo alvo de muitas críticas também.

Lucas Naif descreve alguns dos requisitos éticos exigidos na magistratura. São eles: a imparcialidade, a probidade, a isenção, a independência, a vocação, a responsabilidade, a moderação, a coragem, a humildade, dentre outros. (p. 75)

Relata ainda esse autor que, os juizes, na qualidade de integrantes do Poder Judiciário, são agentes políticos condutores da

atividade jurisdicional e membros da sociedade, que assumem deveres éticos e morais de extensão maior que os cidadãos comuns. (p. 76)

O jurista francês, Antoine Garapon, relata que numa conjuntura atual, o papel de guardião da moral pública cabe, hoje, aos juristas e, especialmente, aos juízes, que passaram a representar, claramente, a consciência moral da vida social, política e econômica.

No Brasil, as normas referentes á ética profissional do juiz, vem disciplinadas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), através da Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979.

Esta lei trás alguns dispositivos que se faz mister a transcrição, para uma melhor compreensão do assunto em tela, como por exemplo, os artigos 35 e 36, que tratam da disciplina do judiciário: os deveres dos magistrados e as vedações que são impostas aos mesmos.

Art. 35 – São deveres do Magistrado:

I – Cumprir e fazer cumprir, com independência, com serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício;

II – Não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar;

III – Determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais;

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem a qualquer momento, quando se

trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência;

V - residir na sede da Comarca salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado;

VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou a sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término;

VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes;

VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

Art. 36 - É vedado ao magistrado:

I - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, exceto como acionista ou quotista;

II - exercer cargo de direção ou técnico de sociedade civil, associação ou fundação, de qualquer natureza ou finalidade, salvo de associação de classe, e sem remuneração;

III - manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos

judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério.

Outro dever indispensável incumbido aos magistrados é o domínio da técnica jurídica. Boa técnica não se refere apenas a aplicação da lei, propriamente dita, mas em buscar outras fontes ou meios externos, que assegure o direito da prestação jurisdicional com eficiência. Durante muito tempo os juízes estiveram presos à aplicação da lei, ou seja, como pontifica Garapon, citando Montesquieu, o juiz deveria ser apenas a boca da lei. Todavia, Como descreve Lucas Naif, o excesso de tecnicismo e o preço do formalismo exacerbado são características dos juízes burocratas e despreparados para o exercício de sua nobre e magnífica profissão. (p. 76)

Um bom juiz num contexto atual, não basta somente saber o direito, mas deve possuir outros conhecimentos, como narra Lucas Naif, para que o juiz tenha excelência pessoal, é necessário que seja historiador, filósofo, economista, sociólogo etc., porque o direito, na verdade, é ciência universal, por excelência.

Para Lucas Naif, o verdadeiro magistrado é o que tem a plena consciência de seu papel social, de mediador de conflitos á equidade na distribuição entre os homens. É servir e não servido.

Portanto, o papel do juiz numa conjuntura atual é de resguardar e zelar pelos interesses da sociedade e, fazer valer os preceitos e garantias constitucionais. Daí porque Antoini Garapon descreve o juiz não só como o guardião das promessas realizadas pelo legislador, mas também deve ser legislador. Deve buscar solucionar os

conflitos interesses por meio de conciliação e outros que reduzam os desgastes para com as partes.

## 5 DA ÉTICA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA

O legislador constituinte originário de 1988 trouxe capítulo próprio para tratar do Ministério Público. Sendo que o art. 127, da Constituição Federal reza: o Ministério público é instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Um dos principais deveres do promotor de justiça é zelar pelo cumprimento dos mandamentos constitucionais.

Por outro lado, os promotores de justiça ainda dispõem de Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8625/1993), a qual trás algumas regras de deontologia jurídica. Principalmente, os artigos 43 e 44, que mencionam os deveres e vedações dos membros do Ministério Público.

Vale ainda ressaltar que boa parte do que foi mencionado aos deveres e vedações dos Magistrados também se aplica aos membros do Ministério Público.

Como já abordado acima, o art. 43 em seus incisos vai trazer os deveres dos membros do Ministério Público.

Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei:

I - manter ilibada conduta pública e particular;



II - zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções;

III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal;

IV - obedecer aos prazos processuais;

V - assistir aos atos judiciais, quando obrigatória ou conveniente a sua presença;

VI - desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções;

VII - declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei;

VIII - adotar, nos limites de suas atribuições, as providências cabíveis em face da irregularidade de que tenha conhecimento ou que ocorra nos serviços a seu cargo;

IX - tratar com urbanidade as partes, testemunhas, funcionários e auxiliares da Justiça;

X - residir, se titular, na respectiva Comarca;

XI - prestar informações solicitadas pelos órgãos da instituição;

XII - identificar-se em suas manifestações funcionais;

XIII - atender aos interessados, a qualquer momento, nos casos urgentes;

XIV - acatar, no plano administrativo, as decisões dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público.

Outro artigo importante da supracitada lei é 44, que vai tratar das vedações impostas aos membros do Ministério Público. O qual se faz mister a transcrição para melhor entendimento.

Art. 44. Aos membros do Ministério Público se aplicam as seguintes vedações:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

II - exercer advocacia;

III - exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, exceto como cotista ou acionista;

IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de Magistério;

V - exercer atividade político-partidária, ressalvada a filiação e as exceções previstas em lei.

Vale ainda mencionar que o Ministério Público tem papel fundamental na proteção dos direitos e garantias fundamentais indisponíveis e coletivos, inclusive podendo usar do instrumento da Ação Civil Pública. Quando perceber lesão a tais direitos.

## 6 DA ÉTICA DO ADVOGADO

O legislador constituinte originário de 1988 trouxe no artigo 133 a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Para Lucas Naif, o advogado é o depositário e legítimo interprete da lei. É o único profissional capaz, com suas palavras escritas e oral, de eficazmente auxiliar a aplicação oportuna e efetiva da lei. (p. 74)

Existem dois requisitos indispensáveis para o indivíduo exercer a advocacia: os requisitos legais e os requisitos pessoais. Os requisitos legais decorrem da própria lei, teríamos como exemplo, o diploma de graduação em direito e a aprovação no exame de ordem dos advogados. Já no que tange aos requisitos pessoais, esses seriam atributos pessoais do advogado, que não tem previsão legal. É neste último que entramos na seara da moral e da ética. Como por exemplo, o advogado deve ter boa técnica jurídica e amor à profissão.

No nosso país, a regulamentação da advocacia encontra-se na Lei nº 8906/1994 (Estatuto da Advocacia e a ordem dos advogados do Brasil), e no Código de Ética e disciplina elaborado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Também é possível encontrar regras de conteúdo ético no Código de Processo civil.

Neste capítulo nos prenderemos mais na Lei 8906/94, abordando alguns artigos de cunho ético e que, certamente, devem ser seguidos por parte dos advogados.

A lei supracitada trata no artigo 31 da ética do advogado, descrevendo que o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

Recordo-me a pergunta sobre o advogado que milita na esfera penal e aceita uma demanda trabalhista sem ter a devida técnica jurídica para dar andamento e acompanhar o processo, colocando em risco o resultado do processo. Estaria este agindo com ética?

Bom! Acredito que vai depender do resultado. Se por ventura esse cliente não sofrer nenhum dano por conta dessa deficiência técnica do advogado, acredito não haver infração. Contudo, se houve perda da causa por negligencia do advogado, que se aventurou por uma área que não tinha domínio, neste caso poderíamos falar em falta de ética. Criando inclusive a possibilidade da responsabilidade civil do advogado.

Embora a responsabilidade do advogado seja subjetiva, ou seja, vai depender da culpa ou dolo, será responsabilizado quando faltar com as diligencias necessárias para o bom andamento do processo. E o que vem prevalecendo nas decisões dos nossos tribunais superiores, como relata Sergio Cavalieri Filho, no Resp. nº 1.190. 180, o Relator Ministro Luis Felipe Salomão, a quarta turma do STJ aplicou com maestria a teoria da perda de uma chance em relação ao advogado.

RESPONSABILIDADE CIVIL. ADVOCACIA. PERDA DO PRAZO PARA CONTESTAR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS FORMULADA PELO CLIENTE EM FACE DO PATRONO. PREJUÍZO MATERIAL

PLENAMENTE INDIVIDUALIZADO NA INICIAL.  
APLICAÇÃO DA TEORIA DA PERDA DE UMA CHACE.  
CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. JULGAMENTO  
EXTRA PETITA RECONHECIDO.

Neste contexto, percebe-se que a atividade profissional do advogado não se restringe somente a observância do Código de Ética dos advogados, mas a própria legislação processual civil. Poderíamos trazer como exemplo, a proibição dos recursos meramente protelatórios e a própria litigância de má-fé.

Outra questão muito tormentosa no meio da advocacia é no que se refere aos honorários advocatícios. Seria ético o advogado arbitrar em 50% do valor da causa a cobrança de seus honorários?

Para Robison Baroni, o percentual de 50% do valor da causa ou do proveito auferido pelo cliente está situado dentro do risco abrangido pela denominada cláusula quota litis. Esse tipo de cláusula é muito comum nos contratos entre advogado e cliente, que possibilita o recebimento dos honorários no final do processo. Sendo que o advogado deve assumir as despesas do processo e o próprio risco do resultado.

Todavia, não concordamos com esse posicionamento, uma vez que o advogado estaria mais para sócio do cliente, do que propriamente advogado. Vale ainda ressaltar que a Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Estado da Bahia, através da Resolução nº 17/03-CP, recomenda a cobrança de 20% do valor da causa, o que de certa forma parece ser mais razoável.

Art. 2º A tabela de honorários advocatícios é a seguinte:

1. Procedimentos contenciosos em geral e outros que tomem essa feição, quando não previstos em disposições especiais da Tabela: 20% (vinte por cento) sobre o valor real da causa, ou sobre o proveito efetivo que advier ao cliente, se superior àquele, caso não haja disposição especial na Tabela.

Outras questões de grande relevância de conteúdo ético é no que diz respeito a captação de clientes e angariação de causas. Robison Baroni trás as formas mais comuns de captação de cliente: mala direta, cartas digitadas a terceiro, orientação jurídica – nome do advogado, circulares, indicação de colegas para consulta, nome em boletins escolares, nomes nas portas laterais de veículos, várias especialidades, excesso no conteúdo da publicidade, anuncio de liberação de valores, fornecimento de textos legais com nome, publicidade de atos procedimentais, atos de sugestão, titulo “advogado da família”, apresentação de folders, entre outros. (2001, p. 96 e 97)

Baroni ainda indaga se é vedado ao advogado atender sem compromisso. Atender sem compromisso é abrir-se a quem quer que procure o advogado, ensejando possibilidade para que essa faça a sua própria seleção de cliente. Trata-se de uma forma de insinuação, logo de captação de clientes. (2001, p. 100)

Ocorre que por conta do grande número de bacharéis em direito que são despejados pelas faculdades no mercado todos os anos,

muitos tendo pouca técnica, conseqüentemente, boa parte destes se tornam advogados. Dessarte, com pouca experiência e sem nome no mercado são obrigados a colocar os seus serviços a preço vil e usar de meios não éticos para angariar causas. É uma forma de tentar driblar a concorrência e sobreviver no mercado tão competitivo e cruel.

Relembro-me dos ensinamentos de Graciliano Ramos, em sua obra *Angustia*, quando descreve que as pessoas com poucos recursos financeiros têm que se contentar com advogado inexperiente e desastrado para conduzir o processo.

O bom seria se ao sair da faculdade o operador do direito dominasse pelo menos uma das áreas do direito.

É por fim, Como deve ser a propaganda do advogado. Recorremos mais uma vez a doutrina de Robison Baroni, levando em consideração que a advocacia tem um papel relevante na administração da justiça, o Código de Ética recomenda expressamente a moderação, porque à prática da advocacia não se compatibiliza com atividades que produzam ou vendam bens ou mercantilizem serviços. (2001, p.143)

Neste diapasão, o advogado ao anunciar seus serviços fica restrito: ao seu nome completo, ao número de inscrição e a menção dos títulos adquiridos por universidade ou instituição de ensino superior.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi estudado e relatado nesse trabalho, chegamos à conclusão que a observância de preceitos éticos é imprescindível para boa convivência social.

Devemos possuir um mínimo ético e cultivar valores indispensáveis a boa convivência tais como o respeito, o compromisso, a lealdade, a confiança e a honestidade. Lembrando que os interesses coletivos devem prevalecer sobre os interesses individuais.

No que tange aos operadores do direito, que representam o poder judiciário, a cobrança deve ser ainda maior. Haja vista que já contamos com o Poder Executivo e Legislativo corrupto e sem credibilidade. O poder judiciário deve trazer esse equilíbrio entre os poderes. Como o próprio Montesquieu pontificou na sua teoria dos freios e contrapesos, só o poder pode frear poder.

Por outro lado, o operador do direito não pode apenas se prender aos conhecimentos técnicos jurídicos, se faz mister buscar conhecimentos na história, na sociologia, na filosofia, na psicologia, entre outros ramos do conhecimento.

Outro aspecto importante que deve ser analisado, é que devemos estimular a capacidade conciliatória dos profissionais do direito. Evitar na medida do possível litigiosidade agressiva, que já é tão presente na sociedade brasileira.

Por fim, quanto mais os operadores do direito se portam com preceitos éticos, maior será a sua credibilidade e respeito perante a sociedade.

#### REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce. Vade Mecum: Acadêmico de Direito: Constituição Federal. São Paulo: Ridel, 2010.



\_\_\_\_\_. Vade Mecum. Acadêmico de Direito: Lei nº 8325, de 12 de fevereiro de 1993.

\_\_\_\_\_. Vade Mecum. Acadêmico de Direito: Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994.

ARISTÓTELES. A Ética a Nicômaco. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BARBOSA, Rui. Disponível em: [http://pensador.uol.com.br/frases\\_de\\_rui\\_barbosa/](http://pensador.uol.com.br/frases_de_rui_barbosa/) acesso em: 26 de maio de 2014.

BOFF, Leonardo. Ética e Moral: a busca dos fundamentos. 8º Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

BARONI, Robison. Cartilha de Ética Profissional do Advogado. 4º. – São Paulo: LTr, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CORTELLA, Mario Sergio. Qual é a sua Obra? Inquietações propositivas sobre gestão , liderança e ética. 6. Ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Lide> acesso em 26 de maio de 2014.

CALURI, Lucas Naif. Ética Profissional e Processual. Caderno de Direito, Piracicaba 6(11): 71-81 jul./dez. 2006

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. –ed. 10ª. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Antônio Pereira. Bíblia Sagrada: O Antigo e o Novo Testamento. São Paulo: editora. Novo Brasil, 1987.

KAFKA, Franz. O Processo. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2011.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)> acesso em 27 de maio de 2014.

RAMOS, Graciliano. Angustia. Rio de Janeiro: Record, 2010.

RESOLUÇÃO CP N° 17/03. Tabela de Honorários. Disponível em: <<http://www.oab-ba.org.br/advogado/legislacao-especifica/tabela-honorarios/>> acesso em 27 de maio de 2014.

ULPIANUS, Eneo Domitius. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ulpiano>> acesso em 26 de maio de 2014.

## AS VÁRIAS FACES DA CONTESTAÇÃO DE PATERNIDADE

**RAISSA DOS SANTOS SILVA:** Estudante de Direito.

**RESUMO:** O Direito à Identidade Genética está assegurado em nosso Ordenamento Jurídico, visto que está intimamente ligado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto em nossa Constituição Federal. O reconhecimento da paternidade envolve uma diversidade de valores, que vão além da identidade genética, pois se refletem em questões peculiares que nos tornam indivíduos únicos no teatro da vida.

**Palavras-Chave:** Paternidade, Contestação, Aspectos Psicológicos.

---

### INTRODUÇÃO

O Presente artigo busca defender a tese de que a Contestação da Paternidade feita pelo indivíduo (pai ou mãe) poderá acarretar sérios danos à formação da personalidade da criança.

### FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 226 consagra a Família como a “Base da Sociedade”, tendo especial proteção do Estado.

A Filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais, e sob o ponto de vista ascendente, traduz-se em Maternidade e Paternidade. Esta filiação é aceita em nosso Ordenamento Jurídico sob dois aspectos: Pela presunção legal, decorrente do Casamento ou pelo Reconhecimento, decorrente de filhos havidos fora dele. O reconhecimento pode se dar de duas formas:

- a) Voluntária: Ocorre quando a pessoa espontaneamente assume a paternidade.
- b) Judicial: Ocorre por meio da Ação de Investigação de Paternidade, proposta pelo menor ou pelo Ministério Público.

A nossa atual legislação permite ao pai contestar a qualquer tempo a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, através da Ação Negatória de Paternidade, prevista no artigo 1601 do Código Civil, transcrito abaixo:

*“Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”*

A Presunção da Paternidade ocorre nos casos de filhos concebidos na constância do casamento, ou seja, presume-se que os filhos da mulher casada são de seu marido. Essa presunção tem por objetivo: garantir a segurança e a paz familiar, evitando *“que se atribua prole adulterina à mulher casada e se introduza, desnecessariamente, na vida familiar, o receio da imputação de infidelidade”*. [1]

O Código Civil traz que, mesmo que a mulher confesse que traiu seu marido ou que o filho não é de seu esposo, a presunção não se afasta, devendo ser comprovada judicialmente por meio do ajuizamento de Ação negatória de Paternidade.

*Art. 1.600: “Não basta o adultério da mulher, ainda que confessado, para ilidir a presunção da paternidade.”*

Art. 1.602: “*Não basta a confissão materna para excluir a paternidade.*”

## **DA INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

Tudo teve início com os estudos acerca da genética e hereditariedade com Gregor Mendel, em 1856. Os avanços que se seguiram foram surpreendentes, e conseguiram colocar em discussão as presunções legais acerca da paternidade.

As grandes descobertas científicas no campo da genética trouxeram questões que se tornaram desafios para o Direito, pois o Direito é a ciência que disciplina as condutas que envolvem as relações interpessoais na sociedade, por meio da criação e imposição de normas.

Investigar a paternidade vai além do âmbito genético ou de laços afetivos, pois o Pai tem o direito de saber verdadeiramente sua história e eliminar as suas possíveis dúvidas, enquanto o descendente possui o direito de ter sua origem estabelecida.

A Prova da Filiação nas ações de investigação de paternidade, até bem pouco tempo, se dava por meio de depoimentos de testemunhas escritos do suposto pai, depoimento pessoal, presunção e indícios, além de alguns exames periciais. O exame hematológico era mais confiável, embora não se pudesse afirmar com certeza absoluta a paternidade, logo, esta poderia ser refutada. Os sistemas adotados eram o ABO, RH.

A lei 8.560 regula a investigação de Paternidade e poderá ser realizada por meio do exame de DNA.

## **A PROVA**

O Direito é Fato e Prova, logo, o exame de DNA se tornou o mais utilizado para comprovar ou refutar o que foi dito na ação. Geralmente os testes de paternidade são feitos através da análise do DNA encontrado nas amostras de sangue dos supostos pai e filho. Mas a análise também pode ser feita através de outros tipos de materiais biológicos como saliva ou fio de cabelo.

O teste baseia-se na comparação entre os genes que compõem o DNA. O grau de coincidência deve ser total, se não for, a legitimidade paterna é excluída. Se todos os genes coincidirem, então afirma-se que o suposto pai é verdadeiro com grau de certeza acima de 99,99%.

Em ação de investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade, previstas nos artigos abaixo:

*"Art. 231. Aquele que se nega a submeter-se a exame médico necessário não poderá aproveitar-se de sua recusa."*

*" Art. 2º. A Lei nº 8.560.*

*Parágrafo Único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório.*

## **DO PRAZO PARA AJUIZAMENTO DO PEDIDO**

Existem 3 correntes doutrinárias que versam acerca deste assunto.

a) A primeira, mais conservadora afirma que o prazo para ajuizamento da ação deve se dar em um período bem reduzido: 2 meses

a partir do nascimento, se o marido era presente ou 3 meses, se estava ausente.

b) A segunda corrente entende que o prazo deverá fluir a partir do momento em que o marido tiver conhecimento de que o filho do qual a paternidade contesta não é seu.

c) A terceira, que está em ascensão afirma que não existem prazos aplicáveis para a contestação da paternidade.

Defenderei neste artigo a hipótese de que a Contestação da Paternidade deverá ser feita o quanto antes, posto que poderá acarretar riscos ao desenvolvimento psicológico da criança/adolescente.

### **FORMAÇÃO DA PERSONALIDADE**

Para a Psicologia a Personalidade é o conjunto de características psicológicas que afetam a maneira com que o indivíduo interage com o ambiente, moldada desde a concepção e sendo construída pelas situações que o indivíduo enfrenta. Tudo que ocorre na vida de uma pessoa influencia as características de sua personalidade.

Os primeiros anos de vida são fundamentais para a formação da personalidade do indivíduo, pois nessa fase ocorre em grande intensidade a relação com os pais e com o meio.

Dessa maneira, qualquer falha nesta relação poderá causar graves consequências na formação da pessoa.

Segundo Freud, a experiência da infância tem uma forte influência sobre a personalidade adulta. “O desenvolvimento da personalidade envolve uma série de conflitos entre o indivíduo ” (CLONINGER, 1999, p. 55).

Pode-se concluir então que cada situação conflitante que o indivíduo irá passar na sua vida refletirá em seu comportamento posteriormente.

Freud acreditava que a personalidade estaria essencialmente formada por volta dos 5-7 anos de idade, quando o indivíduo possivelmente já desenvolveu as estratégias fundamentais para a expressão dos seus impulsos, estratégias essas que estabelecem o núcleo da personalidade.

A Família é tida como a Base da Sociedade sendo formada por um casal unido por matrimônio ou união estável; os filhos que vierem a existir compõem uma família nuclear ou elementar. A família é unida por múltiplos laços capazes de manter os membros moralmente, materialmente e reciprocamente durante uma vida e durante as gerações.

As brigas entre casais afetam a relação destes com seus filhos e vice-versa, as discussões diante dos filhos podem marcá-los para sempre. Para Lidia Weber, professora e pesquisadora da UFPR, pós-doutora em desenvolvimento familiar, "Não basta ter ótimas práticas educativas. Os pais também devem ter bom relacionamento entre eles".

As discussões acerca da Paternidade geram problemas ao desenvolvimento da criança, pois crescer em ambiente turbulento e duvidoso gera insegurança e instabilidade emocional para eles, podendo gerar sinais de Depressão e Ansiedade.



Segundo Lidia, quanto mais os pais brigam entre si, mais a criança tem tendência de apresentar comportamentos denominados anti-sociais (brigar, mentir, praticar bullying, gritar etc.)

Das 3 correntes apresentadas acima acerca do prazo para ajuizamento da ação, a que melhor se encaixa para evitar esses futuros problemas é a primeira, que defende a ideia de que a Contestação seja feita em um período curto após o nascimento, posto que o bebê não possui discernimento para entender e lembrar futuramente dos fatos que ocorreram à sua volta e que correspondem à sua História.

São inúmeras as situações que podem levar à contestação da paternidade, abaixo encontram-se as mais graves e populares em nosso País:

- Disputas Judiciais envolvendo Jovens solteiros e suas "namoradas".
- Homens casados e suas amantes.
- Homens "amigados" que contestam ou se negam a registrar seus recém-nascidos.
- Ex-maridos que querem evitar pagar a pensão alimentícia prevista na lei 5.478/68

Todos estes casos apontam para um caráter eminentemente social desvalorizando o aspecto biológico, o sentimento paterno é deixado de lado e perde força para o valor econômico. O sentido de Família atualmente é algo confuso, a união familiar vem se acabando e tornando as pessoas estranhas embaixo do 'mesmo teto', quando não, o dinheiro as faz inimigas.

Como diria Walt Disney, *“Um homem nunca deve negligenciar a sua família pelos negócios”*, ou seja, negar a existência de um filho devido fatores econômicos não é uma atitude digna para um pai.

Há homens que, por não ter afinidades com a mulher, rejeitam qualquer relação com o filho, esse conflito de interesses se dá na relação que o homem tem com a Mãe da criança, sendo assim, a criança não pode sofrer os danos de uma disputa da qual não iniciou por seu dolo, e não pode ser vítima de algo que está além de sua vontade.

A evolução da tecnologia trouxe grandes avanços e gerou inúmeros benefícios, mas também exacerbou as dúvidas masculinas quanto à paternidade. Pois, se, por um lado, o teste pode ser usado para firmar um laço de parentesco, por outro lado, pode ser usado para negar laços já existentes. Isto é, pode servir tanto na investigação quanto na contestação da paternidade.

É importante que retomemos os valores que envolvem e norteiam o conceito de Família, pois esta é uma instituição sagrada da qual os indivíduos são unidos não por laços consanguíneos, mas pelo desejo de estarem juntos e compartilharem os mesmos sentimentos.

*"A verdadeira família é aquela unida pelo espírito e não pelo sangue."*Luiz Gasparetto

Uma prova deste fato é que existem homens (em particular padrastos) que assumem o status paterno, mesmo sabendo que não existe fundamento biológico nenhum para essa relação. Ao que tudo indica, a biologia nunca foi o *sine qua non* da paternidade.

## REFERÊNCIAS

**NOTAS:**

[1] Silvio Rodrigues. Direito Civil. v. 6. 28 edi o – 2004. Editora Saraiva.

COUTO, Hemerson Gomes. **A o Negatória de Paternidade**. Disponível em: <<http://www.hgcoutoconsultoria.com.br/direito-em-foco/a%C3%A7%C3%A3o-negat%C3%B3ria-de-paternidade>>. Acesso em: 31/10/2014.

**NOGUEIRA, Fernanda**. A Forma o da Personalidade da Criança. Disponível em: <<http://www.psicobh.com.br/index.php/psicoterapia-infantil/a-formacao-da-personalidade-da-crianca/>>. Acesso em: 02/11/2014.

**OLIVEIRA, Elaine Cristina de Araújo**. A o de investiga o de paternidade e a o de investiga o de ascendência genética: aspectos materiais e processuais. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo\\_id=11622&n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura](http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=11622&n_link=revista_artigos_leitura)>. Acesso em: 02/11/2014.

PARAGUASSU, Lisandra. **Contesta o de Paternidade a qualquer tempo passa na CNJ**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,contestacao-de-paternidade-a-qualquer-tempo-passa-na-ccj,1104255>>. Acesso em: 04/11/2014

**REIS, Roberto Henrique dos.** Ação Negatória de Paternidade. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2593/acao-negatoria-de-paternidade>>. Acesso em: 31/10/2014.

**RODE, Renata.** Brigas dos pais afetam os relacionamentos dos filhos até a vida adulta. Disponível em: <<http://mulher.uol.com.br/comportamento/noticias/redacao/2011/04/03/brigas-dos-pais-afetam-os-relacionamentos-dos-filhos-ate-a-vida-adulta.htm>>. Acesso em: 02/11/2014.

**DECRETO Nº 8.426/2015 - PIS/COFINS SOBRE RECEITAS FINANCEIRAS**

VICTOR HUGO MARCÃO CRESPO:  
Bacharel em Direito pela FGV em São Paulo.  
Advogado de Contencioso Tributário no BMA  
- Barbosa, Mussnich Aragão.

LETÍCIA PELISSON SENNA: pós-graduada  
em direito tributário pela PUC/SP. Advogada  
do Barbosa, Mussnich Aragão

---

**INTRODUÇÃO**

Em consonância com as medidas de ajuste fiscal iniciadas pelo Governo Federal em 2015, a recente promulgação do Decreto 8.426/15 reestabeleceu a incidência parcial das contribuições sociais do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras para os contribuintes optantes pela sistemática não cumulativa (Lei 10.637/02 e Lei 10.833/03).

O Decreto 5.442/05, o qual foi expressamente revogado pelo Decreto 8.246/15, até então estava em vigor e previa a isenção de PIS/COFINS sobre as receitas financeiras destes contribuintes. À época, essa redução foi vista pelo Governo e pela Receita Federal como contrapartida à extinção da possibilidade de apuração de créditos em relação às despesas financeiras decorrentes de empréstimos e financiamentos.

O aumento das alíquotas das contribuições sociais incidentes sobre as receitas financeiras foi, respectivamente, de 0,65% para o PIS e 4% para a COFINS e passa a valer a partir de 1º de julho de 2015, em

observância ao princípio da anterioridade nonagesimal (art. 150, III, “c” da Constituição Federal).

A estimativa é de que cerca de 80 mil empresas sejam afetadas pela nova regra, a partir das quais o Governo Federal espera um aumento na arrecadação em torno de R\$ 2,7 bilhões de reais.

Ocorre, no entanto, que a promulgação do Decreto traz à tona algumas controvérsias jurídicas relevantes, tais como: (a) a (i)legalidade do aumento da alíquota das contribuições por meio de Decreto; (b) a (im)possibilidade de delegação de competência tributária ao Poder Executivo.

O presente artigo tem como objetivo oferecer algumas impressões acerca de ambas as questões supracitadas.

## **2. DA (I)LEGALIDADE DO AUMENTO DA ALÍQUOTA DAS CONTRIBUIÇÕES POR MEIO DE DECRETO**

A primeira controvérsia que pode surgir é a de se um decreto do Poder Executivo tem legitimidade para aumentar a alíquota das contribuições sociais, tendo em vista o princípio da estrita legalidade/tipicidade em matéria tributária.

Como se sabe, é nuclear no sistema constitucional o princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer algo senão em virtude de lei (art. 5, II – CF/88). Em matéria tributária, prevê o art. 150, inciso I como garantia ao Contribuinte que os entes federativos não poderão exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.<sup>[1]</sup>

Não fosse suficiente, a própria definição de tributo prevista no Código Tributário Nacional (art. 3) denota tratar-se de prestação pecuniária compulsória instituída em lei.

É possível perceber, portanto, a importância que o constituinte e o legislador pátrio outorgaram ao princípio da legalidade. E faz sentido que assim seja: afinal, o contribuinte não pode ficar à mercê do arbítrio arrecadatário estatal, sob pena de uma situação de insegurança jurídica contínua e insustentável.

Daí a garantia de que a eventual instituição ou majoração tributária será, como regra geral, submetida necessariamente à apreciação do Congresso Nacional, que é a representação política do povo brasileiro.

É verdade que o próprio constituinte reconheceu que o primado da legalidade merece algumas exceções. Tratam-se dos tributos de natureza regulatória e extrafiscal, os quais têm por objeto não a simples arrecadação, mas a intervenção pontual de forma a estimular ou desestimular certos setores e dadas relações econômicas.

Para essas situações, a morosidade da aprovação legislativa poderia se mostrar um grande obstáculo a inviabilizar em definitivo a efetividade dos ajustes momentâneos que venham a ser exigidos.

Reconhecendo essa situação peculiar, o constituinte outorgou ao Poder Executivo, em caráter excepcional, a competência para alterar as alíquotas dos tributos que se enquadrem na referida natureza regulatória/extrafiscal (art. 153, §1). É o caso do Imposto de Importação, Imposto de Exportação, o Imposto de Produtos Industrializados (IPI) e o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF). Para estes tributos, e somente estes, o constituinte expressamente dispensou a necessária garantia de estrita legalidade.

Como se vê, o constituinte optou por listar taxativamente as hipóteses em que admitiu o afastamento da legalidade tributária. É dizer

que, inexistindo expressa previsão na Constituição Federal que dispense a garantia da legalidade, há de prevalecer a regra geral da estrita tipicidade em matéria tributária.

Nesse contexto, há de se observar que a Constituição Federal em momento algum dispensa a exigência de lei quando o assunto são as contribuições. O art. 153, §1º não enumera as contribuições na lista excepcional. Tampouco o Código Tributário Nacional faz essa exceção (art. 97, II). Aliás, a própria Constituição Federal exigiu que o exercício da competência da União no que tange às contribuições deve observar o princípio da legalidade, seja no art. 149 (contribuições em geral), seja no art. 195 (contribuições sociais).<sup>[2]</sup>

Nesse sentido, entendemos que não há autorização constitucional nem legal para que o Poder Executivo aumente, por decreto, as alíquotas das contribuições para o PIS e para a COFINS, em observância ao princípio da estrita legalidade em matéria tributária.

Há, porém, um ponto sustentado pela Receita Federal a ser considerado.

É que a Lei 10.865/04 (art. 27, §2) autorizou o Poder Executivo a reduzir e restabelecer a incidência de PIS/COFINS sobre as receitas financeiras até os percentuais originais (1,65% do PIS e 7,60% da COFINS). Dessa forma, havendo permissivo legal, então não há que se falar em violação à legalidade por parte do Decreto 8.426/2015.

Ocorre, no entanto, que esse permissivo legal é inconstitucional e ilegal, na medida em que viola o princípio da separação de poderes (art. 2, CF/88), a rígida competência em matéria tributária e o mandamento legal



que prevê a indelegabilidade do exercício da competência tributária (art. 7, CTN).

É o que demonstrará no próximo tópico.

### **3. DA (IM)POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA AO PODER EXECUTIVO**

O princípio da separação de poderes tem como principal objetivo evitar que o poder se concentre nas mãos dos mesmos entes, de forma que a evitar abusos e arbítrios. A fórmula de separação de poderes consagrada na Constituição Federal é a da tripartição do poder entre a função executiva, legislativa e judiciária.

Em regra, é ao Poder Legislativo que caberá a função de legislar. As eventuais exceções estão expressamente previstas na Constituição Federal, não se admitindo que o legislador infraconstitucional amplie tais possibilidades.

Vale lembrar que, em matéria tributária, a Constituição Federal estabeleceu expressamente a competência do Congresso Nacional para legislar sobre sistema tributário (art. 48, I). Não só, a própria Carta fez uma divisão rígida das competências tributária, vedando qualquer forma de delegação que fuja às regras ali previstas.

No que tange às contribuições, o exercício da competência tributária, isto é, da previsão dos elementos da hipótese de incidência (fato gerador, contribuinte, aspecto temporal e espacial, base de cálculo e alíquota) é de exclusividade da União (art. 149, 195). E, em virtude do princípio da separação de poderes, há de ser dito que o ente competente para a instituição e majoração das contribuições é o poder legislativo federal.

À exceção das expressas hipóteses previstas na Constituição (art. 153, §1), não se admite a delegação do exercício da competência tributária ao Poder Executivo Federal ou a qualquer outro ente federativo.

Além da previsão constitucional, o CTN também reforça a ideia de rígida divisão de competência em matéria tributária, prevendo a impossibilidade de sua delegação (art. 7).

Conforme já sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal[3], o “exercício de competência tributária” significa a previsão de todos os elementos da hipótese de incidência do tributo: fato gerador, contribuinte, aspecto temporal e espacial, base de cálculo e **alíquota**.

Isso significa que a alíquota, enquanto integrante da hipótese incidência tributária, não pode ser objeto de delegação por parte do ente competente para a instituição e/ou majoração do tributo.

Nesse sentido, entendemos que a delegação genérica feita pela Lei 10.865/04 ao Poder Executivo para majorar as alíquotas de PIS/COFINS incidentes sobre as receitas financeiras mostra-se ilegal e inconstitucional. Inconstitucional, pois viola o princípio da separação de poderes e da rígida competência em matéria tributária. Ilegal, porque maltrata a previsão do CTN que veda a delegação do exercício dos elementos da hipótese de incidência da competência tributária.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade consignar a impossibilidade de delegação ao Poder Executivo para estabelecer elementos da hipótese de incidência tributária, dentre os quais está a “alíquota”. Outro não é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Nesses termos, a conclusão é a de que a majoração de alíquota de PIS/COFINS promovida pelo Decreto 8.246/15 padece de vícios graves de legalidade e constitucionalidade, abrindo margem à discussão por parte das empresas que venham a ser afetadas.

#### 4. DAS CONCLUSÕES

Pelo exposto, no que tange à majoração das alíquotas de PIS e COFINS incidentes sobre as receitas financeiras por meio do Decreto 8.246/15, a reflexão feita é no sentido de que existem elementos consistentes a sustentar uma eventual discussão no âmbito judicial acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade da previsão, na medida em que:

- a) Viola o princípio da estrita legalidade em matéria tributária, uma vez que a Constituição Federal e a legislação complementar exigem que a majoração de contribuições se dê por meio de lei, não se admitindo a via paralela do Decreto.
- b) Afronta o princípio da separação de poderes, da rígida divisão de competências tributárias e da indelegabilidade da competência tributária, dentro da qual se encontra a definição de alíquotas, conforme já sedimentado pela jurisprudência do STJ e STF.

#### NOTAS:

[1] Esse mandamento é replicado no art. 97, incisos I e II do Código Tributário Nacional.

[2] Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, **observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III**, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às

contribuições a que alude o dispositivo; Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, **nos termos da lei**, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais.

[3] RE 597098 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011; RE 290079, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2001, DJ 04-04-2003; RE 269700, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 17/10/2001; RE 628848 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 19/08/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 09-09-2014 PUBLIC 10-09-2014; AI 726144 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 30/11/2010, DJe-075 DIVULG 19-04-2011 PUBLIC 25-04-2011.

## NUANCES DA NOVA GUARDA COMPARTILHADA OBRIGATÓRIA

**ANA CAROLINA MOTTA GUATIMOSIM:** Analista do Ministério Público de Minas Gerais. Pós-graduada em Direito Processual pela UNISUL e em Direito Público pela ANAMAGES. Pós-graduanda em Direito de Família pela UCAM.

**Resumo:** Este trabalho trata da guarda compartilhada obrigatória, tema correlato à proteção dos filhos que tem despertado crescente interesse na doutrina e jurisprudência pátrias, sobretudo após a entrada em vigor da Lei 13.058/14. O objetivo do estudo é verificar a repercussão social e jurídica do instituto em tela, levando-se em consideração o dinamismo das estruturas familiares contemporâneas. Para a elaboração, expõe-se a evolução histórica do instituto da guarda, destrincha-se os conceitos de guarda compartilhada e alternada e discorre-se sobre as implicações práticas da novel legislação. Por fim, procedeu-se à conclusão, considerando-se soluções para os problemas advindos da lei, para fins de efetivação dos objetivos primordiais da guarda compartilhada: proporcionar a convivência pacífica e harmônica entre os pais que já não vivem juntos e seus filhos.

**Palavras-chave:** guarda compartilhada. Obrigatoriedade. Convivência familiar.

---

### Introdução

O Código Civil de 2002, após cuidar da separação judicial e do divórcio, enumera as regras atinentes à "Proteção da Pessoa dos Filhos".

Disposições importantes acerca do tema estão nos artigos 1.583 e 1.584, os quais foram profundamente modificados pela Lei 11.698, de 13 de junho de 2008. Após, houve nova alteração feita pela Lei 13.058, de 22 de dezembro de 2014, originária do Projeto de Lei 117/2013, denominada por alguns como Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória.

Com as mudanças legislativas acerca do tema, a guarda dos filhos é atualmente e cada vez mais, assunto de relevância social e jurídica, em razão do dinamismo que as estruturas familiares contemporâneas possuem, bem como do reconhecimento jurídico de novas entidades familiares.

A instituição da nova ordem constitucional em 1988 e as transformações sociais ocorridas no final do século XX resultaram na diminuição dos preconceitos quanto às pessoas divorciadas e filhos de pais divorciados, retirando as amarras que impediam a separação dos casais que não eram mais felizes em conjunto.

Nesse novo contexto, os casos de divórcio foram se tornando cada vez mais comuns e, com isso, as discussões acerca da guarda dos filhos foram sendo afluídas na sociedade, adquirindo importância jurídica cada vez maior.

A propósito, ressalta Maria Berenice Dias:

“A convivência física e imediata dos filhos com os genitores, mesmo quando cessada a convivência de ambos, garante, de forma efetiva, a corresponsabilidade parental, assegurando a permanência de vínculos mais estritos e a ampla

participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.” (DIAS, 2007, p. 395)

Além disso, a guarda compartilhada reflete o aspecto constitucional democrático, haja vista ser o exercício democrático das funções paternas e maternas por ambos os genitores. Dar efetividade ao instituto da guarda compartilhada é, assim, dar aplicabilidade ao artigo 226 da Constituição Federal, o que fortalece as bases do Estado e da própria sociedade.

### **Desenvolvimento**

A Lei do Divórcio previa, de início, que, em casos de separação judicial consensual, os cônjuges poderiam acordar sobre a guarda dos filhos (artigo 9º, Lei 6.515/77). Em casos de separações litigiosas, a culpa influenciaria diretamente na fixação da guarda dos filhos, que ficaria com aquele que não deu causa ao término da relação conjugal. No caso de culpa de ambos os cônjuges, os filhos ficariam com a mãe, “salvo se o juiz verificasse que tal solução pudesse gerar prejuízo de ordem moral aos filhos” (art. 10º, § 1º, Lei do Divorcio). Caso o juiz verificasse que não deveria ser fixada a guarda nem para o pai nem para a mãe, ele poderia deferir a guarda à pessoa “notoriamente idônea, da família de qualquer dos cônjuges” (art. 10, § 2º, Lei do Divórcio).

O Código Civil de 2002 alterou o sistema anterior de guarda, pois a culpa passou a não influenciar mais na fixação dela, com a revogação tácita do art. 10 da Lei do Divórcio. A redação originária do art. 1584 do

Código Civil em vigor dispunha que exerceria a guarda quem tivesse melhores condições, cláusula geral que buscava atender o maior interesse da criança e do adolescente. Dessa forma, a guarda unilateral com regulamentação de visitas era a única opção a ser fixada.

Com a edição da Lei 11.698/08, a redação dos artigos 1583 e 1584 do Código Civil atual foi substancialmente alterada, pois previu que a guarda seria unilateral ou compartilhada. A guarda compartilhada é aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns e a guarda unilateral é aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua.

Notório que a referida lei deu maior concretude ao artigo 227 da Constituição Federal, haja vista ter assegurado o direito fundamental da convivência no âmbito familiar.

Importa salientar que a alteração legislativa foi salutar para o ordenamento jurídico brasileiro, pois era necessário definir e conceituar o instituto, de maneira clara e precisa, como bem colocado por Caio Mário da Silva Pereira:

“Merece destaque neste momento da redefinição das responsabilidades maternas e paternas a possibilidade de se pactuar entre os genitores a ‘Guarda Compartilhada’ como solução oportuna e coerente na convivência dos pais como os filhos na Separação e no Divórcio.” (PEREIRA, 2008, p. 185)



A Lei 11.698/2008 teve como meta precípua a conserva o do vínculo afetivo dos genitores com os filhos independente do desentendimento do ex-casal, e assegurou que a vida emocional do menor não fosse prejudicada, tanto em seu desenvolvimento psíquico quanto social, e nesse diapasão, pode-se citar Waldyr Grisard Filho, “pois, mesmo decomposta, a família continua biparental” (GRISSARD FILHO, 2002, p. 167).

Nos dizeres de Giselle Câmara Groeninga:

“Seja como for, a responsabilidade solidária presente no modelo preconizado pela guarda compartilhada fomenta o comportamento altruísta que caracteriza a família. A responsabilidade solidária restitui   família transformada e ao casal parental o reconhecimento de seus recursos de personalidade, sua autonomia e sua capacidade autopo tica – de restabelecimento de equilíbrio após as transforma es advindas das separa es.” (GROENINGA, 2008, p. 180)

A Lei no 13.058, de dezembro de 2014, introduziu algumas modifica es significativas no Código Civil, alterando as regras para aplica o da guarda compartilhada.

Conforme justificativa do Projeto de Lei 117/2013, que lhe deu origem, o precípua objetivo foi evitar a aliena o parental e impedir que um dos genitores se utilizasse do liti gio para impedir a guarda compartilhada.

Assim, a guarda compartilhada torna-se obrigatória mesmo nos casos em que não houver acordo entre os pais quanto a guarda do menor, consoante disposição do artigo 1.584, § 2º, do Código Civil.

Indubitável que os propósitos da alteração legislativa são louváveis, contudo, as novas regras têm sido criticadas por parte da doutrina em razão de algumas impropriedades em seu texto.

A doutrina critica, de forma dura, a redação dos §§ 2º e 3º do artigo 1.583, os quais dispõem que o tempo de convívio dos genitores com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada e que a moradia base dos filhos será aquela que melhor atender aos seus interesses.

As referências a tempo de convívio dividido de forma equilibrada entre os genitores e a previsão da dupla residência do menor podem gerar, na prática, a transformação da guarda compartilhada em verdadeira guarda alternada, operando-se o retrocesso social.

Conforme expõe Rodrigo da Cunha Pereira, “é possível encontrar casos que a guarda alternada seja adequada, entretanto na maioria dos casos não é recomendada pois não atende ao melhor interesse da criança”. (PEREIRA, 2015, p. 361)

A diferença entre a guarda compartilhada e a guarda alternada deve ser necessariamente clara não só para juristas, mas principalmente para pais e filhos, no sentido de evitar que incorram na prática da última modalidade.

Enquanto na guarda alternada cada genitor tem a guarda exclusiva do filho em períodos alternados de tempo (dias, semanas ou meses), na guarda compartilhada ambos compartilham a rotina e o cotidiano dos

filhos permanentemente, havendo um compartilhamento simultâneo de funções, tarefas e responsabilidades. Na guarda alternada o ponto principal é a divisão do tempo, que deve ser igualmente dividido, na guarda compartilhada, por sua vez, o foco é a divisão igualitária e simultânea de tarefas e responsabilidades entre os pais para com os filhos.

A guarda alternada também é bastante criticada pois parece privilegiar mais os interesses dos pais, consoante expõe Flávio Tartuce:

“Dois desses direitos dos pais, notoriamente egoísticos, podemos destacar de imediato. O primeiro é o de reduzir ao máximo os encontros com o antigo consorte, o que é facilitado pela existência de dois lares. O segundo diz respeito aos pleitos de redução ou exoneração de valores alimentícios, o que vem ocorrendo perante o Poder Judiciário sob a vigência da nova lei.” (Tartuce, 2015)

Por outro lado, a guarda compartilhada não implica necessariamente o fato de que a criança terá duas casas, podendo residir exclusivamente na casa de apenas um dos pais ou residir simultaneamente na casa de ambos, dependendo da realidade familiar, acabando com a triste realidade do “filho mochilinha ou mochileiro”.

A Lei da Guarda Compartilhada Obrigatória não teve a intenção de instituir a guarda alternada e nem perpetuar com as situações em que um dos genitores atua apenas como “um mero visitante, restrito a programas de *fast food*, cinemas e guloseimas” (ROSA, 2015). Pelo

contrário, sabe-se, inclusive pela justificativa do projeto que lhe deu origem, que a *ratio* da lei foi propiciar a corresponsabilização e coparticipação de ambos os genitores na vida dos filhos.

Entretanto, a leitura seca e rasa da lei, dissociada das considerações doutrinárias pertinentes, dá ensejo á confusão entre os institutos da guarda compartilhada e da guarda alternada. Assim, os estudos e as discussões são extremamente importantes nos meios jurídicos e sociais acerca do tema, a fim de evidenciar e esclarecer a necessária diferenciação entre os dois institutos e de qual deles deve ser efetivamente adotado por imposição da nova legislação.

Outro aspecto bastante criticado da Lei 13.058/2014 é a compulsoriedade trazida pela lei. Segundo o § 2º do art. 1.584, quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto a guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

Ora, tendo em vista a imposição da norma legal, necessário se questionar até que ponto a obrigatoriedade pode beneficiar ou prejudicar as famílias.

Indubitavelmente, o convívio de uma criança com o pai e a mãe é a melhor opção para o seu desenvolvimento psicológico e cognitivo, a ciência da psicologia confirma a premissa. O instituto da guarda compartilhada veio como forma de proporcionar aos filhos uma maneira de conviver com ambos os genitores de maneira pacífica e harmoniosa.

Entretanto, mister salientar que a obrigatoriedade da guarda compartilhada para todas as famílias pode, em alguns casos, não ser melhor para o interesse do menor.

A imposição genérica de uma única forma de criar os filhos para os genitores que estão separados parece imprópria. Isso porque se esta? ignorando as especificidades e particularidades de cada família e ignorando também a individualidade de cada ser humano que a compõe, numa verdadeira massificação de pessoas e famílias.

As famílias são estruturas dinâmicas compostas por indivíduos, cada um dotado de subjetividade e de características específicas que os distinguem das demais pessoas. Nas últimas décadas, o direito de família tem evoluído buscando sempre a proteção da personalidade e da dignidade dos membros que a compõem.

Nesse contexto, impor uma forma única e rígida de regular o exercício da parentalidade de pais separados com os seus filhos parece se distanciar dos objetivos buscados pelo direito de família na atualidade e dos nobres direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Exemplificando, a guarda compartilhada, quando não há o mínimo de contato pacífico e consenso entre os genitores, não se apresenta como a melhor opção. Previsíveis são os casos em que a imposição da guarda compartilhada poderá gerar um clima de guerra constante entre genitores, impactando negativamente na formação dos filhos.

Mesmo sem exercerem a guarda compartilhada, há famílias que conseguem criar os filhos de uma forma saudável e com um contato harmônico entre genitores. Dessa forma, vale questionar se a

obrigatoriedade da guarda compartilhada poderia ser imposta pelo Estado. Não se pode, de forma genérica e abstrata impor que, para essa família, a guarda compartilhada também seria a melhor opção. Nessa linha de raciocínio, impende perguntar se não é hipótese de invasão demasiada do Estado no direito a? reserva da intimidade e da vida privada dessa família. Trata-se de um bom debate.

Destaca-se os ensinamentos de Flávio Tartuce:

“Uma hipótese a ser considerada é aquela em que os cônjuges residam em locais distantes ou em cidades diferentes. Importa questionar: como impor uma alternância de lares nesse caso? Perguntas como essa aponta que a norma simplesmente não terá aplicação em muitos casos concretos.” (TARTUCE, 2015)

José Fernando Simão também expõe, com maestria, que a citada obrigatoriedade não será implementada na prática. Para ele:

“No caso da guarda compartilhada, em situações de grande litigiosidade dos pais, assistiremos às seguintes decisões: 'em que pese a determinação do CC de que a guarda deverá ser compartilhada, no caso concreto, a guarda que atende ao melhor interesse da criança é a unilateral e, portanto, fica afastada a regra do CC que cede diante do princípio constitucional'. A lei não é, por si, a solução do problema como parecem preconizar os defensores do PL 117/03. A mudança real é que o Magistrado, a partir da nova redação de

lei, precisará invocar o preceito constitucional para não segui-la. Nada mais.” (SIMÃO, 2015)

Portanto, a guarda compartilhada não deve ser universalmente imposta. Ela é a modalidade que deve ser privilegiada e incentivada pelo Estado, por parecer a melhor opção. Entretanto, considerando a realidade e a diversidade das estruturas familiares e as subjetividades dos membros que as compõem, não se deve retirar do juiz e nem mesmo dos pais a opção por adotar uma outra forma além da guarda compartilhada.

### **Conclusão**

A guarda compartilhada é um importante mecanismo que pode auxiliar genitores separados e seus filhos a estabelecerem uma convivência familiar ideal, pois confere efetividade a inúmeros valores constitucionalmente garantidos, tais quais, a igualdade entre cônjuges, o melhor interesse da criança, a democratização das decisões familiares, a convivência familiar, dentre outros.

Em razão disso, é uma modalidade que, sem dúvidas, deve ser prioritárias e deve ser estimulada pelo Estado.

Contudo, a fixação da guarda não pode ser feita única e exclusivamente com base nos interesses pessoais dos pais, valendo lembrar que esses foram norteadores da modificação legislativa feita no fim de 2014.

Portanto, se esses interesses forem deixados de lado, a novel legislação poderá ser aplicada para efetivar a verdadeira guarda compartilhada, sem as nuances de guarda alternada. Outra solução que

deve ser observada é a mitigação da premissa alusiva à sua compulsoriedade, notadamente quando não houver o mínimo consenso entre os genitores.

Assim, a nova Lei 13.058/2014 merece um olhar cuidadoso, não podendo ser aplicada dissociada dos demais valores constitucionais, jurisprudenciais e doutrinários já solidificados sobre o tema.

Como toda norma infraconstitucional, ela deve ser lida, interpretada e aplicada sob a luz dos princípios e valores constitucionais, de maneira a respeitar e a dignidade de todas as pessoas humanas envolvidas na questão.

#### **REFERÊNCIAS**

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRISARD FILHO, Waldyr. *Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GROENINGA, Giselle Câmara. “Guarda Compartilhada – Responsabilidade Solidária”. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Família e Solidariedade: Teoria e Prática do Direito de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Dicionário de Direito de Famílias e Sucessões Ilustrado*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Conrado Paulino da. “O fim do mito do filho mochilinha”. Disponível



em:<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/1008/O+fim+do+mito+do+filho+%E2%80%9Cmochi+linha%E2%80%9D>> Acesso em: 20 jan. 2015.

SIMA?O, José Fernando. Guarda compartilhada obrigatória. Mito ou realidade? O que muda com a aprova o do PL 117/2013. Disponível em: <<http://www.professorsimao.com.br/artigos/artigo.aspx?ti=Guarda%20compartilhada%20obrigat%C3%B3ria.%20Mito%20ou%20realidade?%20O%20que%20muda%20com%20a%20aprova%C3%A7%C3%A3o%20do%20PL%20117/2013&id=312>> Acesso em: 15 abr. 2015.

TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória – Análise crítica da lei 13.508/2014 – Parte I. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI215990,51045-A+Lei+da+Guarda+Compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise>> Acesso em: 21 jun. 2015.

TARTUCE, Flávio. A lei da guarda compartilhada (ou alternada) obrigatória análise crítica da lei 13.508/2014 – Parte II. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048->

[A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise](http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI217877,21048-A+lei+da+guarda+compartilhada+ou+alternada+obrigatoria+Analise)>

Acesso em: 21 jun. 2015.

## JORNADA 12X36 - VALIDADE OU NULIDADE?

**PRISCILA HOMERO:** Advogada. Diretora Jurídica do escritório Homero Advocacia. Especialização em Direito Processual Civil pela PUC/RS. Atuação nas áreas Cível, Administrativo, Trabalhista e Tributário.

**Resumo:** A jornada 12x36, cada vez mais usado nos ramos de segurança e hospitais, está tendo interpretações divergentes pelas Câmaras do TRT4º, umas decidem por sua validade enquanto outras pela nulidade. Resultado: insegurança jurídica a todos os envolvidos.

**Palavras-Chave:** Direito do Trabalho. Jornada de Trabalho. Acordo Coletivo. Convenção Coletiva.

---

Adotado por vários seguimentos da economia, tais como a segurança privada e estabelecimentos hospitalares, a jornada de 12 horas trabalhadas por 36 de descanso (12x36) tem sido interpretada de forma divergente pelos magistrados.

Apesar de considerada válida pela Súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho, desde que autorizada em lei, ou acordada de forma expressa em acordo ou convenção coletiva, algumas Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região tem entendido nulo este regime compensatório, e conseqüentemente, os acordos e convenções que o autorizam. A alegação utilizada é a violação das regras existentes nos artigos 58 e 59 da CLT, bem como o artigo 7ª, XIII da Constituição Federal, que estabelecem a duração normal de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais, podendo ter o excedente de duas horas ao dia. Todavia, nos artigos de lei relacionados há exceção, que

autoriza jornada compensatória de horários ou sua redução, desde que estabelecida em acordo ou convenção coletiva.

Os que defendem sua validade acreditam ser benéfica ao trabalhador, que goza de mais horas de descanso do que as trabalhadas, resultando em número superior às do trabalhador comum, que exerce 8 horas diárias, com apenas uma folga semanal. Em contraposição, a tese que defende sua nulidade o faz afirmando não respeitar as regras de saúde e segurança do trabalho.

Independente da validade dos argumentos utilizados há que haver uma posição sedimentada no ordenamento jurídico. O que não pode acontecer é empresas e sindicatos se tornarem “reféns” desta justaposição de ideias, há necessidade de um adotar um posicionamento e segui-lo.

Neste ínterim, com entendimentos divergentes – de um lado, a validade do regime, do outro sua nulidade, deste impasse, a insegurança jurídica é a única certeza.

**ANOTAÇÕES À RESOLUÇÃO Nº 2002/12 DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS: OS PRINCÍPIOS BASILARES DE PROGRAMAS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL**

**TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL:** Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

**Resumo:** Imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos. Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade. Os

direitos de segunda dimensão são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

**Palavras-chaves:** Direitos Humanos. Justiça Restaurativa. Empoderamento dos Atores Processuais.

**Sumário:** 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade; 5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade; 6 Anotações à Resolução nº 2002/12 da Organização das Nações Unidas: Os Princípios Basilares de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal

---

## **1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica**

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”* [1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de

que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*<sup>[2]</sup>. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

Ainda nesta senda de exame, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”* [3]. Destarte, a partir de uma análise profunda de sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis.

## **2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna**

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada,



ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes<sup>[5]</sup>. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi

também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”* [7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens[8], cuja acepção, na visão adotada, excluía aqueles. *“É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida”* [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do

feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “*Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassalos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos*”[\[10\]](#), tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato[\[11\]](#). A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito[\[12\]](#), devido processo legal[\[13\]](#), acesso à Justiça[\[14\]](#), liberdade de locomoção[\[15\]](#) e livre entrada e saída do país[\[16\]](#).

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o

autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. *“Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”*[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que

fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[26].

### **3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade**

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[27]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos,

explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata<sup>[28]</sup> e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus

dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[29], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio da legalidade[30], da reserva legal[31] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[32], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[33].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[34], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

#### **4 Direitos Humanos de Segunda Dimensão: Os Anseios Sociais como substrato de edificação dos Direitos de Igualdade**

Com o advento da Revolução Industrial, é verificável no continente europeu, precipuamente, a instalação de um cenário pautado



na exploração do proletariado. O contingente de trabalhadores não estava restrito apenas a adultos, mas sim alcançava até mesmo crianças, os quais eram expostos a condições degradantes, em fábricas sem nenhuma, ou quase nenhuma, higiene, mal iluminadas e úmidas. Salienta-se que, além dessa conjuntura, os trabalhadores eram submetidos a cargas horárias extenuantes, compensadas, unicamente, por um salário miserável. O Estado Liberal absteve-se de se imiscuir na economia e, com o beneplácito de sua omissão, assistiu a classe burguesa explorar e “coisificar” a massa trabalhadora, reduzindo seres humanos a meros objetos sujeitos a lei da oferta e procura. O Capitalismo selvagem, que operava, nessa essa época, enriqueceu uns poucos, mas subjugou a maioria[35]. A massa de trabalhadores e desempregados vivia em situação de robusta penúria, ao passo que os burgueses ostentavam desmedida opulência.

Na vereda rumo à conquista dos direitos fundamentais, econômicos e sociais, surgiram alguns textos de grande relevância, os quais combatiam a exploração desmedida propiciada pelo capitalismo. É possível citar, em um primeiro momento, como proeminente documento elaborado durante este período, a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 1848, que apresentou uma ampliação em termos de direitos humanos fundamentais. *“Além dos direitos humanos tradicionais, em seu art. 13 previa, como direitos dos cidadãos garantidos pela Constituição, a liberdade do trabalho e da indústria, a assistência aos desempregados”*[36]. Posteriormente, em 1917, a Constituição Mexicana[37], refletindo os ideários decorrentes da consolidação dos

direitos de segunda dimensão, em seu texto consagrou direitos individuais com maciça tendência social, a exemplo da limitação da carga horária diária do trabalho e disposições acerca dos contratos de trabalho, além de estabelecer a obrigatoriedade da educação primária básica, bem como gratuidade da educação prestada pelo Ente Estatal.

A Constituição Alemã de Weimar, datada de 1919, trouxe grandes avanços nos direitos socioeconômicos, pois previu a proteção do Estado ao trabalho, à liberdade de associação, melhores condições de trabalho e de vida e o sistema de seguridade social para a conservação da saúde, capacidade para o trabalho e para a proteção à maternidade. Além dos direitos sociais expressamente insculpidos, a Constituição de Weimar apresentou robusta moldura no que concerne à defesa dos direitos dos trabalhadores, primacialmente *“ao instituir que o Império procuraria obter uma regulamentação internacional da situação jurídica dos trabalhadores que assegurasse ao conjunto da classe operária da humanidade, um mínimo de direitos sociais”* [38], tal como estabelecer que os operários e empregados seriam chamados a colaborar com os patrões, na regulamentação dos salários e das condições de trabalho, bem como no desenvolvimento das forças produtivas.

No campo socialista, destaca-se a Constituição do Povo Trabalhador e Explorado [39], elaborada pela antiga União Soviética. Esse Diploma Legal possuía ideias revolucionárias e propagandistas, pois não enunciava, propriamente, direitos, mas princípios, tais como a abolição da propriedade privada, o confisco dos bancos, dentre outras. A Carta

do Trabalho, elaborada pelo Estado Fascista Italiano, em 1927, trouxe inúmeras inovações na relação laboral. Dentre as inovações introduzidas, é possível destacar a liberdade sindical, magistratura do trabalho, possibilidade de contratos coletivos de trabalho, maior proporcionalidade de retribuição financeira em relação ao trabalho, remuneração especial ao trabalho noturno, garantia do repouso semanal remunerado, previsão de férias após um ano de serviço ininterrupto, indenização em virtude de dispensa arbitrária ou sem justa causa, previsão de previdência, assistência, educação e instrução sociais<sup>[40]</sup>.

Nota-se, assim, que, aos poucos, o Estado saiu da apatia e envolveu-se nas relações de natureza econômica, a fim de garantir a efetivação dos direitos fundamentais econômicos e sociais. Sendo assim, o Estado adota uma postura de Estado-social, ou seja, tem como fito primordial assegurar aos indivíduos que o integram as condições materiais tidas por seus defensores como imprescindíveis para que, desta feita, possam ter o pleno gozo dos direitos oriundos da primeira geração. E, portanto, desenvolvem uma tendência de exigir do Ente Estatal intervenções na órbita social, mediante critérios de justiça distributiva. Opondo-se diretamente a posição de Estado liberal, isto é, o ente estatal alheio à vida da sociedade e que, por consequência, não intervinha na sociedade. Incluem os direitos a segurança social, ao trabalho e proteção contra o desemprego, ao repouso e ao lazer, incluindo férias remuneradas, a um padrão de vida que assegure a saúde e o bem-estar individual e da família, à educação, à propriedade

intelectual, bem como as liberdades de escolha profissional e de sindicalização.

Bonavides, ao tratar do tema, destaca que os direitos de segunda dimensão *“são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas do Estado social, depois que germinaram por ora de ideologia e da reflexão antiliberal”* [41]. Os direitos alcançados pela rubrica em comento florescem umbilicalmente atrelados ao corolário da igualdade. Como se percebe, a marcha dos direitos humanos fundamentais rumo às sendas da História é paulatina e constante. Ademais, a doutrina dos direitos fundamentais apresenta uma ampla capacidade de incorporar desafios. *“Sua primeira geração enfrentou problemas do arbítrio governamental, com as liberdades públicas, a segunda, o dos extremos desníveis sociais, com os direitos econômicos e sociais”* [42], como bem evidencia Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

### **5 Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A valoração dos aspectos transindividuais dos Direitos de Solidariedade**

Conforme fora visto no tópico anterior, os direitos humanos originaram-se ao longo da História e permanecem em constante evolução, haja vista o surgimento de novos interesses e carências da sociedade. Por esta razão, alguns doutrinadores, dentre eles Bobbio [43], os consideram direitos históricos, sendo divididos, tradicionalmente, em três gerações ou dimensões. A nomeada terceira dimensão encontra como fundamento o ideal da fraternidade (solidariedade) e tem como

exemplos o direito ao meio ambiente equilibrado, à saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, a proteção e defesa do consumidor, além de outros direitos considerados como difusos. *“Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo”* [\[44\]](#) ou mesmo de um Ente Estatal especificamente.

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Os direitos de terceira dimensão são considerados como difusos, porquanto não têm titular individual, sendo que o liame entre os seus vários titulares decorre de mera circunstância factual. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o robusto entendimento explicitado pelo Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de

modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[45].

Nesta feita, importa acrescentar que os direitos de terceira dimensão possuem caráter transindividual, o que os faz abranger a toda a coletividade, sem quaisquer restrições a grupos específicos. Neste sentido, pautaram-se Motta e Motta e Barchet, ao afirmarem, em suas ponderações, que *“os direitos de terceira geração possuem natureza essencialmente transindividual, porquanto não possuem destinatários especificados, como os de primeira e segunda geração, abrangendo a coletividade como um todo”* [46]. Desta feita, são direitos de titularidade difusa ou coletiva, alcançando destinatários indeterminados ou, ainda, de difícil determinação. Os direitos em comento estão vinculados a valores de fraternidade ou solidariedade, sendo traduzidos de um ideal intergeracional, que liga as gerações presentes às futuras, a partir da percepção de que a qualidade de vida destas depende sobremaneira do modo de vida daquelas.

Dos ensinamentos dos célebres doutrinadores, percebe-se que o caráter difuso de tais direitos permite a abrangência às gerações futuras, razão pela qual, a valorização destes é de extrema relevância. *“Têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”* [47]. A respeito do assunto, Motta e Barchet [48] ensinam que os direitos de terceira dimensão surgiram como “soluções” à degradação das liberdades, à deterioração dos direitos fundamentais em virtude do uso prejudicial das modernas tecnologias e desigualdade socioeconômica vigente entre as diferentes nações.

#### **6 Anotações à Resolução nº 2002/12 da Organização das Nações Unidas: Os Princípios Basilares de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal**

Cuida destacar, de início, que a construção dos direitos humanos reflete a evolução da sociedade, a necessidade da edificação de direitos basilares à existência humana e a sua personalidade. Em todas as dimensões de direitos humanos, é perceptível que o conflito foi responsável por ditar a tônica da evolução, sempre encarado como algo negativo, eliminador da paz social e causador de rupturas com modelos tradicionais. Contemporaneamente, é imprescindível alinhar uma análise acerca do conflito a partir de uma perspectiva diversa, dispensando-lhe uma abordagem assentada em aspecto positivo, capaz de permitir o amadurecimento individual e o desenvolvimento da democracia, eis que aquele, uma vez dotado de autonomia, possui a capacidade de tratar o

conflito e gerir mecanismos aptos ao desenvolvimento de consensos, apta a refletir a vontade de ambos os envolvidos e restabelecer um cenário de convívio harmônico. Ora, é possível estabelecer o reconhecimento da justiça restaurativa como instrumento apto à promoção e fortalecimento dos direitos humanos, sobretudo no que concerne à emancipação dos envolvidos nos litígios.

Assim sendo, a Resolução nº 2002/12, apresentada pela Organização das Nações Unidas, volta-se para a valorização dos programas de justiça restaurativa, notadamente no âmbito criminal. Aludida resolução reconheceu que tais iniciativas geralmente se inspiram em formas tradicionais e indígenas de justiça que veem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas, bem como enfatiza que a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas. De igual sorte, a justiça restaurativa constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades. Denota-se que a abordagem propiciada pela resolução em comento assenta que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades. Salta aos olhos que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à



comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade.

Observando que a justiça restaurativa enseja uma variedade de medidas flexíveis e que se adaptam aos sistemas de justiça criminal e que complementam esses sistemas, tendo em vista os contextos jurídicos, sociais e culturais respectivos, bem como reconhecendo que a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores, a resolução valoriza tal mecanismo como instrumento de fortalecimento dos envolvidos no conflito. Os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional. Processos restaurativos devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. Ao lado disso, a vítima e o ofensor devem poder revogar esse consentimento a qualquer momento, durante o processo. Os acordos só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.

As disparidades que impliquem em desequilíbrios, assim como as diferenças culturais entre as partes, devem ser levadas em consideração ao se derivar e conduzir um caso no processo restaurativo. A segurança

das partes deverá ser considerada ao se derivar qualquer caso ao processo restaurativo e durante sua condução. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a prestação jurisdicional sem delonga. Em tais casos, deverão ainda assim as autoridades estimular o ofensor a responsabilizar-se frente à vítima e à comunidade e apoiar a reintegração da vítima e do ofensor à comunidade. Os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário, que regulem a adoção de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem observar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem incluir, entre outros: a) As condições para encaminhamento de casos para os programas de justiça restaurativos; b) O procedimento posterior ao processo restaurativo; c) A qualificação, o treinamento e a avaliação dos facilitadores; d) O gerenciamento dos programas de justiça restaurativa; e) Padrões de competência e códigos de conduta regulamentando a operação dos programas de justiça restaurativa.

As garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas aos programas de justiça restaurativa e particularmente aos processos restaurativos; a) Em conformidade com o Direito nacional, a vítima e o ofensor devem ter o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e, quando necessário, tradução e/ou interpretação. Menores deverão, além disso, ter a assistência dos pais ou responsáveis legais. b) Antes de concordarem em participar do processo restaurativo,

as partes deverão ser plenamente informadas sobre seus direitos, a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão; c) Nem a vítima nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo restaurativo ou a aceitar os resultados do processo. As discussões, no procedimento restaurativo, não conduzidas publicamente devem ser confidenciais, e não devem ser divulgadas, exceto se consentirem as partes ou se determinado pela legislação nacional. Os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos, de modo a que tenham o mesmo status de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, usado no processo criminal subsequente. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito. A não implementação de um acordo extrajudicial não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente. Os facilitadores devem atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes. Nessa função, os facilitadores devem assegurar o respeito mútuo entre as partes e capacita-las a encontrar a solução cabível entre elas. Os facilitadores devem ter uma

boa compreensão das culturas regionais e das comunidades e, sempre que possível, serem capacitados antes de assumir a função.

Os Estados Membros devem buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao uso da justiça restaurativa pelas autoridades de segurança e das autoridades judiciais e sociais, bem assim em nível das comunidades locais. Deve haver consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum e para ampliar a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, de modo a aumentar a utilização dos programas restaurativos, bem assim para explorar os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal. Os Estados Membros, em adequada cooperação com a sociedade civil, devem promover a pesquisa e a monitoração dos programas restaurativos para avaliar o alcance que eles tem em termos de resultados restaurativos, de como eles servem como um complemento ou uma alternativa ao processo criminal convencional, e se proporcionam resultados positivos para todas as partes. Os procedimentos restaurativos podem ser modificados na sua forma concreta periodicamente. Os Estados Membros devem por isso estimular avaliações e modificações de tais programas. Os resultados das pesquisas e avaliações devem orientar o aperfeiçoamento do gerenciamento e desenvolvimento dos programas.

#### **Referências:**

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho.** Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 jun. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus.** Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 20 jun. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral.** 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais.** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

MARQUESI, Roberto Wagner. Os Princípios do Contrato na Nova Ordem Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 513, 2 dez. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5996>>. Acesso em 20 jun. 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência.** 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 157, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SIQUEIRA **novo caminho pra a Governança da Água no Brasil?**. Curitiba: Editora Juruá, 2010., Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6824>>. Acesso em 20 jun. 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 20 jun. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: <<http://www.faculdade.pioxii-es.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2015, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009, s.p.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: <<http://jusvi.com/pecas/34357>>. Acesso em 20 jun. 2015.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador



igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso

em 20 jun. 2015: “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] MORAES, 2003, p. 28.

[27] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[28] SILVA, 2004, p. 157.

[29] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[32] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[33] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em:

<<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em 20 jun. 2015: “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[34] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[35] COTRIM, 2010, p. 160.

[36] SANTOS, Enoque Ribeiro dos. O papel dos direitos humanos na valorização do direito coletivo do trabalho. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 8, n. 157, 10 dez. 2003](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4609>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

[37] MORAES, 2011, p. 11.

[38] SANTOS, [2003](#), s.p.

[39] FERREIRA FILHO, 2004, p. 46-47.

[40] SANTOS, [2003](#), s.p.

[41] BONAVIDES, 2007, p. 564.

[42] FERREIRA FILHO, 2004, p. 47.

[43] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997, p. 03.

[44] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[45] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) -

Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 20 jun. 2015.

[46] MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2007, p. 152.

[47] BONAVIDES, 2007, p. 569.

[48] MOTTA; BARCHET, 2007, p. 153. “[...] Duas são as origens básicas desses direitos: a degradação das liberdades ou a deterioração dos demais direitos fundamentais em virtude do uso nocivo das modernas tecnologias e o nível de desigualdade social e econômica existente entre as diferentes nações. A fim de superar tais realidades, que afetam a humanidade como um todo, impõe-se o reconhecimento de direitos que também tenham tal abrangência – a humanidade como um todo -,

partindo-se da ideia de que não há como se solucionar problemas globais a não ser através de soluções também globais. Tais “soluções” são os direitos de terceira geração [...]”.



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**CURSO DE DIREITO**

**JESSICA JUCÁ DE OLIVEIRA**

**OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA  
TRIBUTÁRIA À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À  
COISA JULGADA**

**FORTALEZA**

**2014**



JESSICA JUCÁ DE OLIVEIRA

OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA  
À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA

Monografia apresentada à  
Coordenação Acadêmica do Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor Hugo de Brito  
Machado Segundo.

FORTALEZA

2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação  
Universidade Federal do Ceará  
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

- 
- O49e Oliveira, Jessica Jucá de.  
Os efeitos temporais das decisões do STF em matéria tributária à luz dos princípios da isonomia e da proteção à coisa julgada / Jessica Jucá de Oliveira. – 2014.  
70 f. : enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2014.  
Área de Concentração: Processo Tributário.  
Orientação: Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo.
1. Controle da constitucionalidade - Brasil. 2. Processo tributário - Brasil. 3. Coisa julgada - Brasil. I. Machado Segundo, Hugo de Brito (orient.). II. Universidade Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

JESSICA JUCÁ DE OLIVEIRA

OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES DO STF EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA  
À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA

Monografia apresentada à  
Coordenação Acadêmica do Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal  
do Ceará, como requisito parcial para a  
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: //.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor Hugo de Brito Machado Segundo (Orientador)  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professora Doutora Juliana Cristine Diniz Campos  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Professor Francisco de Araújo Macedo Filho  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

À minha tia e madrinha Carina, a sempre estudiosa e eterna jovem Cacá, a quem elegi como ídolo desde o dia em que nasci.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu Lucas, por todos esses anos de amor e de dedicação que nunca imaginei receber de alguém. Minha serenidade, muito obrigada pelos inúmeros esforços destinados a me agradar.

Ao meu pai André, por ter cumprido a difícil dupla função paterna/materna.

À Jacqueline, minha “boadrasta”, pelo tão cuidadoso e gratuito amor.

Ao meu irmão Pedro, pelo compartilhamento de casa, colégio e faculdade. Pelo compartilhamento – que foi nosso, somente nosso – de vida.

À minha avó Nydia, por ter cumprido, com tamanha excelência, o tradicional papel de avó. Obrigada pela minha sobremesa favorita, pelo botão pregado, pelos quadros de pintura a mim dedicados, pelo ombro que tanto me serviu de suporte na adolescência.

Ao meu avô Alberto, o nosso inesquecível Coronel, por sempre expressar um imenso orgulho do meu caminho estudantil. Se ainda aqui estivesse, certamente estaria colando este trabalho na parede, como fazia com os meus boletins de colégio. Saudade, vovô, saudade.

Aos meus tios, por estarem sempre tão presentes na minha vida. Em especial, à Cacá, pelo amor que, apesar da distância e dos relativamente longos intervalos de comunicação, sempre dela recebo. Meu ídolo, meu carinho saudoso.

Ao professor Hugo de Brito Machado Segundo, por ter aceitado orientar este trabalho e pelo imenso conhecimento a mim acrescentado quando dele fui aluna. A ele, a minha sincera admiração.

Aos professores Francisco de Araújo Macedo Filho e Juliana Cristine Diniz Campos, pela gentileza em dispor do seu tempo para compor a Banca.

À Dra. Danielle Macêdo Peixoto de Carvalho, por ter despertado em mim o encanto pela magistratura, e à Renata Werton, assessora por quem guardo um carinho enorme.

À Cecília, por, durante esses quase 20 anos, ser capaz de reunir, em uma só pessoa, o significado de amizade de que preciso, e ao seu pai, Francisco Santamaria Mont’Alverne Parente, pelo exemplo de dedicado magistrado e pelas longas e riquíssimas conversas sobre literatura e cinema.

À Sarinha, minha amada prima, por cumprir tão bem o papel da irmã mais nova que eu sempre quis, mas nunca tive.

“Traduzir-se uma parte  
na outra parte  
– que é uma questão  
de vida ou morte –  
será arte?”

(FERREIRA GULLAR)

## RESUMO

O controle de constitucionalidade no Brasil segue, em regra, a teoria da nulidade oriunda do sistema americano. Segundo essa teoria, lei que contraria a Constituição merece ser extirpada do ordenamento jurídico, e as relações jurídicas constituídas sob o seu pálio necessitam ser desconstituídas *ab initio*. Todavia, atento à situação de que esse modelo pudesse causar grave violação à segurança jurídica e ao interesse público, o legislador ordinário previu a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal negar aplicabilidade ao trivial efeito *extuncda* declaração de inconstitucionalidade, permitindo que a decisão somente tivesse efeitos prospectivos. Os debates acerca da modulação dos efeitos temporais ganham ainda maior efervescência quando a relação jurídica sob análise possui natureza tributária, pondo-se os princípios da proteção à coisa julgada e da isonomia entre os contribuintes um frente ao outro. Diante desse cenário, urge investigar de que maneira os aludidos princípios podem ser conciliados de modo a impor o menor sacrifício possível a cada um deles.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade. Isonomia. Coisajulgada.

## ABSTRACT

The Constitutional review in Brazil follows, as a general rule, the nullity theory derived from the American system. According to this theory, a law that conflicts with the Constitution deserves to be extirpated from the legal order, and the legal relations constituted under its regulation need to be disregarded *ab initio*. Nevertheless, mindful that this model might cause severe violation to the legal certainty and to the public interest, the infra-constitutional legislator has granted to the Brazilian Supreme Court the possibility of not applying the *ex tunc* effect to the declaration of unconstitutionality, allowing only the forthcoming effects. The debates concerning the temporal modulation of those effects cause even more bustle when the legal relation under judgment is tax-related, as the principle of the *res judicata* protection comes to a confrontation with the equality of taxpayers one. Under this scenario, it urges to investigate how the above-mentioned principles may be conciliated in order to avoid any unnecessary mutual sacrifices.

**Keywords:** Constitutional review. Equality. *Res Judicata*.



SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
2	<b>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	13
2.1	<b>A supremacia constitucional</b> .....	13
2.2	<b>Conceito de inconstitucionalidade</b> .....	14
2.3	<b>O controle de constitucionalidade quanto à competência para o seu exercício: os controles difuso e concentrado</b> .....	16
2.4	<b>Breves comentários a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade</b> .....	19
2.5	<b>As teorias da nulidade e da anulabilidade</b> .....	23
3	<b>OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL</b> .....	27
3.1	<b>Os efeitos temporais no controle concreto</b> .....	27
3.2	<b>Os efeitos temporais em ADI e ADC</b> .....	29
3.3	<b>A modulação dos efeitos temporais</b> .....	30
3.4	<b>A colocação do problema: dissonância entre a coisa julgada e o superveniente julgado do STF</b> .....	33
4	<b>O ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE</b> .....	37
4.1	<b>A dissociação normativa: diferença entre regra e princípio</b> .....	37
4.2	<b>Os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática</b> .....	39
4.3	<b>O direito tributário constitucional e a teoria dos direitos fundamentais</b> ....	40
4.3.1	<i>Tributação e a proteção aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito</i> .....	41
5	<b>OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA</b> .....	45
5.1	<b>A isonomia entre os contribuintes</b> .....	45
5.1.1	<i>Dimensões da igualdade</i> .....	45
5.1.2	<i>A isonomia e o princípio da generalidade tributária</i> .....	48
5.1.3	<i>O tratamento não isonômico entre os contribuintes e os seus reflexos sobre a livre concorrência</i> .....	49
5.2	<b>A proteção à coisa julgada</b> .....	51

5.2.1	<i>A ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária</i> .....	51
5.2.2	<i>A coisa julgada e a segurança jurídica como um estado de certeza</i> .....	52
5.2.3	<i>A interpretação da Súmula 239 do STF e as relações tributárias continuativas</i> .....	54
5.3	<b>A proporcionalidade como solução para o conflito</b> .....	57
6	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	62
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	65

## 1 INTRODUÇÃO

É insito a um Estado Democrático de Direito, de que é exemplo a República Federativa do Brasil, o primado da Constituição, é dizer, a superioridade hierárquica da Lei Maior é de inegável relevância para a consolidação de uma democracia fundada essencialmente na consagração do indivíduo como o principal destinatário dos direitos fundamentais nela reconhecidos. Exerce, pois, a jurisdição constitucional, importante papel na realização da proteção do indivíduo ante as arbitrariedades do Estado.

O controle de constitucionalidade revela-se, assim, quanto ao âmbito tributário, como uma garantia de que os princípios e regras atinentes às limitações constitucionais ao poder de tributar devem ser respeitados sob pena de a lei infringente ser declarada inconstitucional e, conseqüentemente, serem desfeitas, via de regra, as relações jurídicas constituídas sob a sua égide.

Somado à existência desses mecanismos institucionais de controle de constitucionalidade, o caráter pecuniário da obrigação tributária principal é um dos principais fatores justificantes da copiosa quantidade de ações ajuizadas pelos sujeitos passivos em que a constitucionalidade da lei é, obliquamente, objeto de discussão que, não raro, chega ao Supremo Tribunal Federal por via de ação ou de recurso. Em outras palavras, ante a uma limitação ao seu direito de propriedade – o tributo – que considera formal e/ou materialmente desconforme aos preceitos constitucionais, bem como munido dos instrumentos destinados à garantia da supremacia da Lei Fundamental, exceção é o contribuinte que não provoca a atividade jurisdicional.

A relevância do tema se assenta ainda na constatação de que nem a Constituição, muito menos o Código Tributário Nacional previram o tratamento a ser dado à relação tributária cristalizada pela coisa julgada após o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. O que se encontra é tão somente a tímida previsão, na Lei nº 9.868/1999, de adoção da eficácia prospectiva na declaração de inconstitucionalidade, medida essa que não obedece a um regramento específico, muito pelo contrário, sujeita-se às especificidades do caso e às variações tanto de composição do próprio Supremo, quanto de ideologia dos próprios ministros. Ademais, pesquisando o tema nas mais renomadas doutrinas, deparamo-nos com uma assombrosa falta de uniformidade dos argumentos.

Dessas constatações, portanto, é que surge a pergunta-fundamento deste trabalho: de que efeitos temporais as decisões em matéria tributária emanadas da Corte Superior podem ser dotadas? Em decorrência desse incipiente questionamento, lançam-se outras indagações:

(1) uma sentença transitada em julgado que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de determinado tributo pode vir a ser desconstituída em caso de superveniente pronunciamento do STF em sentido oposto? (2) Haverá relevância, em resposta à questão anterior, em distinguir situações relativas a prestações tributárias instantâneas e continuativas? (3) Após a decisão do Supremo, o conflito que surgirá entre a coisa julgada e a isonomia/livre concorrência entre os contribuintes merece ser solucionado de que forma?

A resposta a tais perguntas, como é de se imaginar, exige uma progressiva apresentação do tema de modo a não pecar o presente trabalho em elementares questões de estruturação. Assim, pretende-se apresentá-lo em quatro capítulos, findando-o nas considerações finais possíveis.

No primeiro deles, são lançados temas que, conquanto à primeira vista pareçam um pouco alheios ao cerne do problema, merecem ser tratados a fim de que, quando do advento de questões mais relevantes e complexas, não se tenha a impressão de que conclusões foram tiradas sem que o caminho até elas tenha sido analiticamente visualizado. Em suma, concede-se aqui atenção às noções de supremacia constitucional e às teorias atinentes ao controle de constitucionalidade.

Em seguida, passamos a paulatinamente tratar dos efeitos temporais do controle de constitucionalidade, partindo-se da regra geral adotada pelo ordenamento jurídico pátrio até se chegar à complexa modulação dos efeitos temporais, pondo-se sob análise, ao final, todas as situações-problema vislumbradas na seara tributária.

Já no terceiro capítulo, desvencilhamo-nos tenuemente do controle de constitucionalidade a fim de que o tema pertinente aos direitos fundamentais do contribuinte seja tratado, porquanto essencial à análise dos dois princípios basilares deste trabalho. Nesse ponto, ganha espaço a propedêutica diferenciação entre princípios e regras até se chegar à íntima relação entre o direito tributário e os direitos fundamentais.

Por fim, é o quarto e último capítulo dedicado aos princípios da isonomia entre os contribuintes e da proteção à coisa julgada, os quais, ante o conflito por eles protagonizado, são postos sob a disciplina da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. É aqui que as perguntas acima lançadas encontram o seu destino final.

Em razão da efervescente discussão doutrinária a respeito do tema tratado neste trabalho, não há como se desvencilhar da pesquisa bibliográfica, a qual cede breve espaço – se comparada à frequente referência aos repositórios doutrinários – às jurisprudências do STF e do STJ.

## 20 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### 2.1 A supremacia constitucional

Estudar o controle de constitucionalidade é, antes de tudo, admitir ser determinado ordenamento jurídico formado por um conjunto de normas de hierarquia distinta, consistindo a Constituição no fundamento de validade de todo o plexo normativo. É, ainda, pressupor ser a Lei Fundamental dotada de uma rigidez tal que exige, para a sua alteração, um processo especial mais rigoroso.

Pensando o ordenamento jurídico como uma pirâmide, isto é, um sistema hierárquico de normas, Kelsen (1998, p. 215) afirma que o fundamento de validade de uma norma encontra-se na validade de uma outra norma, a qual, em relação àquela, ocupa posição superior em certa ordem normativa.

Esmiuçando a teoria kelseniana exposta:

[...] pela sua própria localização na base da pirâmide normativa, é a Constituição a instância de transformação da normatividade, puramente hipotética, da norma fundamental, em normatividade concreta, dos preceitos de direito positivos – comandos postos em vigor – cuja forma e conteúdo, por isso mesmo, subordinam-se aos ditames constitucionais. Daí se falar em supremacia constitucional *formal* e *material*, no sentido de que qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto –, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há de se mostrar conforme aos preceitos da Constituição. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 58-59, grifos dos autores).

A propósito da distinção entre supremacia formal e material, pode-se afirmar, sobre esta última, que a experiência nos mostra que as Constituições tendem a conter normas referentes aos elementos basilares de um Estado Democrático de Direito, é dizer, “[...] as normas constitucionais comportam classificação, quanto ao seu conteúdo, em três grandes categorias: as que organizam o poder político [...], as que definem direitos fundamentais [...] e as que indicam valores e fins públicos [...]” (BARROSO, 2011a, p. 105). São essas, destarte, as chamadas normas materialmente constitucionais, as quais, por comumente também integrarem o texto da Constituição, são ainda consideradas formalmente constitucionais.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Barroso (2011a, p. 106) menciona ainda a possibilidade de encontrarmos normas materialmente constitucionais não constantes no corpo da Constituição, tais como as que dispõem sobre direito intertemporal e regras de hermenêutica, normas essas geralmente referidas como normas de sobredireito por se dirigirem diretamente ao intérprete, figurando como premissas conceituais ou metodológicas de outras normas.

De outro giro, a supremacia formal da Constituição está intrinsecamente ligada ao conceito de rigidez constitucional, que “[...] decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal.” (SILVA, 2005, p. 45).

O fato é que, uma vez presentes no corpo constitucional, as disposições normativas, independentemente da matéria sobre a qual versam, revestem-se de uma hierarquia tamanha que, somente por meio de um processo legislativo específico e laborioso, podem ser alteradas. A Constituição Federal de 1988 é classificada, assim, quanto ao conteúdo de suas normas, como uma Constituição formal.

Essa é a lição de Paulo Bonavides, que, referindo-se às normas formalmente constitucionais, sobre elas assim explana:

Mas uma vez postas na Constituição, tais normas – repetimos – embora não sejam *materialmente* constitucionais, somente poderão suprimir-se ou alterar-se mediante um processo diferente, mais solene e complicado (maioria qualificada, votação repetida em legislaturas sucessivas, ratificação pelos Estados-membros em algumas organizações federativas, conforme a prescrição constitucional etc.).

Essa forma *difficil* de reformar a Constituição ou de elaborar uma lei constitucional, distinta pois da *forma fácil* empregada na feitura da legislação ordinária – cuja aprovação se faz em geral por maioria simples, com ausência daqueles requisitos – caracteriza a Constituição pelo seu *aspecto formal*. (BONAVIDES, 2007, p. 82, grifos do autor).

Estabelecida a linha de contorno de onde promanam as noções de inconstitucionalidade e dos mecanismos previstos em nosso ordenamento para expurgá-la, passa-se a progressivamente adentrar o cerne deste trabalho.

## 2.2 Conceito de inconstitucionalidade

Em apertada síntese, pode a inconstitucionalidade ser entendida como qualquer ação ou omissão desconforme com a Constituição. Malgrado essa breve conceituação possa levar à inferência de que qualquer conduta infringente aos preceitos constitucionais, praticada por particulares ou por agentes públicos, é passível de ser considerada inconstitucional, em verdade, oportunamente esclarece Ferrari (2011, p. 813) que “O conceito de ação e omissão inconstitucional só se torna operacional quando ligado aos órgãos do poder estatal, na medida em que a Constituição os tem como primeiros destinatários.”<sup>2</sup> Semelhante entendimento é defendido por Luís Roberto Barroso, segundo o qual

---

<sup>2</sup> Impende ressaltar a posição radical de Romano (1953, p. 138-144 *apud* BONAVIDES, 2007, p. 240) ao negar a existência de destinatários da norma jurídica. Nessa toada, considera diminutamente persuasivas as opiniões

[...] a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos dos que são aqui considerados. (BARROSO, 2011b, p. 33).

Essa desconformidade – melhor dizendo, essa inconstitucionalidade – dá-se em razão da desobediência à forma estatuída para a elaboração dos atos normativos – inconstitucionalidade formal – ou da dissonância entre o conteúdo destes e as normas constitucionais – inconstitucionalidade material.

Pode-se dizer que a primeira delas se manifesta de duas principais maneiras: inconstitucionalidade formal orgânica, consistente na inobservância da regra de competência para a edição do ato normativo, e inconstitucionalidade formal propriamente dita, resultante da inobservância do processo legislativo previsto no Texto Magno (BARROSO, 2011b, p. 48-49).<sup>3</sup>

Defende o professor Paulo Bonavides que a inconstitucionalidade material, por sua vez, por referir-se ao aspecto substantivo do ato, ao seu conteúdo, atinge elevado grau de controvérsia se comparada às formas de manifestação dos vícios formais, porquanto o controle destes últimos é exercido pura e simplesmente no interesse dos órgãos do Estado a fim de que seja averiguada a observância da regularidade na repartição de competência ou do equilíbrio entre os poderes (BONAVIDES, 2007, p. 298). Com efeito, cabe mencionarmos a reflexão por ele proposta: “As Constituições existem para o homem e não para o Estado; para a Sociedade e não para o Poder.” (BONAVIDES, 2007, p. 298).

Nesse diapasão, prossegue o aludido jurista:

O controle material de Constitucionalidade é delicadíssimo em razão do elevado teor de *politicidade* de que se reveste, pois incide sobre o *conteúdo da norma*. Desce ao fundo da lei, outorga a quem o exerce competência com que decidir sobre o teor e a matéria da regra jurídica, busca acomodá-la aos cânones da Constituição, ao seu espírito, à sua filosofia, aos seus princípios políticos fundamentais. (BONAVIDES, 2007, p. 299, grifos do autor).

De outro giro, parece posicionar-se Barroso (2011b, p. 51) no sentido de defender a inexistência de diferentes graus de relevância entre os tipos de inconstitucionalidade de que ora se trata, uma vez que, segundo ele, em ambos os casos, a invalidade da norma – cuja tendência será a paralisação de sua eficácia – é a única consequência jurídica. Afirma ainda

---

que reputam como destinatário a autoridade responsável pela aplicação e tutela das normas jurídicas ou essa autoridade, juntamente com as pessoas que devem observá-las ou delas se valerem.

<sup>3</sup> Barroso (2011b, p. 51) menciona ainda a possibilidade de “[...] coexistência, em um mesmo ato legislativo, de inconstitucionalidade formal e material, vícios distintos que podem estar cumulativamente presentes.”.

que, da classificação entre inconstitucionalidade formal e material<sup>4</sup>, não emerge outra distinção senão quando a hipótese de desconformidade se der entre a novel Constituição – ou emenda constitucional – e uma norma infraconstitucional preexistente.<sup>5</sup> Nesse sentido, argumenta o ministro:

[...] sendo a inconstitucionalidade de natureza material, a norma não poderá subsistir. As normas anteriores, incompatíveis com o novo tratamento constitucional da matéria, ficam automaticamente revogadas (é minoritária, no direito brasileiro, a corrente que sustenta que a hipótese seria de inconstitucionalidade, passível de declaração em ação direta ajuizada para esse fim). Não é o que ocorre, porém, quando a incompatibilidade entre a lei anterior e a norma constitucional nova é de natureza formal, vale dizer: quando a inovação introduzida apenas mudou a regra de competência ou a espécie normativa apta a tratar da matéria. Nesse caso, a norma preexistente, se for materialmente compatível com o novo ordenamento constitucional, é recepcionada, passando apenas a se submeter, *ad futurum*, à nova disciplina. (BARROSO, 2011b, p. 51-52).

Discordamos daqueles que não consideram de similar gravidade ambas as modalidades de inconstitucionalidade. É de se considerar de singular tibieza a argumentação segundo a qual a menor importância dada ao controle de constitucionalidade formal se justifica por não ser ele instituído no interesse direto do cidadão, mas do Estado. Isto porque – não nos olvidemos – a desconformidade dos atos normativos com as normas constitucionais atinentes à organização dos Poderes e às relações entre eles tende a abolir o princípio da separação dos Poderes, cláusula pétrea que sequer pode ser objeto de emenda constitucional, a teor do disposto no art. 60, § 4º da Constituição Federal de 1988.<sup>6</sup> Frise-se, outrossim, que a origem histórica desse princípio encontra-se na proteção dos indivíduos em face da existência de um poder concentrado e absoluto nas mãos de um soberano, consistindo, portanto, uma das mais seminais formas de proteção aos direitos individuais.

### **2.3 O controle de constitucionalidade quanto à competência para o seu exercício: os controles difuso e concentrado**

<sup>4</sup>Conquanto a doutrina constitucional aponte variadas classificações dos diferentes tipos de inconstitucionalidade (v.g., por ação/omissão, originária/superveniente, total/parcial), este trabalho, a fim de não se prolongar sobre temas que não se referem diretamente ao âmago do problema proposto, trata apenas da classificação entre inconstitucionalidade formal e material, por ser ela de maior vulto.

<sup>5</sup>Outra diferença que pode ser apontada refere-se à declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, em que este é integralmente mantido, mas determinada forma de interpretá-lo é tida por inconstitucional. Tal interpretação conforme a Constituição somente é cabível em casos de inconstitucionalidade material, uma vez que, sendo a desconformidade de natureza formal, deve a lei ou ato normativo ser expurgado do ordenamento jurídico (ALBUQUERQUE, 2009, p. 240). Não há, pois, nessa última hipótese, qualquer chance de subsistência.

<sup>6</sup>“Art. 60 [...]§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...]III - a separação dos Poderes;” (BRASIL, 1988).



No que se refere ao controle jurisdicional de constitucionalidade<sup>7</sup>, pode ser ele exercido de modo difuso ou concentrado<sup>8</sup>, consistindo a distinção entre ambos na “[...] capacidade de um ou de vários órgãos judicantes para conhecer e decidir sobre a inconstitucionalidade.” (FERRARI, 2011, p. 816).

O controle concentrado – *abstrato, por via de ação, ou por via principal* –, limita-se a apenas um órgão ou a um número determinado de órgãos criados precipuamente para o fim específico de fiscalização das inconstitucionalidades (BARROSO, 2011b, p. 69). Entre nós, esse controle incumbe ao órgão máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>9</sup>, que “[...] tem por competência processar e julgar originariamente a declaração em tese da inconstitucionalidade, isto é, quando sua análise está desvinculada de qualquer lesão de direito, individualmente considerado [...]” (FERRARI, 2011, p. 816). “Nesse caso, impugna-se perante determinado tribunal uma lei, que poderá perder sua validade constitucional e conseqüentemente (*sic*) ser anulada *erga omnes* (com relação a todos).” (BONAVIDES, 2007, p. 307).

O método difuso, de outra banda, é exercido “[...] quando se permite a todo e qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e, conseqüentemente, sua não aplicação ao caso concreto levado ao conhecimento da corte.” (BARROSO, 2011b, p. 69). Tal controle – o qual também recebe a denominação de *controle concreto, por via de exceção ou incidental*– depende, pois, da prévia existência de uma lide em cujo curso é suscitada a questão atinente à inconstitucionalidade da norma a ser aplicada ao caso concreto. “A lei que ofende a Constituição não desaparece assim da ordem jurídica, do corpo ou sistema das leis, podendo ainda ter aplicação noutra feito, a menos que o poder competente a revogue.” (BONAVIDES, 2007, p. 303).

Quanto a essa última hipótese, há previsão na Constituição Federal de 1988 de suspensão da execução, pelo Senado Federal, do ato declarado inconstitucional pelo Supremo

---

<sup>7</sup>Silva (2005, p. 49) aponta a existência de três sistemas de controle de constitucionalidade: político, jurisdicional e misto. Em suma, aquele é exercido por órgãos de natureza política, como o próprio Poder Legislativo. O jurisdicional, por sua vez, é realizado pelo Poder Judiciário, a quem a Constituição outorga a faculdade de declarar a inconstitucionalidade das leis e de outros atos emanados do Poder Público. Finalmente, o controle misto ocorre quando o controle de determinada categoria de leis está submetido ao controle político, e outra, ao controle jurisdicional.

<sup>8</sup>A origem de ambos os métodos será oportunamente mencionada quando tratarmos das teorias da anulabilidade e nulidade.

<sup>9</sup>“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;” (BRASIL, 1988).

Tribunal em sede de recurso extraordinário, *ex vi* do art. 52, X.<sup>10</sup> Assim sendo, dota-se a declaração de inconstitucionalidade pela Suprema Corte de eficácia *erga omnes*, isto é, não se cinge mais sua inaplicabilidade ao caso concreto levado a juízo, passando, destarte, a ter papel semelhante à declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado. É por essa razão que Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1244) defendem que tal previsão

[...] perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valor tão-somente (*sic*) para as partes?

Outra possível crítica – esta, sem razão – que poderia ser formulada a respeito dessa competência atribuída ao Senado Federal seria aquela segundo a qual tal instituto resulta tão somente na mera suspensão da execução da norma, sem efetivamente expurgá-la do ordenamento jurídico. Sucede que, como restou muito bem assentado na doutrina de Bonavides (2007, p. 328), “A verdade porém é que a criação engenhosa do constituinte pátrio, ladeando o princípio da separação de poderes, [...] logra, com o expediente da suspensão, o mesmo efeito prático : a retirada de circulação da lei inconstitucional.”.

Como já mencionado, malgrado essa forma de fiscalização seja também conhecida, no Brasil, em regra,<sup>11</sup> como controle por via de exceção ou de defesa, “[...] porque normalmente a inconstitucionalidade era invocada pela parte demandada, para escusar-se do cumprimento da norma que reputava inválida.” (BARROSO, 2011b, p. 72), cabe mencionarmos que a questão da inconstitucionalidade pode, outrossim, ser suscitada como pretensão formulada pelo autor da ação ( BARROSO, 2011b, p. 72).

José Afonso da Silva, explanando genericamente o tema à luz do direito comparado, assim disserta:

O controle jurisdicional subordina-se ao princípio geral de que não há juízo sem autor (*nemo iudex sine auctore*), que é rigorosamente seguido no sistema brasileiro, como geralmente ocorre nos países que adotam o critério de controle difuso. Admite-se, nos sistemas de critério concentrado, o controle por *iniciativa do juiz* [...] e por *iniciativa popular* [...]. Com essas observações, podemos resumir que se

<sup>10</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;” (BRASIL, 1988).

<sup>11</sup> “Somente com a arguição de descumprimento de preceito fundamental, criada pela Lei n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999 [...], passou-se a admitir uma hipótese de controle incidental concentrado [...]” (BARROSO, 2011b, p. 72).

conhecem no Direito Constitucional Comparado três modos de exercício do controle de constitucionalidade: (a) *por via de exceção*, ou *incidental*, segundo o qual cabe ao demandado argüir (*sic*) a inconstitucionalidade, quando apresenta sua defesa num caso concreto, isto é, num processo proposto contra ele; por isso, é também chamado *controle concreto*; (b) *por via de ação direta de inconstitucionalidade*, de iniciativa do interessado, de alguma autoridade, ou instituição ou pessoa do povo (ação popular); (c) *por iniciativa do juiz* dentro de um processo de partes. (SILVA, 2005, p. 50, grifos do autor).

Jungindo-se ao sistema adotado no Brasil – classificado como um sistema híbrido – foi com o advento da Emenda Constitucional (EC) nº 16/65 que o controle concentrado de constitucionalidade foi efetivamente introduzido em nosso ordenamento jurídico através de uma ação direta de inconstitucionalidade genérica a ser julgada perante o Supremo Tribunal Federal mediante representação do Procurador-Geral da República, tornando, com a ampliação ulterior da legitimidade para a sua propositura, paulatinamente rarefeito o modelo difuso por via de exceção, o qual se faz presente desde a Constituição de 1891.

#### **2.4 Breves comentários a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade**

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio prevê cinco espécies de controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição: a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica (ADI), a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADI Interventiva)<sup>12</sup>, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Não é, todavia, objetivo deste trabalho destringir todas as modalidades acima mencionadas, mas ater-se apenas à análise da ADI genérica e da ADC, as quais, em verdade, como amiúde definido na doutrina constitucionalista, são *ações diretas de sinais trocados*, isto é, julgada improcedente esta, obter-se-á o mesmo efeito daquela e vice-versa.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>A ADI Interventiva, inobstante seja espécie de controle concentrado, porquanto de competência exclusiva da Corte Superior, não pode ser caracterizada, em essência, como modelo de controle abstrato, pois possui, outrossim, a finalidade política de decretação da intervenção federal em caso de violação aos princípios constitucionais sensíveis previstos no art. 34, VII da Carta Magna e de recusa à execução de lei federal, a teor do disposto no art. 36, III, da Constituição (BRASIL, 1988), não objetivando, portanto, apenas fiscalizar leis ou atos normativos contrários à ordem constitucional. É, por assim dizer, “[...] um *controle direto para fins concretos* [...]” (MORAES, 2004, p. 653, grifo do autor).

<sup>13</sup>O caráter dúplice dessas ações encontra-se evidenciado no art. 24 da Lei nº 9.868/1999, o qual dispõe: “Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.” (BRASIL, 1999).

Com o advento da Constituição vigente, a legitimidade para a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade ampliou-se para além do Procurador-Geral da República<sup>14</sup>, fortalecendo a impressão de que, com a introdução e ampliação do modelo abstrato, pretendeu o constituinte reforçar esse tipo de controle em nosso ordenamento jurídico (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.214). Isso porque,

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “*difusos*” ou “*incidentes*” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.214, grifos dos autores).

No que se refere ao objeto, destina-se a ADI a impugnar leis e atos normativos federais ou estaduais (art. 102, I, a), tendo a jurisprudência do STF adotado inicialmente “[...] uma linha restritiva, exigindo que a norma impugnada em ação direta fosse dotada dos atributos de generalidade e abstração.” (BARROSO, 2011b, p. 193).

Sucedo que, “Em precedente de 2008, a jurisprudência tradicional foi confrontada abertamente por diversos ministros e acabou expressamente relativizada, senão superada.” (BARROSO, 2011b, p. 194).

O julgado em alusão restou assim assentado:

[...] II. CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ORÇAMENTÁRIAS. REVISÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, *independente do caráter geral ou específico, concreto ou abstrato de seu objeto*. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade [...]. (BRASIL, 2008, grifo nosso).

Do aresto colacionado, poder-se-ia inferir que o objeto da ADI, “[...] além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo.” (NEVES, 1994 *apud* MORAES, 2004, p. 629).

---

<sup>14</sup>Em sua redação originária, assim dispunha o art. 103 da Constituição: “Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.” (BRASIL, 1988).

Nessa toada, Alexandre de Moraes considera possível, por exemplo, que a aludida ação questione a constitucionalidade de resoluções administrativas dos tribunais, ressalvando, no entanto, a hipótese de atos estatais de efeitos concretos, por estarem estes desprovidos de densidade normativa<sup>15</sup> em seu conteúdo (MORAES, 2004, p. 629-630).

Com entendimento ponderado – o que nos parece o mais acertado –, a doutrina de Barroso (2011b, p. 203) cita diversos casos em que a jurisprudência do STF posicionou-se pelo descabimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade em se tratando de atos administrativos normativos<sup>16</sup>, tais como decretos regulamentares, instruções normativas e resoluções, uma vez que, em tais hipóteses, “[...] não se estabelece confronto direto entre eles [atos administrativos normativos] e a Constituição.” (BARROSO, 2011b, p. 203). Havendo contrariedade, argumenta o ministro, ou o ato administrativo é desconforme à lei que ele regula – o que caracteriza uma mera ilegalidade –, ou é a própria lei que está em desconformidade com o texto constitucional, situação em que é ela, e não o ato normativo secundário, que deverá ser objeto de impugnação (BARROSO, 2011b, p. 203).

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, por sua vez, foi introduzida no texto constitucional por meio da EC nº 3/93 “[...] com a pretensão de, proporcionando a certeza e a segurança do direito, aperfeiçoar e desenvolver nosso sistema de proteção à supremacia da Constituição.” (FERRARI, 2011, p. 911).

Tratando do tema referente à finalidade da ADC, José Afonso da Silva explana:

[...] ela se caracteriza como um meio de paralisação de debates em torno de questões jurídicas de interesse coletivo, precisamente porque seu exercício pressupõe a existência de decisões generalizadas em processos concretos reconhecendo a inconstitucionalidade de lei em situação oposta a interesses governamentais. Visa ela, pois, solucionar esse estado de controvérsia generalizado por via da coisa julgada vinculante, quer confirme as decisões proferidas concluindo-se, em definitivo, pela inconstitucionalidade da lei, com o que se encerram os processos concretos em favor dos autores, quer reforme essas decisões com a declaração da constitucionalidade da lei. (SILVA, 2005, p. 57-58).

Todavia, para Ferrari (2011, p. 922) é necessária ponderação quanto ao cabimento dessa ação, o qual somente se dá quando o autor a propõe sustentando a constitucionalidade

---

<sup>15</sup> Para Bobbio (2001, p. 180-181), normais gerais são aquelas universais em relação aos destinatários, isto é, dirigem-se a uma classe de pessoas, sem especificação de um indivíduo singular. A abstração, por sua vez, refere-se à característica de normas que regulam uma ação-tipo, residindo a universalidade na ação, e não no destinatário.

<sup>16</sup> Nesse sentido, já decidiu a Suprema Corte no Agravo Regimental na ADI nº 3.074: “CONSTITUCIONAL. NATUREZA SECUNDÁRIA DE ATO NORMATIVO REGULAMENTAR. RESOLUÇÃO DO CONAMA. INADEQUAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não se admite a propositura de ação direta de inconstitucionalidade para impugnar Resolução do CONAMA, ato normativo regulamentar e não autônomo, de natureza secundária. O parâmetro de análise dessa espécie de ato é a lei regulamentada e não a Constituição.” (BRASIL, 2014).

da lei ou do ato normativo em virtude da presunção de constitucionalidade de que se revestem as normas jurídicas desde o seu nascedouro. O objetivo último da ADC é, pois, preservar essa presunção.

O entendimento sufragado na doutrina de Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1293) – segundo o qual “[...] a ADC não parece representar um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. Em verdade, o dispositivo não inova.” – é criticado por Albuquerque (2009, p. 200), para quem a Ação Declaratória de Constitucionalidade “[...] trouxe um atributo jurídico até então inédito [...]: o efeito vinculante relativamente aos órgãos dos Poderes Executivo e Legislativo, almejando atingir não só a parte dispositiva da decisão, como também seus motivos determinantes.”<sup>17</sup>

Prosegue ainda, em seu intento de demonstrar a inovação trazida pela ação, afirmando que a ADC “[...] enraizou no plano constitucional originário um elemento de subjetividade, qual seja: caberia ao STF definir quando o dissídio jurisprudencial autorizador de conhecimento da declaratória é ‘relevante’ e ‘sério’.” (ALBUQUERQUE, 2009, p. 200).

Consoante Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1295), cogita-se, assim, de uma legitimação para agir *in concreto*, muito embora a Constituição não tenha expressamente exigido esse pressuposto da incerteza<sup>18</sup>, o qual é inerente às ações declaratórias, precipuamente às declaratórias de conteúdo positivo.

Quanto à legitimidade para a sua propositura, conferiu a EC nº 45/04 novo tratamento à matéria, pareando os legitimados da Ação Declaratória de Constitucionalidade aos da Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A similitude entre ambas as ações reside, ainda – como é próprio do controle abstrato de normas –, na eficácia *erga omnes* no efeito vinculante da decisão (art. 102, §2º)<sup>19</sup>,

---

<sup>17c</sup>Em sucessivas decisões, o Supremo Tribunal Federal estendeu os limites objetivos e subjetivos das decisões proferidas em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com base em uma construção que vem denominando *transcendência dos motivos determinantes*. Por essa linha de entendimento, é reconhecida eficácia vinculante não apenas à parte dispositiva do julgado, mas também aos próprios fundamentos que embasaram a decisão. Em outras palavras: juízes e tribunais devem acatamento não apenas à conclusão do acórdão, mas igualmente às razões de decidir.” (BARROSO, 2011b, p. 230, grifo do autor). Todavia, pode-se dizer que, hodiernamente, essa teoria encontra-se superada, como restou assentado no Agravo Regimental na Reclamação (Rcl) nº 10.125: “Há necessidade de aderência estrita do objeto do ato reclamado ao conteúdo da decisão do STF dotada de efeito vinculante e eficácia erga omnes para que seja admitida a reclamatória constitucional.” (BRASIL, 2013).

<sup>18</sup>De outro giro, a Lei nº 9.868/1999 não se manteve silente quanto à exigência desse pressuposto, predicando, em seu art. 14, III: “Art. 14. A petição inicial indicará: [...] III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.” (BRASIL, 1999).

<sup>19c</sup>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.” (BRASIL, 1988).

aspectos que revelam maior atendimento à isonomia entre indivíduos – contribuintes, em se tratando da seara tributária. Não é outro o entendimento defendido por Ferrari (2011, p. 872):

Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes* própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da constitucionalidade todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive daquelas que estão em andamento.

Entretanto, divergem as ações quanto à possibilidade de reapreciação da matéria pela Suprema Corte, o que é de todo possível, caso se trate de novo juízo acerca de matéria anteriormente declarada constitucional, se posteriormente presente eventual modificação dos fatos ou da orientação jurídica sobre a matéria<sup>20</sup> (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1455). Em síntese, uma determinada lei declarada constitucional pelo STF pode, em momento ulterior, ser objeto de uma ADI.

De outra banda, a eficácia vinculante da decisão proferida pela Excelsa Corte que entende pela inconstitucionalidade da lei, pode-se dizer, é absoluta.

Corroborando o que se defende, Regina Maria Macedo Nery Ferrari aduz que “[...] o efeito decorrente da decisão que reconhece a inconstitucionalidade da lei [é diferente] daquele que se produz pela declaração da sua constitucionalidade: aquele cassa, anula a lei; este confirma a sua validade [...]” (FERRARI, 2011, p. 924). Assim sendo, expurgada determinada lei ou ato normativo do ordenamento jurídico, é imperioso reconhecer a impossibilidade de sua nova apreciação mediante controle de constitucionalidade pelo Supremo.

Tratar dos efeitos temporais das decisões prolatadas em sede de controle abstrato no STF, contudo, não se reveste de tanta facilidade como os demais aspectos acima tratados, motivo pelo qual será postergado tal debate para um capítulo específico, o qual merece ser antecedido pelas teorias a respeito da matéria.

## 2.5 As teorias da nulidade e da anulabilidade

O deslinde da questão atinente aos efeitos temporais das decisões proferidas em ADI e ADC depende sobremaneira da seguinte investigação prévia: a lei inconstitucional é nula, anulável ou inexistente?

---

<sup>20</sup> A discussão da matéria no âmbito do controle difuso será feita em momento posterior quando da análise da Súmula n.º 239 do Supremo Tribunal Federal.

A tese da inexistência é, de logo, facilmente refutada, uma vez que, como coerentemente esposado por Barroso (2011b, p. 35, grifos do autor):

Dentro da ordem de ideias aqui expostas, uma lei que contrarie a Constituição, por vício formal ou material, não é *inexistente*. Ela ingressou no mundo jurídico e, em muitos casos, terá tido aplicação efetiva, gerando situações que terão de ser recompostas. Norma inconstitucional é norma *inválida*, por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior. Atente-se que validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a *vigência* de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.

É dizer, a norma, ainda que inconstitucional, desde o momento em que nasce no ordenamento jurídico, passa a reger relações jurídicas, sendo considerada pelos indivíduos como perfeitamente válida, vigente e eficaz. Assim sendo, inobstante o vício de que padece, a norma produz efeitos no mundo fático (ALBUQUERQUE, 2009, p. 172), não havendo, pois, como considerá-la inexistente.

Quanto ao plano da validade, são cabíveis maiores elucubrações a respeito, mormente sobre as teorias da nulidade e da anulabilidade, desenvolvidas, respectivamente, nos sistemas americano e austríaco de controle de constitucionalidade.

Aquela tem origem no célebre caso *Marbury vs. Madison*, em cujo curso o juiz Marshall sustentou que todo ato do Congresso contrário à Constituição deveria ser considerado nulo, inválido e ineficaz (BONAVIDES, 2007, p. 311). É desse sistema que se extraem as raízes do controle difuso, em que “[...] é da essência dos Tribunais, de uma forma geral, declarar a inconstitucionalidade e deixar de aplicar uma lei, se a mesma não estiver em conformidade com o texto Constitucional.” (BARROS, 2005, p. 31).

Quanto ao exercício do *judicial review*, pode-se dizer que este se realizava por via de exceção, ou seja, umbilicalmente dependente de um caso concreto, cabendo à Suprema Corte manifestar-se tão somente em última instância, criando um precedente – o *staredecisis* – a ser seguido pelos demais tribunais (BARROS, 2005, p. 32).

Sob o manto da doutrina do *staredecisis* e do respeito ao precedente por ela criado, os tribunais dos Estados Unidos têm a tendência em seguir as decisões anteriormente emanadas dos tribunais de sua jurisdição que se situem em maior ou até mesmo em mesmo nível. Malgrado a Suprema Corte norte-americana tenha afirmado ser o *staredecisis* uma política flexível, ele impede que esse tribunal superior supere os seus próprios precedentes sem que haja razões suficientes para tanto, de que são exemplos a inexecutabilidade da regra na prática e a mudança considerável dos fatos ao ponto de retirar da antiga regra a significância de sua aplicação (FINE, 2007, p. 367).



A difusão de competência aos órgãos judiciais, própria desse sistema, é lembrada por Bonavides (2007, p. 305) como um inconveniente por entregar a validade da lei a apreciações subjetivas de inconstitucionalidade, o que geraria contradições e perplexidade. Todavia, como bem mencionado pelo constitucionalista, no sistema clássico desse tipo de controle, a ordem jurídica afasta tal inconveniente quando a declaração é feita por um aresto oriundo da Suprema Corte, não se abalçando qualquer juiz ou tribunal a aplicar uma lei já inquinada de inconstitucionalidade por decisão do mais alto órgão da Justiça norte-americana, conforme já anteriormente mencionado.

A tese americana da nulidade da lei inconstitucional encontra pleno esteio na doutrina pátria, de que é exemplo a do ministro Luís Roberto Barroso, para quem,

No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito [...].

Se a Constituição é a lei suprema, admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia. Se uma lei inconstitucional puder reger dada situação e produzir efeitos regulares e válidos, isso representaria a negativa de vigência da Constituição naquele mesmo período, em relação àquela matéria. A teoria constitucional não poderia conviver com essa contradição sem sacrificar o postulado sobre o qual se assenta. Daí por que a inconstitucionalidade deve ser tida como uma forma de nulidade, conceito que denuncia o vício de origem e a impossibilidade de convalidação do ato. (BARROSO, 2011b, p. 37-38).

Para esse sistema, portanto, a decisão proferida em controle de constitucionalidade tem caráter declaratório – porque destinada a apenas declarar uma situação preexistente –, reconhecendo a invalidade da norma *ab initio*, expurgando-a do ordenamento jurídico de forma *extunc*, isto é, retroativamente.

A ideia do sistema kelseniano, em seu modelo austríaco original, de jurisdição concentrada – porque concentrado em uma Corte Constitucional – ou por via principal, por sua vez, era de que a lei desconforme à Carta Magna seria apenas anulável, e não nula, isto é, a Corte Constitucional anulava a lei declarada inconstitucional, sendo ela, contudo, até aquele momento, plenamente válida.

Assim, diversamente do sistema consolidado nos Estados Unidos, não se declarava uma nulidade preexistente, mas, sim, “[...] a decisão que a reconhecesse teria natureza *constitutiva negativae* produziria apenas efeitos *ex nunc*, sem retroagir ao momento de nascimento da lei.” (BARROSO, 2011b, p. 41, grifo do autor). Ademais, como bem lembrado por Ferrari (2011, p. 855), outra característica distintiva desse sistema são os efeitos *erga omnes* das decisões, perdendo a lei a sua força obrigatória em relações a todos, como se tivesse sido revogada por outra lei sucessiva.

A fim de que se conheça a teoria da anulabilidade em sua mais pura concepção, cumpro transcrever o entendimento kelseniano:

Do que acima fica dito também resulta que, dentro de uma ordem jurídica não pode haver algo como a nulidade, que uma norma pertencente a uma ordem jurídica não pode ser nula mas apenas pode ser anulável. Mas esta anulabilidade prevista pela ordem jurídica pode ter diferentes graus. Uma norma jurídica em regra somente é anulada com efeitos para futuro, por forma que os efeitos já produzidos que deixa para trás permanecem intocados. Mas também pode ser anulada com efeito retroativo, por forma tal que os efeitos jurídicos que ela deixou atrás de si sejam destruídos: tal, por exemplo, a anulação de uma lei penal, acompanhada da anulação de todas as decisões judiciais proferidas com base nela; ou de uma lei civil, acompanhada da anulação de todos os negócios jurídicos celebrados e decisões jurisdicionais proferidas com fundamento nessa lei. Porém, a lei foi válida até a sua anulação. Ela não era nula desde o início. Não é, portanto, correto o que se afirma quando a decisão anulatória da lei é designada como “declaração de nulidade”, quando o órgão que anula a lei declara na sua decisão essa lei como “nula desde o início” (*extunc*). A sua decisão não tem caráter simplesmente declarativo, mas constitutivo. (KELSEN, 1998, p. 306-307).

É certo que o modelo brasileiro, por conjugar o tradicional modelo difuso com as ações diretas de competência do Supremo Tribunal Federal, é considerado, como já dito, um sistema híbrido (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1.162), sendo não menos certo que a teoria da nulidade da norma inconstitucional foi amplamente abraçada pelo ordenamento jurídico pátrio, mas com uma certa mitigação. É o que será analisado a partir do próximo capítulo deste trabalho.

### **3 OS EFEITOS TEMPORAIS DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

### 3.1 Os efeitos temporais no controle concreto

Quando do estudo do fenômeno da inconstitucionalidade e das teorias construídas no direito comparado para expurgá-la, restou por nós abraçado o entendimento segundo o qual “[...] norma inconstitucional é, por força da Constituição (e não da lei ordinária), norma nula, devendo, em princípio, serem restauradas as lesões a direitos individuais decorrentes da sua aplicação no período em que teve eficácia [...]” (PONTES, 2005, p. 139). Assim sendo, “[...] hoje em dia não cabe mais distinguir sistemas de controle de constitucionalidade em que prevalece a eficácia *ex nunc* ou *extunc* [...]. A regra que predomina no mundo ocidental [...] é a da eficácia retroativa ou *extunc*.” (GRECO, 2002, v. 5, p. 203). Todavia, como a teoria da nulidade é aplicada com certo abrandamento em nossa jurisprudência, adentrarmos esse assunto é medida que se impõe.

Pois bem. A referida regra da nulidade é observada em sede de controle incidental, devendo o juiz, ao decidir a lide e após reconhecer a inconstitucionalidade da norma, dar a essa decisão eficácia *extunc* (BARROSO, 2011b, p. 147). Nesse sentido, é de bom alvitre transcrevermos as palavras elucidativas do ministro:

De fato, corolário da supremacia da Constituição é que uma norma inconstitucional não deva gerar direitos ou obrigações legitimamente exigíveis. Nos exemplos formulados – o do tributo e o da majoração de aluguel –, as partes ficam desobrigadas de pagá-los não apenas a partir da sentença, mas desde o advento da lei que serviu de fundamento à exigência. E terão o direito de exigir a restituição de qualquer parcela que tenham pago indevidamente, em período anterior à decisão. (BARROSO, 2011b, p. 147).

Conclui Ferrari (2011, p. 822) que os efeitos desse pronunciamento têm o alcance normal das decisões judiciais, não havendo particularidade alguma decorrente do fato de a decisão principal ter sido precedida de um exame acerca da constitucionalidade da lei, porquanto o que se objetiva é resolver a relação jurídica, sendo a inconstitucionalidade analisada na medida de sua essencialidade para a solução da *litis*.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> Câmara (2008, v. 2, p. 35-36), refere-se a essa alegação incidental de inconstitucionalidade do modo como é conhecida na doutrina, isto é, como *questão constitucional prejudicial*. Prejudicial, porque, não integrando o objeto do processo, não será objeto de julgamento pelo juízo, mas tão somente objeto de conhecimento. Diante disso, prossegue, caberá ao órgão jurisdicional conhecer da questão constitucional e, entendendo pela inconstitucionalidade, deixar de aplicar a norma analisada, afirmando por que o faz na motivação de sua decisão. Como exemplo, menciona Barroso (2011b, p. 116) a situação em que um contribuinte, em sede de embargos à execução fiscal, insurge-se contra a cobrança de um tributo instituído e cobrado pelo município, alegando, para tanto, ser esse exação inconstitucional. O objeto dos embargos é decidir se é devido ou não o tributo. Todavia, para formar sua convicção, o juiz deve decidir previamente sobre a constitucionalidade da lei que criou o tributo.

Direcionando o tema para o âmbito do Supremo, a eficácia retroativa da decisão proferida em sede de recurso extraordinário<sup>22</sup>, inobstante fulmine a relação jurídica fundada na lei inconstitucional desde o seu nascimento – e, é salutar destacar, relação referente àquele caso concreto<sup>23</sup> –, não torna a lei nula, continuando ela válida e eficaz (SILVA, 2005, p. 54), podendo ser ainda plenamente aplicada a outras relações jurídicas estranhas ao processo.<sup>24</sup>

Todavia, a partir do momento em que o Senado Federal, valendo-se da competência que o art. 52, X da Constituição lhe outorga, publica resolução suspendendo a eficácia da lei, essa manifestação senatorial é dotada de efeitos prospectivos, *ex nunc* – “Pois, até então, a lei existiu. Se existiu, foi aplicada, revelou eficácia, produziu validamente seus efeitos.” (SILVA, 2005, p. 54) –, bem como de eficácia subjetiva contra todos, *erga omnes*.

Barroso (2011b, p. 151) cita posicionamento encontrado na doutrina – do qual discordamos – segundo o qual a atuação do Senado Federal não possui caráter vinculado, mas discricionário, podendo a Casa Legislativa, conforme seu próprio juízo de conveniência e oportunidade, suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes*.

Consoante Albuquerque (2009, p. 188), tal competência atribuída ao Senado encontra razão na inexistência, em 1934, de um sistema por meio do qual a Corte Superior decidisse incidentalmente uma questão constitucional, e que essa decisão fosse dotada de eficácia contra todos, tal qual existia no modelo norte-americano. Podemos assim dizer que a atuação senatorial seria, em sua origem, um sucedâneo brasileiro do *staredecisis*.

Sucedede que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade pela EC nº 16/65 e com o tratamento dado à ação direta pela Constituição de 1988, a atuação do Senado tornou-se um anacronismo, pois, seja em controle incidental, seja em ação direta, uma decisão

---

<sup>22</sup> “[...] ressalvadas as restritas hipóteses de cabimento de recurso ordinário, o recurso extraordinário é o meio adequado para a parte interessada, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, levar ao conhecimento da Suprema Corte controvérsia constitucional concreta, discutida nos juízos inferiores.” (ALBUQUERQUE, 2009, p. 187).

<sup>23</sup> A respeito da eficácia subjetiva da coisa julgada em sede de controle incidental, Regina Maria Macedo Nery Ferrari pontua que tal decisão, “[...] embora restrita às partes, pode, em determinados sistemas, ter eficácia absoluta. É o que sucede nos Estados Unidos da América do Norte, quando a sua Corte Suprema decreta a inconstitucionalidade de uma lei – tal decisão é obrigatória não só para as jurisdições subordinadas, como, também, para a jurisdição que a fez, ficando determinada sua aplicação judiciária, obrigando a todos.” (FERRARI, 2011, p. 823).

<sup>24</sup> Todavia, é correta a lição de Helenilson Cunha Pontes no sentido de que “Pragmaticamente, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, embora em sede de fiscalização difusa de constitucionalidade, têm assumido um efeito (voluntariamente) vinculante e geral no que tange às demais esferas do Poder Judiciário e do Poder Executivo. Este efeito extraprocessual de natureza vinculante reflete-se na flexibilização do princípio da reserva de plenário, consubstanciada na dispensa de análise do incidente de inconstitucionalidade pelo Plenário dos Tribunais, quando a inconstitucionalidade da norma jurídica sindicada já tenha sido declarada pelo Supremo Tribunal.” (PONTES, 2005, p. 84).

do Pleno do STF<sup>25</sup> deve ter o mesmo alcance e os mesmo efeitos (BARROSO, 2011b, p. 152-153). Para o ministro, seria uma violação ao princípio da economia processual obrigar os legitimados do art. 103 da Constituição a propor uma ação direta a fim de produzir uma decisão que já se sabe qual é (BARROSO, 2011b, p. 153).

Adotando um raciocínio semelhante, porém mais ousado – porquanto colidente com a própria literalidade do dispositivo constitucional (art. 52, X) –, Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1.252, grifo dos autores) assim se posicionam:

Parece legítimo entender que a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Dessa forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. [...]. Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não cuida de decisão substantiva, mas de simples dever de publicação [...].

### 3.2 Os efeitos temporais em ADI e ADC

Inobstante o silêncio constitucional, o efeito das decisões proferidas em sede de ADI e ADC que reconhecem a inconstitucionalidade de determinada lei é comumente definido pela doutrina como *extunc*, seguindo a regra geral. Tal entendimento foi inclusive adotado pelo legislador ordinário que, no art. 27 da Lei nº 9.868/1999<sup>26</sup>, trata a eficácia prospectiva como exceção a ser aplicada em casos especialíssimos, como adiante será visto.

Assim, declarada abstratamente a inconstitucionalidade da lei, em regra, esta é considerada nula e, por isso, tanto não poderá produzir mais efeitos – pois paralisada consequentemente a sua eficácia –, quanto os atos já praticados com base nela são considerados inválidos. É dizer, a decisão que reconhece o vício de inconstitucionalidade, “[...] em princípio, impõe o desfazimento e a restauração dos atos jurídicos, lesivos a direitos individuais, decorrentes da eficácia passada da norma inconstitucional.” (PONTES, 2005, p. 157).

---

<sup>25</sup>Seja em controle concreto, seja em controle abstrato, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF deve ser feita pelo Pleno, por respeito à cláusula de reserva de plenário constante no art. 97 da Constituição, o qual predica: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.” (BRASIL, 1988).

<sup>26</sup>“Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.” (BRASIL, 1999).

O mesmo efeito, a partir de um ponto oposto, é também aplicado na declaração de constitucionalidade, resultante de uma ADC julgada procedente ou de uma ADI improcedente – pois, como outrora assinalado, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade são “[...] duas faces de uma mesma unidade conceitual, como se fossem ações em tudo idênticas, apenas com ‘sinal trocado’.” (BARROSO, 2011b, p. 221). Contudo, a retroatividade aqui possui o condão de reafirmar uma situação preexistente, isto é, dotada a lei de presunção de constitucionalidade desde o seu nascedouro, a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, em controle abstrato, atribui certeza à constitucionalidade.

Vê-se que, diferentemente do reconhecimento da inconstitucionalidade – que é “[...] fenômeno excepcional, quase uma patologia no ordenamento [...]” (PONTES, 2005, p. 157), pois vai de encontro a uma presunção em sentido oposto, abalando relações jurídicas constituídas sob o pálio da lei inconstitucional –, na reafirmação da constitucionalidade não há maiores problemas, exceto quando há confronto entre a decisão ulterior proferida pela Suprema Corte – declarando a constitucionalidade – e outra anterior proferida de instância inferior e de sentido diverso – ou seja, reconhecendo *in concreto* a inconstitucionalidade.<sup>27</sup>

### 3.3 A modulação dos efeitos temporais

Da leitura do art. 27 da Lei nº 9.868/1999, percebe-se a clara adoção, pelo legislador ordinário, de um modelo alternativo entre as teorias da nulidade e da anulabilidade, temperando-as, pois.

O referido dispositivo autoriza que a Excelsa Corte delimite um outro momento a partir do qual os efeitos da declaração possam ser aplicados, afirmando-se a inconstitucionalidade com eficácia *ex nunc*. A razão da adoção dessa prospectividade dos efeitos reside na impossibilidade, ou mesmo ilegitimidade, de uma automática desconstituição das situações jurídicas que se formaram e se consolidaram antes da manifestação judicial (BARROSO, 2011b, p. 239).

Segundo Barros (2005, p. 66), em atenção ao bom senso, não se permite que uma lei já declarada inconstitucional pela via concentrada ainda possa ser aplicada após essa decisão. Em outras palavras, afirma que, quando a redação legal abre a possibilidade de o STF

---

<sup>27</sup>O tema será abordado em breve.

decidir que a decisão tenha eficácia em outro momento, este não poderá ser entendido como posterior ao da publicação do *decisum*, que é o prazo máximo.

De outro giro, em posição que nos parece mais acertada, Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1.446-1.447), levando em consideração que o legislador não fixou o limite temporal para a aplicação excepcional da lei inconstitucional e interpretando o dispositivo legal referido, citam a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade com efeito a partir de um dado momento no futuro, após a publicação da decisão.<sup>2829</sup>

Exigiu o legislador, para que o Supremo negue aplicabilidade à teoria da nulidade em sede de controle abstrato, um requisito de ordem formal consubstanciado na exigência de um quórum de dois terços dos seus membros, limitando-se, destarte, a competência dessa Corte (BARROSO, 2011b, p. 234).

O fundamento desse mecanismo se encontra no princípio da segurança jurídica ou no excepcional interesse social, demonstrando o dispositivo legal “[...] a necessidade de equilibrar aquele efeito retroativo com anteriores decisões judiciais já transitadas em julgado em sentido contrário e com relações jurídicas completamente exauridas [...]” (PONTES, 2005, p. 139). Em outras palavras,

O afastamento de sua incidência [do princípio da nulidade] dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente importante, manifestado sob a forma de interesse social relevante. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 1446).

Sobre a possibilidade de utilização dessa técnica no controle incidental, malgrado esteja ela prevista apenas na Lei nº 9.868/1999 – a qual dispõe tão somente sobre ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade –, não se rejeita o seu uso ante a apreciação de um caso concreto. Até mesmo os demais tribunais podem dela se valer. Afinal, onde haveria maior possibilidade de se constatar ofensa à segurança jurídica ou a outro princípio de similar fundamentalidade senão quando diante de um caso concreto que se nos apresenta? E ainda aduz Barroso (2011b, p. 149), “[...] a possibilidade de ponderar valores e bens jurídicos constitucionais não depende de previsão legal.”.

Sobre o tema, eis o posicionamento de Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 1.449-1.450, grifo nosso):

---

<sup>28</sup> Na mesma esteira desse entendimento, Barroso (2011b, p. 233) defende a possibilidade de uma sobrevivência da norma inconstitucional.

<sup>29</sup> Como precedente nesse sentido: ADI 875 (BRASIL, 2010).

Essas colocações têm a virtude de demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade *in concreto* também se mostra passível de limitação de efeitos. A base constitucional dessa limitação – necessidade de um outro princípio que justifique a não aplicação do princípio da nulidade – parece sugerir que, se aplicável, a declaração de inconstitucionalidade restrita revela-se abrangente do modelo de controle de constitucionalidade como um todo. É que, nesses casos, tal como já argumentado, o afastamento do princípio da nulidade da lei assenta-se em fundamentos constitucionais e não em razões de conveniência. Se o sistema constitucional legitima a declaração de inconstitucionalidade restrita no controle abstrato, esta decisão poderá afetar, igualmente, os processos do modelo concreto ou incidental de normas. Do contrário, poder-se-ia ter inclusive um esvaziamento ou uma perda de significado da própria declaração de inconstitucionalidade restrita ou limitada.

[...]

Assim, pode-se entender que se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias. *Os próprios fundamentos constitucionais legitimadores da restrição embasam a declaração de inconstitucionalidade com eficácia ex nunc nos casos concretos.*

É de se considerar que essa eficácia prospectiva dada às decisões proferidas em casos concretos somente pode ser determinada nos mesmos moldes previstos no art. 27 da Lei nº 9.868/99. Isto é, para a modulação dos efeitos, aqui também tanto se exige a observância ao quórum de dois terços dos membros<sup>30</sup>, como também devem ser levados em consideração não apenas

*[...] a irreversibilidade das relações ou situações decorrentes de orientação anterior ou ainda de gravíssima lesão a direitos patrimoniais e/ou fundamentais, como também os princípios da “não-surpresa” (sic) ou “da responsabilidade e confiabilidade na orientação oficial”, princípios essenciais para a estabilidade das instituições. (MARTINS, 2006, p. 216, grifo do autor).*

Essa ponderação em face de casos concretos é frequentemente aplicada quando há mudança na orientação há muitos anos sedimentada na Excelsa Corte.

Ora, é certo ser tendência no Poder Judiciário o respeito aos precedentes do Supremo, às suas decisões, mesmo que destituídas de eficácia vinculante. À vista disso é que uma nova orientação adotada por essa Corte possui os mesmo efeitos de uma lei nova introduzida em nosso ordenamento jurídico – a qual, via de regra, deve obediência à irretroatividade<sup>31,32</sup> –, não podendo, assim, ser feita a reversão da jurisprudência consolidada

<sup>30</sup>No RE nº 586.453 (BRASIL, 2013), restou assentado que a modulação dos efeitos nos recursos extraordinários com repercussão geral exige a aprovação de maioria qualificada da Suprema Corte, ou seja, de dois terços dos membros.

<sup>31</sup>Em matéria tributária, segue-se a regra da irretroatividade, isto é, “Como expressão do imperativo da segurança do direito, as normas jurídicas se voltam para a frente, para o porvir, para o futuro, obviamente depois de oferecido ao conhecimento dos administrados seu inteiro teor, o que se dá pela publicação do texto legal.” (CARVALHO, 2013, p. 103). A retroatividade da lei somente pode ser invocada nos casos expressamente previstos no art. 106 do CTN (BRASIL, 1966), os quais, em suma, referem-se às leis interpretativas e aos atos não definitivamente julgados quando a lei nova deixa de defini-los como infração, como contrário a qualquer exigência ou quando lhe comine penalidade menos severa.



“[...] com indiferença em relação à segurança jurídica, às expectativas de direito por ele [o precedente] próprio geradas, à boa-fé e à confiança dos jurisdicionados.” (BARROSO, 2011b, p. 100). Em matéria tributária, é cediço que a segurança jurídica se traduz no princípio da não surpresa, protegendo-se o contribuinte tanto em relação a fatos passados – princípio da irretroatividade da lei tributária – quanto a fatos futuros – princípios da anterioridade do exercício financeiro e da anterioridade nonagesimal.<sup>33</sup>

Por fim, poder-se-ia concluir que esse mecanismo de ponderação de valores teria como objeto, de um lado, o princípio da supremacia constitucional e, de outro, o da segurança jurídica ou o excepcional interesse social. Essa conclusão não merece guarida. Ora, sendo a supremacia da Constituição uma das premissas lógicas do próprio controle de constitucionalidade, não pode tal princípio ser ponderado sem que haja comprometimento da ordem do sistema. O que se permite é a ponderação entre a norma constitucional violada e as normas constitucionais que protegem os efeitos produzidos pela lei inconstitucional, como a coisa julgada (BARROSO, 2011b. p. 233-234).

#### **3.4 A colocação do problema: dissonância entre a coisa julgada e o superveniente julgado do STF**

É certo que a relação tributária é marcada por uma tensão existente entre o poder de tributar e o direito de tributar, representando aquele o exercício da potestade tributária mediante um poder ilimitado e este, o exercício juridicizado dessa potestade (CORREA, 1984, p. 217 *apud* PONTES, 2005, p. 22). Em outras palavras, consoante Helenilson Cunha Pontes, “O Direito constitui, assim, fórmula concebida para regular – limitando – o alcance das possibilidades de exercício da potestade impositiva estatal no intuito de garantir as liberdades individuais.” (PONTES, 2005, p. 22).

Desse modo, na relação estabelecida entre Estado e contribuinte, por implicar precipuamente restrição ao direito de propriedade, deve ser constitucionalmente assegurado o

---

<sup>32</sup>Importante ainda mencionarmos que a garantia constitucional da irretroatividade – art. 5º, XXXVI (BRASIL, 1998)– não existe para o Estado, mas apenas para a proteção do particular contra o Estado. Como a relação de tributação possui natureza obrigacional, sendo o Estado sempre parte, a retroatividade é inadmissível. A irretroatividade, aliás, é regra indispensável à realização da segurança jurídica (MACHADO, 2012, p. 103).

<sup>33c</sup>Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos:a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado [princípio da irretroatividade];b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou [princípio da anterioridade do exercício financeiro]; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b [ princípio da anterioridade nonagesimal];” (BRASIL, 1988).

acesso aos meios processuais para que o indivíduo resista a eventuais arbitrariedades. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal<sup>34</sup>, consagra-se

[...] a exigência de um *processo formal regular* para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, *antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito*, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas. (MELLO, 2010, p. 115, grifos do autor).

Mas esse *direito de resistência à tributação indevida* – como é chamado por Carrazza (2012, p. 558) –, por óbvio, não se cinge apenas ao âmbito administrativo. Muito pelo contrário, é na esfera judicial que a insurgência do contribuinte ganha contornos mais complexos, mormente pelo fato de se revestir a jurisdição de um caráter de definitividade<sup>35</sup>, trazendo à lume uma frutífera discussão acerca dos limites da coisa julgada. E ainda cabe dizer: a irresignação com dado tributo, perante o Poder Judiciário, pode se concretizar inclusive antes da existência do lançamento, mediante o ajuizamento de uma ação declaratória ou da impetração de um mandado de segurança preventivo<sup>36</sup> em que suscitada a questão a respeito da inconstitucionalidade da lei.<sup>37</sup>

Nessa toada, pode-se dizer que “O Direito Tributário brasileiro é marcado pela excessiva litigiosidade, resultado do acirramento do conflito entre Administração Tributária e sociedade em tema de tributação [...]” (PONTES, 2005, p. 137). Essa litigiosidade se manifesta em um infindável número de ações judiciais em que os contribuintes postulam, como questão prejudicial, a declaração de inconstitucionalidade de dado tributo.

---

<sup>34</sup> “Art. 5º [...]: LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (BRASIL, 1988).

<sup>35</sup> Conforme doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 136), “No Estado de Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, um conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado e julgado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário.”

<sup>36</sup> Nessa hipótese, não merece aplicabilidade a vedação constante na Súmula nº 266 do STF (BRASIL, 1963), segundo a qual “Não cabe mandado de segurança contra lei em tese”. Como bem assentado na doutrina de Hugo de Brito Machado, “Mandado de segurança contra *lei em tese* é mandado de segurança contra lei que não incidiu. De outro modo, diz-se que há impetração *contra a lei em tese*, se esta ocorre sem que esteja configurada a situação de fato em face da qual pode vir a ser praticado o ato tido como ilegal, contra o qual se pede a segurança. [...] Para ensejar a impetração preventiva, portanto, não é necessário esteja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei questionada. Basta que tal situação esteja *acontecendo*, vale dizer, tenha tido iniciada a sua efetiva formação. Ou pelo menos que estejam concretizados fatos dos quais logicamente decorre o fato gerador do direito cuja lesão é temida.” (MACHADO, 2009, p. 261, grifos do autor).

<sup>37</sup> No âmbito administrativo, por decorrência do princípio da separação dos Poderes, a autoridade julgadora não pode declarar a inconstitucionalidade de uma lei (MACHADO SEGUNDO, 2012, p. 127). A apreciação da matéria cabe exclusivamente ao Poder Judiciário.

Afunilando-se a presente temática e jungindo-se ao exame da ação declaratória em matéria tributária, “Questão de relevo [...] diz respeito à fixação ou à mudança da jurisprudência das Cortes Superiores [mais precisamente, do STF], que se posiciona em sentido contrário àquele adotado pela sentença transitada em julgado.” (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 410).

Com o fito de melhor elucidar a problemática levantada, imaginemos que determinado contribuinte, considerando inconstitucional a lei que instituiu certa exação, ajuíza ação declaratória de inexistência de relação jurídica sob o fundamento de inconstitucionalidade do tributo. A sentença julga improcedente o pedido, transitando posteriormente em julgado. O contribuinte, assim, após os respectivos lançamentos, passa a pagar os valores devidos durante vários anos, até que o Supremo Tribunal Federal reconhece a inconstitucionalidade da exação em controle concentrado ou mediante apreciação de um caso concreto referente a outro contribuinte<sup>38</sup>. Considerando que já efetuados inúmeros pagamentos, poderá ser ajuizada ação rescisória – caso ainda dentro do biênio – a fim de que seja repetido o montante já recolhido ou aquele contribuinte estará *ad eternum* sujeito a uma tributação inconstitucional enquanto os demais sujeitos passivos – concorrentes – nada pagam a título dessa exação?

E a hipótese oposta também é plenamente factível. Caso a sentença transitada em julgado reconheça a inconstitucionalidade do tributo, e o Supremo, em momento ulterior, julgue procedente uma ADC, improcedente uma ADI ou declare, *in concreto*, a constitucionalidade, o contribuinte deverá começar a se sujeitar ao pagamento desse tributo? Poderá o Fisco propor ação rescisória?

O caminho para se chegar à resposta para essas perguntas passa por um juízo de ponderação entre a coisa julgada e a isonomia entre os contribuintes. É dizer, de um lado, encontra-se a decisão judicial já transitada em julgado – “[...] reveladora de um ‘esquema de agir’ [...]” (PONTES, 2005, p. 138) ou, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 304), “[...] tendo efeito normativo no que concerne à existência ou inexistência da relação entre as partes.”. Do outro lado, tem-se o princípio da isonomia, o qual poderá ser fortemente abalado caso um contribuinte, salvaguardado pela coisa julgada a seu favor, julgasse-se para todo o sempre desobrigado ao pagamento do tributo ao passo que os seus concorrentes

---

<sup>38</sup> Nesse ponto, urge assentar que “A modalidade de controle de constitucionalidade no qual se firma a jurisprudência do STF que diverge da decisão passada em julgado, se concentrado, ou difuso, somente será relevante para determinar *como* a decisão anterior poderá ter seus efeitos revistos, e, se for o caso, *até quando* esses efeitos continuarão sendo irradiados sobre as partes implicadas.” (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 182, grifos dos autores).

procedem ao recolhimento da exação. Permitir essa dissonância seria assentir com o aodamento à isonomia e à livre concorrência pelo simples fato de aquele sujeito passivo não se sujeitar ao pagamento do tributo quando, em verdade, deveria, porque praticado o fato imponible.<sup>39</sup>

A complexidade desta última hipótese, como bem lembrado por Scaff (2006, p. 108), deve-se ainda à constatação de que não se trata de uma situação singelamente concorrenciaal entre agentes econômicos privados, mas triangular, pois também presente a figura do Estado Fiscal.

Por fim, além da necessária ponderação entre os dois princípios referidos, resvala o debate na matéria atinente aos meios de que dispõem os sujeitos da relação jurídico-tributária para assegurar, *in concreto*, essa solução intermédia.

## **40 ESTATUTO CONSTITUCIONAL DO CONTRIBUINTE**

### **4.1 A dissociação normativa: diferença entre regra e princípio**

---

<sup>39</sup>Paulo de Barros Carvalho, discorrendo sobre a fenomenologia da incidência da norma tributária – a famigerada teoria da regra-matriz de incidência tributária – afirma que há subsunção do fato à norma “[...] quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude o fato, instala-se, automática e infalivelmente, como diz Alfredo Augusto Becker, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la.” (CARVALHO, 2013, p. 254).

Faz-se necessário, a fim de alcançarmos o desiderato deste trabalho, traçarmos as linhas gerais acerca das diferenças entre princípios e regras. A importância de abordar essa temática resulta da prévia consideração de que a isonomia e a proteção à coisa julgada são *princípios* que consagram, respectivamente, os *valores* justiça e segurança (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 177).<sup>40</sup>

Alexy (2008, p. 87), tratando magistralmente sobre o tema, parte do pressuposto de que princípios e regras estão reunidos sob o conceito de norma, isto é, são espécies desta, porquanto ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição.

Por outro lado, prossegue o jusfilósofo, a distinção entre tais espécies normativas pode se verificar com base em diversos critérios, dentre os quais destaca especificamente o critério da *generalidade*, segundo o qual princípios são normas com elevado grau de generalidade, ao passo que essa qualidade é relativamente baixa nas regras. Exemplificando, menciona, como norma-princípio, aquela que permite que toda pessoa desfrute da liberdade de crença e, como norma-regra, a que prevê o direito de todo preso proceder à conversão de outros presos a sua crença.

A distinção fundamental, segundo Virgílio Afonso da Silva, está na estrutura dos direitos que essas normas garantem. “No casos (*sic*) das regras, garantem-se direitos (ou impõem-se deveres) definitivos, ao passo que, no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.” (SILVA, 2006, p. 27). É dizer, se um direito é garantido por uma norma-regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente caso a regra seja aplicável ao caso concreto. Já no caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daquilo que é exigido pela norma. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial (SILVA, 2006, p. 27).

Mas ainda é possível apontar quatro basilares critérios distintivos comumente adotados pela doutrina: o critério do *caráter hipotético-condicional*, fundamentado no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, enquanto os princípios indicam somente o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para

---

<sup>40</sup>De outro giro, Barroso (2011b, p. 246, grifos nossos) defende que “[...] a proteção da coisa julgada é a materialização, sob a forma de uma *regra* explícita, do *princípio* da segurança jurídica, em cujo âmbito se resguardam a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade das condutas e a certeza jurídica que se estabelece acerca de situações anteriormente controvertidas.”

futuramente encontrar a regra para o caso concreto<sup>41</sup>; o critério *modo final de aplicação* – já referido –, o qual predica que as regras são aplicadas de modo absoluto, isto é, tudo ou nada, ao passo que os princípios podem ser gradualmente aplicados; o do *relacionamento normativo*, que defende a existência de um verdadeiro conflito entre regras, enquanto o imbricamento entre princípios se resolve pela técnica da ponderação e, finalmente, o critério do *fundamento axiológico*, o qual considera apenas os princípios como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada (ÁVILA, 2006, p. 39).

E é a norma-princípio, e não a norma-regra, que se aproxima do conceito de valor<sup>42</sup>, considerado, no dizer de Albuquerque (2009, p. 41), “[...] a ‘alma’ da norma, vinculando tanto o legislador, como o intérprete.”.

Buscando uma melhor conceituação sobre o que seja *valor*, é interessante mencionarmos a abordagem de Magalhães Filho (2002, p. 58-59) acerca da chamada Jurisprudência das Valorações, a qual predica que “[...] o valor é o elemento de maior relevância do Direito, pois o fato é o suporte dos valores e a norma é um juízo de valor, valor explícito no princípio e implícito na regra.”.

A despeito das semelhanças existentes entre princípios e valores – tais como a possibilidade de ambos serem sopesados em caso de conflito, bem como gradualmente aplicados – é possível perceber uma diferença decisiva entre eles, consistente no fato de os princípios, por serem um mandamento de otimização<sup>43</sup>, possuírem caráter deontológico – isto é, referente a um dever, proibição, permissão ou a um direito a algo –, enquanto que os valores revelam um caráter axiológico – ou seja, relacionam-se com o conceito de *bom* (ALEXY, 2008 p. 144-146).

De tudo o que se expôs, não exsurge outra conclusão senão a de que a proteção à coisa julgada – e o mesmo entendimento vale para a isonomia – não é *regra* de concretização de um princípio – qual seja o da segurança jurídica – como sustentado por Barroso (2011b, p. 249). Primeiro, porque, consoante defendido, princípios e regras são *espécies diferentes* do *gênero norma*; segundo, porque a proteção à coisa julgada e a isonomia merecem ser

---

<sup>41</sup> Nas palavras de Roque Antonio Carrazza, “[...] os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídas as *individuais*, com *efeitos concretos*, como é o caso das decisões judiciais.”. (CARRAZZA, 2012, p. 55, grifos do autor).

<sup>42</sup> A mesma conclusão chega Bonavides (2007, p. 280), que, abordando a temática atinente à teoria do renomado filósofo alemão, afirma que “Da posição de Alexy se infere uma suposta contigüidade (*sic*) da teoria dos princípios com a teoria dos valores. Aquela se acha subjacente a esta. Se as regras têm quer ver com a validade, os princípios têm muito que ver com os valores.”.

<sup>43</sup> Os mandamentos de otimização se caracterizam pela possibilidade de serem satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2008, p. 90).

reconhecidas como princípios, e não como regras, precipuamente pela possibilidade de serem ponderados, como adiante se procederá.

#### 4.2 Os princípios da unidade da Constituição e da concordância prática

Adentrando brevemente o campo da hermenêutica constitucional, é correto dizer que o método sistemático de interpretação<sup>44</sup> especifica-se no princípio da unidade constitucional. Sendo a Constituição um documento dialético – isto é, um documento cuja gênese está em um intenso debate e na diversidade de composição política –, abriga, em seu corpo, valores e interesses nitidamente contrapostos. E é aí que o princípio da unidade da constituição vem à tona, impondo ao intérprete um dever de harmonização entre as tensões e contradições existentes (BARROSO, 2011a, p. 326).

Assim sendo, vistas as normas constitucionais como preceitos integrados dentro de um sistema unitário de regras e princípios, torna-se possível ao jurista bloquear o próprio surgimento de eventuais conflitos entre esses preceitos, bem como desqualificar, como contradições meramente aparentes, aquelas situações em que mais de uma norma constitucional pretende regular a mesma situação de fato (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 174).

Os meios pelos quais tais contradições podem ser solucionadas não podem ser os tradicionais – critério hierárquico, cronológico e da especialidade (MARMELSTEIN, 2009, p. 388). No que pertine ao uso do primeiro deles, é de bom alvitre rechaçarmos-lo especificamente sob o fundamento de que

[...] inexistente *hierarquia* entre normas constitucionais. Embora se possa cogitar de certa hierarquia axiológica, tendo em vista determinados valores que seriam, em tese, mais elevados – como a dignidade da pessoa humana ou o direito à vida – a Constituição contém previsões de privação de liberdade (art. 5º, XLVI, *a*) e até de pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*). (BARROSO, 2011a, p. 327, grifo do autor).<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup>A interpretação sistemática, como a própria denominação explicita, embasa-se na ideia de sistema, de unidade relacional. Utilizando-se desse método, afasta-se a visão isolada de uma norma, a qual passa a ser vista no contexto normativo em que está inserida (FERRARI, 2011, p. 98).

<sup>45</sup>Embora inexistente uma hierarquia formal propriamente dita entre normas constitucionais, abraçamos o posicionamento do professor Paulo Bonavides no sentido de reconhecer a superioridade e a hegemonia dos princípios na pirâmide normativa, o que explica, inclusive, a recorrente confusão entre tais normas e os valores por elas consagrados. Pela maestria de suas palavras, transcreve-se: “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regímen (*sic*), a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência.” (BONAVIDES, 2007, p. 288-289).

A solução está, pois, na técnica da ponderação, através da invocação do princípio da concordância prática ou da harmonização, segundo o qual, “[...] havendo conflito entre bens jurídicos, impõe-se a coordenação e combinação para evitar o sacrifício total de um bem em relação a outros.” (FERRARI, 2011, p. 107), isto é, diante de um entrave entre bens jurídicos constitucionalmente protegidos – tais como a justiça e a segurança jurídica – deve-se adotar uma solução intermédia de modo que não se privilegie um deles em detrimento absoluto do outro.

Cumpra transcrever, pela lucidez de que se reveste, o entendimento de Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 175, grifos dos autores), bem como a citação que estes autores fazem de Luis Prieto Sanchís:

[...] o cânone interpretativo em referência é conhecido também como princípio da concordância *prática*, o que significa dizer que é somente no momento da aplicação do texto, e no contexto dessa aplicação, que se pode coordenar, ponderar e, afinal, conciliar os bens ou valores constitucionais em “conflito”, dando a cada um o que for seu. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 175, grifo dos autores).

Essa *conciliação*, no entanto, é puramente formal ou principiológica, pois, nas demandas reais só um dos contendores terá acolhida, por inteiro ou em grande parte, a sua pretensão, restando ao outro conformar-se com a decisão que lhe for adversa, porque esse é o desfecho de qualquer disputa em que os desavindos não conseguem construir soluções negociadas, como nas demandas que admitem transação. (SANCHÍS 2003, p. 192 *apud* MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, p. 175).

É certo que a ponderação, por não oferecer nenhuma resposta segura para os difíceis casos envolvendo direitos fundamentais, está longe de ser um modelo perfeito e acabado. Todavia, pode-se dizer que ela é o melhor que se tem até então em matéria de interpretação dos direitos fundamentais, porque tanto é capaz de nos aguçar o sentimento de justiça, como desenvolve a busca pelo dever de prudência, de equilíbrio e proporcionalidade. Mas atente-se: na técnica da ponderação, o jurista deverá primeiramente tentar conciliar os interesses em jogo por meio da concordância prática e, somente em caso de impossibilidade de conciliação, partir para o sopesamento ou para a ponderação propriamente dita (MARMELSTEIN, 2009, p. 389).

#### **4.3 O direito tributário constitucional e a teoria dos direitos fundamentais**

É certo que a atividade de tributação, por esgarçar o direito de propriedade – segundo as palavras de Carrazza (2012, p. 428) –, merece ser pormenorizadamente disciplinada em um documento tido como o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. E assim o fez nossa Constituição Federal de 1988, cujo grande número de



disposições trata, direta ou indiretamente, de aspectos tributários, fato que acabou por colocar o legislador ordinário em um grande dilema: ou apenas ele reproduz o texto constitucional ou, na ânsia de ser original, ultrapassa os limites impostos pelo Texto Maior e resvala para o campo da inconstitucionalidade (CARRAZZA, 2012, p. 426-427)<sup>46</sup>.

Porém, distanciando-nos, por um momento, do puro exame de validade das normas infraconstitucionais, passemos a tratar paulatinamente de dois direitos fundamentais do contribuinte considerados objeto de análise de nosso estudo dentro da temática do controle de constitucionalidade, quais sejam a isonomia e a proteção à coisa julgada.

#### **4.3.1 Tributação e a proteção aos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito<sup>47</sup>**

O Estado de Direito confere aos indivíduos a titularidade de direitos públicos subjetivos e, conseqüentemente, de posições jurídicas ativas nos conflitos porventura existentes com as autoridades públicas ou com os particulares. Mas nem sempre foi assim: em outros tempos, a posição de superioridade do Estado em face do indivíduo era pacífica. Assim sendo, é correto afirmar que os direitos fundamentais do indivíduo são uma conquista dos tempos modernos (CARRAZA, 2012, p. 432), mais precisamente do pós-Segunda Guerra Mundial, momento a partir do qual passaram tais direitos a se consolidar paulatinamente em razão da crença na dignidade da pessoa humana como um valor que deve legitimar, fundamentar e orientar todo e qualquer exercício do poder (MARMELSTEIN, 2009, p. 65).

Nessa toada, já no *caput* do art. 1  da Constituição de 1988<sup>48</sup>, expressa o constituinte originário a sua sintonia com a ordem mundial ao afirmar que a República

---

<sup>46</sup>O dilema referido resulta principalmente do fen meno da constitucionalização do Direito, presente nos principais ramos do direito infraconstitucional, cujos aspectos mais relevantes passaram a ser tratados na Constituição Federal de 1988. Tal fen meno, todavia, é de bom alvitre mencionar, não se confunde com a presença de normas de direito infraconstitucional no Texto Maior, mas apenas superpõe os dois temas. É dizer,   medida que as normas de dada disciplina ascendem   Constituição, a interaço delas com as demais normas daquele subsistema ganha um caráter subordinante (BARROSO, 2011a, p. 384-385).

<sup>47</sup>Como bem asseverado por Carrazza (2012, p. 430, grifos do autor), “Normalmente, o *Estado de Direito*   confundido com o *Estado Constitucional*. Num sentido rigorosamente técnico, porém, esta superposição   equivocada. De feito, nos Estados simplesmente *de Direito*, os atos do Executivo e do Judiciário estão submetidos ao princípio da legalidade e, nesta medida, não se encontram   mercê do soberano (como nos *Estados Absolutos*). [...] Diferentemente, nos *Estados Constitucionais*, a Constituição, Lei das Leis, é o fundamento de validade de toda a ordem jurídica nacional, disciplinando a atuação não só dos Poderes Executivo e Judiciário, senão, também, do Poder Legislativo.”. Todavia, seguindo a opção do jurista, também iremos comumente adotar as expressões *Estado de Direito* ou *Estado Democrático de Direito* por serem estas de maior difusão na doutrina.

<sup>48</sup>“Art. 1  A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o

Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito<sup>49</sup>, qualificação essa que, na seara tributária, tende a alimentar “[...] a crença de que a relação tributária é uma relação jurídica e não uma relação simplesmente de poder.” (MACHADO, 2002). Vale dizer:

[...] as ideias de liberdade e tributo; de direitos fundamentais e poder de tributar ligam-se essencialmente na mesma equação de valores e se encontram em permanente interação. Ocorre que a legitimidade do poder tributário se afirma, essencialmente, pelo respeito aos direitos da liberdade e pela utilização dos princípios constitucionais vinculados à segurança, a (*sic*) justiça e à igualdade. [...] Tanto as garantias [do contribuinte], como os direitos fundamentais devem expressar, com o máximo de potencialidade, os efeitos decorrentes do art. 1º e incisos da Carta Magna, especialmente, a que está dirigida para a valorização da dignidade humana e da cidadania. (ALBUQUERQUE, 2009, p. 60).

Do que se consignou, é certo que o Estado, ao exercer a tributação, deve observar os limites impostos pela ordem constitucional. Seguindo essa diretriz, determinou a Constituição, de modo negativo, ou seja, mediante proibições, o conteúdo possível das leis tributárias. Em outros termos, os entes federativos, ao se valerem de suas competências, são obrigados a respeitar os direitos individuais do contribuinte e suas respectivas garantias (CARRAZA, 2012, p. 455).

Ressalta-se: o que a Constituição ceifou foi o excesso no exercício da competência tributária de modo a causar significativas restrições aos direitos individuais daqueles que estão, por força de lei, sujeitos à tributação sem que para esta atividade concorra a sua própria vontade. O que se pretende defender é o abandono da visão corriqueira e maniqueísta que preconiza ser o tributo uma verdadeira malignidade ao contribuinte por conspurcar, com afinco, o seu direito de propriedade.<sup>50</sup> O que de fato ocorre é uma mera restrição deste direito em nome da solidariedade social, isto é, *em tese*, não se cobra um tributo com a finalidade de

---

pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

<sup>49</sup>Contudo, é correta a lição de Hugo de Brito Machado no sentido de que, “Não obstante o afirmado em nossa Constituição Federal, verdade é que ainda não temos um Estado Democrático de Direito e a relação tributária ainda não é uma relação estritamente jurídica, tantas e tão flagrantes que são as violações da ordem jurídica praticadas pelo próprio Estado. Violações que incrementam na consciência dos contribuintes a idéia (*sic*) de que a lei é apenas um instrumento de opressão, porque não se mostra eficaz para conter os abusos da autoridade.” (MACHADO, 2002).

<sup>50</sup>Sobre o tema, argumenta Ávila (2001, grifo nosso): “[...] a pretensão de eficácia de cada norma implica na (*sic*) proibição de restrição de sua *eficácia mínima*. É dizer: a instituição de impostos não pode prejudicar os limites mínimos de eficácia do direito de propriedade e de liberdade. Cada norma constitucional pressupõe a existência de bens – situações, objetos ou estados –, que devem ficar à disposição dos sujeitos, de modo a permitir sua Eficácia. Confiscar significa, pois, aniquilar a eficácia mínima do princípio da proteção da propriedade e da liberdade em favor da tributação. Sendo assim, é da igual pretensão de eficácia das normas constitucionais que decorre a proibição de excesso (‘Übermassverbot’), segundo a qual a realização de um fim não pode comprometer a realização mínima de outro.”.

“[...] atender os interesses e as necessidades do Estado, tão somente. Ele tem destinação específica: é a de servir como instrumento concretizador da satisfação das exigências materiais e imateriais dos componentes da sociedade, fortalecendo, assim, a expressão da cidadania e da valorização da dignidade humana em sua conceituação mais ampla.” (ALBUQUERQUE, 2009, p. 62).<sup>51</sup>

Necessário é, pois, que se mantenha o exercício da tributação dentro dos preceitos de um Estado Democrático de Direito. E essa é a função cumprida pela Constituição de 1988.

Com efeito, tratou o Texto Maior, de forma minudente, do Sistema Tributário Nacional ou, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, subsistema constitucional tributário<sup>52</sup>, porquanto sistema de proposições normativas é a própria Constituição (CARVALHO, 2013, p. 153). E prossegue o tributarista:

[...] o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado, no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis à liberdade das pessoas, diante daqueles poderes. Empreende, na trama normativa, uma construção harmoniosa e conciliadora, que visa a atingir o valor supremo da certeza, pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. (CARVALHO, 2013, p. 153).

De tudo o que acima se expôs, conclui-se pela existência de um verdadeiro *estatuto constitucional do contribuinte*, expressão que “[...] denota um conjunto de normas que regula a relação entre o contribuinte e o ente tributante. Sua utilização possui conotação tanto *garantista* dos direitos dos contribuintes quanto *limitativa* do poder de tributar.” (ÁVILA, 2001, grifos do autor).

Mas não é somente o Poder Legislativo que deve respeito a esse estatuto, não é só a ele que se direcionam as regras e os princípios destinados à proteção do contribuinte. Ao Poder Judiciário impõe-se igualmente este dever, o qual se realiza precipuamente de duas formas: mediante um juízo negativo, ou seja, legislando negativamente, “[...] no sentido de eliminar do ordenamento jurídico a norma incompatível com a Constituição, mediante um juízo de exclusão [...]” (ÁVILA, 2001); ou mediante a concretização desses direitos na

---

<sup>51</sup> Aqui é importante assentar que a finalidade da tributação define os seus próprios limites: quando a tributação tiver finalidade eminentemente fiscal e, por esse motivo, visar à repartição dos encargos tributários, o critério de repartição será a própria capacidade de contribuir para esse custeio; de outro giro, sendo extrafiscal, e, por isso, visar a atingir um fim concreto – econômico ou social –, o critério da repartição não mais será a capacidade de contribuir, mas a adequação, a necessidade e a correspondência do meio relativamente àquela finalidade (ÁVILA, 2001).

<sup>52</sup> Para Humberto Ávila, “É desafortunada, pois, afirmação de que o sistema tributário se resume aos artigos 145 a 162 da Constituição de 1988. Esses dispositivos nada mais são do que uma parte dos pontos de partida para a concepção do sistema tributário. O próprio texto constitucional já fornece uma pista ao prescrever que o sistema tributário também inclui outras garantias asseguradas ao contribuinte (art. 150, caput), quer aquelas expressamente disciplinadas, quer aquelas decorrentes dos princípios fundamentais adotados pela Constituição (art. 5º, § 2º).” (ÁVILA, 2001).

própria atividade típica da jurisdição, proferindo decisões não colidentes com os direitos fundamentais contidos no art. 5º da Carta Magna e reafirmados, *mutatis mutandis*, na parte destinada ao Sistema Tributário Nacional. Em síntese, o que por último se pretendeu dizer é que “[...] o Poder Judiciário está vinculado aos direitos fundamentais não somente quando fiscaliza o cumprimento destes pelos demais Poderes. Além disso, ele também está diretamente vinculado aos direitos fundamentais, no conteúdo de cada decisão, bem como no seu modo de agir.” (NUNES JÚNIOR, 2010).

E, *para o objeto deste trabalho*, expressa-se essa última imposição no dever de o Poder Judiciário – mais precisamente, o STF –, ao proferir suas decisões em sede de controle de constitucionalidade, atentar-se para as consequências da fixação dos efeitos temporais que essa decisão possa causar sobre os princípios da isonomia entre os contribuintes e da proteção à coisa julgada.

## 5 OS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA PROTEÇÃO À COISA JULGADA

### 5.1 A isonomia entre os contribuintes

#### 5.1.1 Dimensões da igualdade<sup>53</sup>

A Constituição Federal de 1988 previu, logo em seu art. 5º<sup>54</sup>, não apenas que “todos são iguais perante a lei”: ela foi além, dispondo que a igualdade deve ser alcançada “sem distinção de qualquer natureza”. O dispositivo em alusão garante, pois, duas formas de igualdade: a igualdade *perante a lei* – ou igualdade *formal* – e a igualdade *na lei* – também chamada de igualdade *material* ou *substancial*.

É aquela prevista em praticamente todas as Constituições (FERRARI, 2011, p. 574), garantindo-se por meio dela a aplicação uniforme da lei independentemente de seu conteúdo.

Sucedem que, como bem lembrado por Ávila (2008, p. 74-77), não basta que a lei seja aplicada de modo uniforme a todos os cidadãos para que se tenha por satisfeita a exigência da igualdade. Necessário é que ela seja isonômica em seu conteúdo, considerando-se como tal aquela lei que não diferencie os cidadãos – melhor dizendo, os contribuintes – “[...] senão por meio de fundadas e conjugadas medidas de comparação atreladas a finalidades constitucionalmente postas.” (ÁVILA, 2008, p. 77).<sup>55</sup> E, “[...] ao admitir que os indivíduos não são sempre iguais, [a Constituição de 1988] escolhe alguns critérios que não devem ser utilizados para desigualá-los, tais como a origem, a raça, o sexo, a cor, a idade, quando se trata de promover o bem comum.” (FERRARI, 2011, p. 575). Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello acertadamente pontua que qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações pode ser escolhido como fator discriminatório – o mesmo que a *medida de comparação* na doutrina de Humberto Ávila –, mas é necessário

---

<sup>53</sup>Segue-se aqui a doutrina de Ávila (2008, p. 73-133), porém, de forma mais restrita, porquanto não abordada uma dimensão, considerada de menor vulto para este trabalho, qual seja a igualdade pontual x sistemática.

<sup>54</sup>Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1988).

<sup>55</sup>Dentre os elementos estruturais da relação de igualdade entre os sujeitos, Ávila (2008, p. 40) aponta a *medida de comparação* – expressão que se autodefine –, significando a medida – v.g., idade, sexo, renda auferida – adotada para se comparar sujeitos. Assim sendo, podem ser eles iguais, por exemplo, quanto à idade ou desiguais quanto ao patrimônio que possuem. “No entanto, não basta ter existência para que a medida de comparação seja válida. É preciso que, além disso, ela seja pertinente à finalidade que justifica sua utilização. Isso só pode ser descoberto se for desvendada a finalidade da norma de tributação. É que a medida de comparação não surge antes (logicamente) da finalidade. Ela surge depois.” (ÁVILA, 2008, p. 45).

[...] investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, *in concreto*, afinado com valores prestigiados no sistema normativo constitucional. (MELLO, 1998, p. 21-22).

Vê-se, assim, que a igualdade material, inerente que é ao Estado social, propugna, em sua essência, o tratamento uniforme de todos os homens, uma igualdade real e efetiva em relação aos bens da vida, sendo comumente reconhecida nas Constituições contemporâneas sob a forma de normas programáticas que tendem a desfazer o desnivelamento entre os indivíduos (FERRARI, 2011, p. 574).

Mas é importante termos em mente que nem sempre a desigualdade, prevista em lei, fere o princípio da isonomia. Se é inaceitável que, sob certo ponto de vista, um fator seja escolhido para desnivelar materialmente determinados sujeitos, de outro prisma pode ser utilizado justamente com a finalidade de atenuar esse desnível. O importante, reitera-se, é que o elemento discriminatório seja eleito a serviço de uma finalidade amparada pelo direito, que haja certa pertinência entre esse elemento e o desiderato pretendido (FERRARI, 2011, p. 576).

Já sob a perspectiva do conflito entre justiça geral e justiça individual, pode-se criar uma distinção entre igualdade geral e particular. Aqui, o pano de fundo da discussão é a concepção da igualdade e o possível conflito que sua aplicação pode suscitar (ÁVILA, 2008, p. 78). Explanando-se mediante autoindagações:

[...] para atender a igualdade, a norma tributária deve considerar todas as particularidades dos contribuintes e das operações por eles praticadas, tratando o seu caso de modo diferente na medida em que ele se diferencia dos demais? Ou basta, para preservar o tratamento isonômico, que a norma tributária trate os contribuintes com base em qualidades geralmente presentes na maioria deles ou nas operações por eles praticadas, considerando o seu caso como pertencente a uma classe de casos, mesmo que ele seja eventualmente diferente, se examinados outros elementos não selecionados pelo legislador? (ÁVILA, 2008, p. 78).

É a igualdade particular exemplo do primeiro questionamento. Exige-se, sob esse enfoque, a relação entre dois sujeitos, considerando-se todas as propriedades particulares que os diferenciam dos demais de modo a se realizar uma *justiça sob medida*. Porém, como as leis são gerais e indeterminadas, operando-se não *sob medida*, mas com *tamanho único* ou *tamanhos médios*, elas selecionam, no momento da sua edição, propriedades havidas como relevantes, entretantes desconsidera outras tantas que, a depender da ocasião, podem se

tornar importantes no momento de sua aplicação<sup>56</sup>. E é nesse momento que a igualdade particularista vem à tona, afastando-se o padrão legal – igualdade geral – com o propósito de se atingir uma decisão justa e individualizada na solução dos conflitos (ÁVILA, 2008, p. 79).

Defende-se, portanto, um modelo qualificado como *modelo moderado de igualdade particular procedimentalizada*, segundo o qual o contribuinte deve ser tratado de modo diferente na medida em que ele se diferencia dos demais, isto é,

[...] de acordo com as características particulares que dizem respeito a ele (capacidade contributiva) e ao seu caso (dimensão real do fato); isso, porém, poderá deixar de ser feito se, por ser impossível ou extremamente onerosa a fiscalização de tributos, as particularidades dos contribuintes e dos casos não puderem ser verificadas, porque sua consideração causaria – pela falta de previsão, controle, coordenação, modicidade e conhecimento – mais generalização do que individualização; nessa hipótese, no entanto, o modelo particularista não é abandonado, mas permanece como contraponto para a generalização [...]. (ÁVILA, 2008, p. 85).

No que concerne à aplicação da igualdade no tempo – inicial x superveniente –, revela-se tal dimensão em situações nas quais o regime tributário, inicialmente tratando os contribuintes de modo isonômico, é modificado por meio da introdução de novas regras que alteram aquele estado inicial de igualdade. Ocorre tal hipótese, não raro, não apenas por meio da instituição de normas gerais pelo Poder Legislativo, mas pela atuação do Judiciário ao proferir decisões declarando a invalidade da regra de tributação para determinados contribuintes, fazendo com que sejam eles onerados de modo diferente dos demais. Mas, em que pese a proibição de este Poder criar um estado superveniente de desigualdade, há aqui um expressivo conflito entre a segurança jurídica e a igualdade particular (ÁVILA, 2008, p. 121-123), constatação essa que nos exige uma análise mais acurada da situação hipotética, o que será feito em breve.

Com relação ao aspecto tributário, teve o constituinte consciência da insuficiência do art. 5º, estabelecendo ainda, por esse motivo, a vedação de “instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente [...]” (BRASIL, 1988) e que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]” (BRASIL, 1988), conjugando-se tais preceitos na tentativa de concretizar a justiça tributária (SILVA, 2005, p. 222).

---

<sup>56</sup> A título de exemplo, é perfeita a menção de Ávila (2008, p. 79) à situação da legislação do imposto de renda, que permite a dedução de um montante máximo a título de gastos com saúde e educação do próprio contribuinte e de seus dependentes. Tal limite é estabelecido a partir de gastos médios. Todavia, é plenamente factível que certo contribuinte, por ter um filho portador de doença grave, revele uma situação particular que evidencie, para o seu caso, a insuficiência dos limites legais gerais.

Inobstante o entendimento de alguns juristas, de que é exemplo Paulo de Barros Carvalho, no sentido de afirmar que o princípio da isonomia tem, como destinatário, o legislador e todos aqueles que expedem normas dotadas de juridicidade (CARVALHO, 2013, p. 161), tal afirmação não merece ser dotada de tanta absolutividade. Isso porque o legislador é apenas o seu destinatário principal – é limitado pelo princípio da isonomia –, ao lado de destinatários secundários como o magistrado, o qual deve dar à lei o entendimento que não crie distinções (SILVA, 2005, p. 218). Pode-se dizer que, enquanto a isonomia tem um efeito cerceador sob o Legislativo, quanto ao Judiciário, reveste-se de caráter orientador na interpretação e aplicação do direito.

### 5.1.2 A isonomia e o princípio da generalidade tributária

A generalidade da tributação é princípio decorrente do sentimento geral de igualdade e de liberdade existente em um dado tempo e lugar. Consubstancia um aspecto da justiça distributiva tributária consoante o qual a carga tributária necessária ao custeio do Estado e à promoção das medidas relativas ao atendimento das despesas públicas deve ser distribuída por toda a sociedade segundo critérios de generalidade (PONTES, 2005, p. 162-163). Esse princípio é

[...] mandamento válido *prima facie* ante as normas de desoneração tributária, isto é, representa parâmetro de contraste normativo quanto à validade constitucional destas normas. Vale dizer, sob o ponto de vista jurídico tributário, no Estado de Direito constitucional a generalidade é a regra, a desoneração a exceção. (PONTES, 2005, p. 164).

Assim sendo, constituindo a desoneração, como dito, uma exceção em meio à regra da generalidade tributária, o tratamento favorável a determinado contribuinte, alcançado por meio de uma decisão transitada em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade de um tributo de prestação continuativa<sup>57</sup>, não deve prevalecer após o entendimento do Supremo em sentido diverso unicamente por respeito à coisa julgada e aos seus efeitos futuros.

A preocupação em tratar a desoneração tributária como exceção é tamanha que a Constituição, em seu art. 150, § 6º<sup>58</sup>, exige a edição de lei específica para a concessão de

<sup>57</sup>O tema a respeito das diferentes consequências decorrentes da continuidade ou não da relação tributária será mais bem abordado adiante.

<sup>58</sup>“Art. 150 [...]§ 6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei



isenções tributárias. Com a menção ao dispositivo constitucional em referência, pretende-se concluir pela impossibilidade de concessão de situação exonerativa ao contribuinte sem que exista esteio legal. A manutenção dos efeitos da coisa julgada após a decisão do STF afirmando a constitucionalidade da exação não só violaria a exigência constitucional de lei específica, mas também a própria generalidade tributária.

### ***5.1.3 O tratamento não isonômico entre os contribuintes e os seus reflexos sobre a livre concorrência***

Partindo-se da crítica formulada pelo professor Sacha Calmon Navarro Coêlho no sentido de que “Freqüentemente (*sic*) atordoado pelo tecnicismo do Direito e o particularismo das normas ou, ao revés, embevecido com os ideais de justiça, o jurista deixa de perceber a dimensão global e totalizante do fenômeno jurídico, vendo-o ora como *técnica*, ora como *valor*.” (COÊLHO, [2010?], p. 1, grifos do autor), é que se propõe, por oportuno, a análise da problemática suscitada neste trabalho à luz de um imbricamento entre Direito e Economia.

Em seu art. 170<sup>59</sup>, a Constituição elenca, como princípio geral da ordem econômica, a livre concorrência, em cujo sistema insere-se o princípio da isonomia, “[...] fulcral para o desenvolvimento do sistema capitalista, através do qual o Estado estabelece os parâmetros para que os agentes econômicos possam concorrer em igualdade de condições no mercado.” (SCAFF, 2006, p. 107).

Disserta Hugo de Brito Machado Segundo sobre o tema, afirmando que

[...] o direito à livre concorrência é assegurado por uma norma, com estrutura de mandamento de otimização, segundo a qual o Estado deve garantir a todos, na medida do que for factual e juridicamente possível, o livre exercício de atividade econômica, sem criar ou permitir interferências indevidas que prejudiquem a livre competição dos cidadãos. (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 64).

É incontestável que não se está aqui a defender um modelo liberal clássico mediante a absoluta inércia do Estado no mercado concorrencial, mormente porque, em observância à própria isonomia, é necessário que artificialmente se proporcione situações mais favoráveis aos desfavorecidos a fim de que se atinja o desiderato de um mercado

---

específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.” (BRASIL, 1988).

<sup>59</sup>“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]IV - livre concorrência;” (BRASIL, 1988).

concorrencial equilibrado. Objetivando estimular ou desestimular comportamentos é que determinados tributos se revestem de uma função extrafiscal, divorciando-se da finalidade puramente arrecadatória para interferir em atividades econômicas específicas.

Sucedem que, como bem lembrado por Machado Segundo (2008, p. 65), existem determinadas formas não intencionais – ou, até mesmo, acidentais – de interferência, de que é exemplo a situação em que um certo contribuinte se submete a um ônus tributário muito maior ou muito menor do que a carga incidente sobre os seus concorrentes que se encontram em igual posição.

E a situação atinge um nível maior de problematidade quando esse desnivelamento é proporcionado pelo próprio Poder Judiciário. Salvaguardado certo sujeito passivo por um *decisum* transitado em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade do tributo, haverá justiça na manutenção dessa desoneração caso posteriormente se fixe entendimento do Supremo em sentido contrário, isto é, reconhecendo a constitucionalidade da exação e determinando a permanência da incidência tributária sobre os concorrentes daquele? E esse questionamento também pode ser editado partindo-se de um caminho oposto: a eternização dos efeitos da coisa julgada desfavorável a determinado contribuinte não seria apta a causar um desequilíbrio concorrencial caso o STF exonerasse as empresas concorrentes ao declarar a inconstitucionalidade da exação em momento ulterior?

Ora, é preciso “[...] reconhecer como imposição da realidade contemporânea que o nível de tributação imposto pelo Estado aos diferentes agentes e setores econômicos é um fator que exerce importante influência na ordem econômica [...]” (PONTES, 2005, p. 161).

Ademais, é certo que o conhecimento de uma decisão judicial cria para o cidadão a expectativa de que, ocorrendo caso similar, idêntica solução deverá a ele ser aplicada. Dessa exigência de atuação uniforme do Judiciário, deduzem-se elementos componentes da segurança jurídica a serem aplicados à isonomia: confiabilidade e calculabilidade. Confiabilidade, porque o dever de aplicação homogênea gera o dever de manutenção da mesma decisão para casos iguais, proporcionando estabilidade e vinculatividade ao Direito; calculabilidade em razão da possibilidade de o contribuinte prever a mesma solução para casos iguais, planejando suas atividades sabendo previamente que, praticando o mesmo ato, a idêntica consequência estará sujeita. Constata-se, portanto, que a proteção da igualdade conduz à garantia da segurança jurídica como segurança *do Direito* e *dos direitos* de qualquer cidadão frente ao Estado, a ser realizada por este por meio da

aplicação coerente e consistente do ordenamento jurídico àqueles que se encontram em situação equivalente (ÁVILA, 2011, p. 224-225).<sup>60</sup>

Assim sendo, entendendo posteriormente a Excelsa Corte pela inconstitucionalidade da exação em sede de controle incidental<sup>61</sup> relativo a processo de outro sujeito passivo, é admissível a propositura de ação revisional pelo contribuinte prejudicado – isto é, aquele que, em momento anterior, teve contra si proferida sentença declarando a constitucionalidade da exação –, fundamentando-se o seu pedido de desoneração tributária no malferimento que o pronunciamento do STF causou à livre concorrência e à isonomia.

De outro giro, publicado o acórdão do Supremo cujo teor declara a constitucionalidade do tributo, é igualmente possível – e, destaca-se, apenas possível, mas não necessariamente ao final procedente – que o Fisco ajuíze processo dependente daquele em que findou por vencido. Mas aqui, por óbvio, não pode o autor alegar violação à isonomia entre o contribuinte/sujeito passivo e seus concorrentes estranhos à lide. Isso porque, sendo a isonomia direito fundamental e tendo, como titulares de tais direitos, os cidadãos – diretamente ou através de pessoas jurídicas por eles constituídas –, não se admite a sua invocação pelo Estado contra o cidadão (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 66).<sup>62</sup>

Mas uma ressalva merece ser feita: as situações acima versadas aplicam-se, como será abordado em breve, apenas aos tributos que implicam relação continuativa, levando-se ainda em consideração a autoridade da coisa julgada, sob pena de transformá-la em um nada jurídico.

## 5.2 A proteção à coisa julgada

### 5.2.1 A ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária

---

<sup>60</sup> No entanto, pertinente, nesse ponto, é a afirmação de Pontes (2005, p. 140), para quem “[...] a crença na circunstância de que somente com a absoluta uniformização da jurisprudência gera-se obediência ao princípio da isonomia constitui elemento que compõe o problema da relação coisa julgada individual *versus* decisão do Supremo Tribunal Federal.”

<sup>61</sup> Como será visto ao final deste trabalho, defende-se a necessidade da propositura de ações judiciais apenas nas hipóteses em que o Supremo se pronuncia no âmbito do controle incidental/concreto. Em sede de controle abstrato ou nas hipóteses de controle incidental em que editada resolução do Senado, a mera publicação, respectivamente, do acórdão e da resolução gera dever de observância.

<sup>62</sup> Encontra-se, na doutrina de Sarlet (2011, p. 223-224), crítica ao entendimento que preconiza a inexistência de proteção constitucional aos direitos das pessoas jurídicas quando não houver expressa previsão na Constituição. Destaca que a extensão da titularidade de direitos fundamentais a elas tem, por finalidade maior, a proteção dos direitos das pessoas físicas, visto que, em muitos casos, é mediante a tutela das pessoas jurídicas que se alcança uma melhor proteção dos indivíduos. Nessa toada, acena ainda para a possibilidade de os entes de direito público figurarem como titulares de direitos fundamentais (v.g., direito de ser ouvido em juízo, direito à igualdade de armas e autonomia universitária).

Reproduzindo-se as palavras de James Marins, pode-se definir a ação declaratória em matéria tributária como

[...] ação antiexacional imprópria, de rito ordinário, aforada pelo contribuinte em face da Fazenda Pública ou em face de ente que exerça funções parafiscais, com a finalidade de ver reconhecida judicialmente (declarada) a *existência*, a *forma* (declaração positiva) ou a *inexistência* (declaração negativa) de determinado vínculo jurídico obrigacional de caráter tributário com o escopo de promover o acertamento da relação fiscal manchada pela incerteza. (MARINS, 2010, p. 422-423, grifos do autor).

É ação tributária imprópria por estar submetida ao regime jurídico geral de processo civil, carecendo de um disciplinamento próprio de direito processual tributário<sup>63</sup>; é antiexacional porque manejada pelo contribuinte na qualidade de autor da ação com o escopo de obter o controle judicial da atividade fiscal do Estado (MARINS, 2010, p. 421).

No que nos interessa, a ação declaratória de inexistência de relação jurídica – declaratória negativa – é instrumento processual frequentemente utilizado pelo contribuinte perante o juízo singular com o fito de não se sujeitar à futura cobrança de um tributo sob o fundamento de sua inconstitucionalidade. Como bem destacado por Machado Segundo (2010, p. 402-403), o pedido nela formulado dirige-se apenas a lançamentos futuros, não sendo conveniente dela unicamente se valer na hipótese de já haver lançamento constituído. Em situações como a versada, o contribuinte pode propor ação formulando um pedido declaratório e também um constitutivo negativo, a fim de que o dispositivo da sentença tanto desconstitua o lançamento já efetuado quanto declare a inexistência de relação jurídica que o submeta ao pagamento da exação.

### ***5.2.2 A coisa julgada e a segurança jurídica como um estado de certeza***

É certo que, segundo lição de Cintra, Grinover e Dinamarco (2004, p. 304), “A sentença declaratória somente vale como preceito, tendo efeito normativo no que concerne à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes.”, é dizer, é norma jurídica individual, definida pelo Poder Judiciário, que se diferencia das demais normas em razão da

---

<sup>63</sup> A despeito de a Lei de Execução Fiscal (BRASIL, 1980) não elencar, em seu art. 38, dentre as ações cabíveis, a ação declaratória, hoje a sua admissibilidade é absolutamente pacífica (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 401).

possibilidade de se tornar – em princípio – indiscutível pela coisa julgada material<sup>64</sup> (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, v. 2, p. 286).

Mas é preciso termos em mente, como acertadamente pontuado por Liebman (2007, p. 40), que a eficácia jurídica da sentença não se confunde com a autoridade da coisa julgada, porquanto não é esta “[...] efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas, sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses efeitos se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.” (LIEBMAN, 2007, p. 41).

Em outras palavras, caracteriza-se como um *estado de segurança jurídica* quanto à relação entre os que litigaram no processo, incidindo sobre os efeitos da sentença de mérito, não sendo, contudo, efeito desta (DINAMARCO, 2005, v. III, p. 301-302). E, ainda lançando mão da clássica doutrina de Enrico Tullio Liebman, prolonga-se Cândido Rangel Dinamarco:

Nos efeitos da sentença reside a fórmula de convivência não encontrada pelos sujeitos de modo amigável e pacífico, tanto que precisaram valer-se do processo e do exercício da jurisdição pelo Estado-juiz. A sentença estabelece essa fórmula, lançando-os para fora do processo e tendo uma natural tendência a impor-se na vida comum dos sujeitos. A coisa julgada é somente a capa protetora, que imuniza esses efeitos e protege-os contra neutralizações que poderiam acontecer caso ela não existisse; [...] Não se trata portanto de acrescentar efeitos à sentença, mas de imunizar os que ela tem. (DINAMARCO, 2005, v. III, p. 302).

É cediço que ela – coisa julgada –, como já por nós antes assinalado, é consagratória do valor *segurança jurídica*, expressão que, na acepção adotada, denota uma asserção sobre um estado desejável, um juízo axiológico concernente àquilo que se julga bom existir segundo um determinado sistema de valores (ÁVILA, 2011, p. 108).<sup>65</sup>

E tal estado desejável é representado por um *estado de certeza* a ser alcançado, significando a possibilidade de o contribuinte conseguir prever, com exatidão, o conteúdo das normas –melhor dizendo, da norma individual/sentença – a que está e a que estará sujeito e as

<sup>64</sup>Não será concedido espaço para maiores elucubrações acerca das diferenças entre coisa julgada material – que é a que realmente nos importa – e formal, tendo em vista o caráter elementar deste tema. Todavia, somente para que este trabalho não peque por eventuais e pequenas omissões, valemo-nos das sucintas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, para quem “Coisa julgada formal é a *imutabilidade da sentença como ato jurídico processual*.” (DINAMARCO, 2005, v. III, p. 295, grifo do autor) e “Coisa julgada material é a *imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito*.” (DINAMARCO, 2005, v. III, p. 299, grifo do autor).

<sup>65</sup>Humberto Ávila ainda adota a palavra segurança em outros sentidos: como *elemento definitório*, isto é, como elemento da definição de Direito, sendo uma condição estrutural de qualquer ordenamento, o qual, por isso mesmo, não poderá ser considerado *jurídico* se privado de certeza (ÁVILA, 2011, p. 106); como *fato*, ou seja, uma realidade concreta passível de constatação, uma possibilidade de se prever as consequências jurídicas de fatos ou de comportamentos (ÁVILA, 2011, p. 108) e, finalmente, como *norma-princípio*, é dizer, uma prescrição normativa por meio da qual se estabelece, direta ou indiretamente, algo como permitido, proibido ou obrigatório (ÁVILA, 2011, p. 109).

consequências exatas que serão atribuídas a seus atos. Nessa acepção, segurança equivale a um estado de certeza tanto conteudística quanto de previsibilidade das consequências (ÁVILA, 2011, p. 168) da sentença já revestida da autoridade da coisa julgada. Em suma, “Do ponto de vista judicial, a máxima certeza jurídica é o produto da coisa julgada [...]” (MARINS, 2010, p. 573).

### ***5.2.3A interpretação da Súmula 239 do STF e as relações tributárias continuativas***

Fundamental para a definição do alcance da coisa julgada tributária é a consideração do meio processual em que ela é construída, bem como do pedido judicialmente nela formulado, uma vez que, a teor do estatuído nos arts. 128<sup>66</sup> e 460<sup>67</sup> do *Codex* Processual, a coisa julgada se forma nos limites do pedido. Por tal razão, é certo que a autoridade da coisa julgada não poderá alcançar questões estranhas ao processo cujos limites foram definidos a partir do pedido do autor (PONTES, 2005, p. 128).

Questão relevante e que mantém relação com as considerações expostas é aquela atinente ao real alcance da Súmula 239 do STF, a qual predica que “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.” (BRASIL, 1963).

Primeiramente, impende assentar que a relação jurídica tributária é frequentemente caracterizada pela sucessividade ou continuidade<sup>68</sup>, de modo que sempre que realizado o suporte fático da norma que estabelece o dever tributário, surge para o poder tributante o direito potestativo de lançar o tributo devido – em se tratando, é claro, de obrigação tributária principal. E a sucessividade referida se manifesta pela incidência repetitiva da mesma norma tributária: à medida que se realizam os suportes fáticos da norma, materializam-se, em ato, as relações jurídicas que, potencialmente, já se encontram definidas em lei (PONTES, 2005, p. 129).

Em razão disso e tomando como referência relações de tal natureza é que se defende que, proposta pelo contribuinte ação com pedido meramente declaratório negativo, a coisa julgada favorável ao autor – ou seja, reconhecendo a inconstitucionalidade do tributo –

---

<sup>66</sup>“Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.” (BRASIL, 1973).

<sup>67</sup>“Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.” (BRASIL, 1973).

<sup>68</sup> Exemplo de exceção a essa regra é o caso da obrigação tributária atinente ao pagamento de custas e emolumentos. Aqui a relação Fisco/contribuinte se exaure, por completo, no passado, não irradiando efeitos no futuro, como acontece, por exemplo, com a CSLL.

atinge os efeitos para o futuro, dispensando o ajuizamento de novas ações a cada exercício financeiro, pois, “Quanto aos efeitos da sentença declaratória *no tempo*, deve-se insistir que os mesmos perduram enquanto perdurar a mesma situação fático/jurídica.” (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 408, grifos do autor). Desse modo, por razões pragmáticas de aceleração da tutela jurisdicional, abre-se caminho para que sejam objeto de julgamento obrigações futuras que, de algum modo, estejam entrelaçadas com obrigações existentes no presente (DINAMARCO, 2005, v. III, p. 309).

E o que se afirmou não é colidente com o entendimento sumulado, o qual se aplica apenas às ações em que a declaração de inconstitucionalidade é mero fundamento da sentença, não integrando o dispositivo desta (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 406). A respeito desse tipo de provimento jurisdicional, James Marins assim se pronuncia:

[...] não se pode pretender que sentenças puramente anulatórias de determinado lançamento fiscal promanam efeitos declaratórios que se projetam para o futuro. Nos casos de sentenças anulatórias, ou mesmo nas sentenças desconstitutivas do título executivo que se proferem em embargos à execução, a eficácia objetiva da sentença transitada em julgado abrangerá tão-somente (*sic*) os limites de eficácia do próprio ato administrativo anulado ou desconstituído, na forma como preconizado pela Súmula nº 239, pois se declara indevida a cobrança do imposto exatamente em relação ao exercício a que se refira o lançamento ou a certidão de dívida ativa, e por isso não pode projetar coisa julgada com relação aos posteriores. (MARINS, 2010, p. 580).

Do contrário, em se tratando de declaratória pura – ou de mandado de segurança preventivo –, em cujo dispositivo da sentença consta a declaração de inconstitucionalidade e que, por tal razão, reveste-se da autoridade da coisa julgada<sup>69</sup>, não merece ser invocada a súmula em alusão.<sup>70</sup> Não é outra a interpretação adotada por Machado (2006, p. 165, grifos do autor), cujas palavras, dotadas que são de singular clareza, aqui se reproduzem:

Por isto entendemos que a decisão que declara a inexistência da relação jurídica tributária de natureza continuativa, ou concede mandado de segurança contra a cobrança de um tributo albergado por uma relação jurídica continuativa, transita em julgado e se faz imodificável. De modo absoluto, no que diz respeito aos fatos consumados e aos fatos que se vão consumando sem mudança no elemento fático, ou no elemento jurídico da relação. E de modo relativo no que diz respeito aos fatos

<sup>69</sup>cc Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.” (BRASIL, 1973).

<sup>70</sup>O que aqui se defende encontra respaldo inclusive na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento se fixa no sentido de que “[...] em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal.” (BRASIL, 2011).

futuros, posto que não impede alteração do elemento normativo formador da relação jurídica.

Em outras palavras, o efeito da coisa julgada na relação jurídica continuativa faz imodificável a relação jurídica enquanto permanecerem inalterados os seus elementos formadores, a saber, a *lei* e o *fato*. Não impede, todavia, mudança do elemento normativo formador da relação jurídica continuativa. Mudança que pode decorrer de alterações legislativas ou da declaração definitiva da constitucionalidade da lei antes tida como inconstitucional. Ou da declaração definitiva da inconstitucionalidade da lei antes tida como constitucional.

A possibilidade de modificação mencionada pelo professor Hugo de Brito pode acontecer porque a sentença é dada com a cláusula *rebus sic stantibus*. Mas isso não importa, defende Liebman (2007, p. 27-28), uma atenuação dos princípios da coisa julgada, uma vez que, de certo modo, todas as sentenças contêm implicitamente a cláusula *rebus sic stantibus*, enquanto a coisa julgada não impede absolutamente que se considerem fatos intervenientes posteriores à emanção da sentença, pois, sendo a decisão determinada pelas circunstâncias concretas do caso, a mudança deste justifica uma correspondente adaptação da determinação feita precedentemente. O que ocorre, em verdade, é o desaparecimento do objeto do julgado e, por isso,

[...] o comando sentencial deixa de atuar, não por ter extinguido sua força, mas por não ter mais sobre o que incidir. Entretanto, o acertamento feito, em face da situação fático-jurídica apurada no tempo da sentença, continuará imutável e indiscutível, para sempre. Se algum novo julgamento vier a acontecer entre as partes, já não será sobre o mesmo objeto, visto que a relação jurídica litigiosa estará envolvendo elementos novos que não foram apreciados na sentença anterior. Operará para o futuro, e não para o passado, este sim, vinculado à coisa julgada (THEODORO JÚNIOR, 2007, v. 1, p. 612).

E essa modificação das situações fático-jurídicas, apta que é a impedir o protraimento dos efeitos da coisa julgada material no tempo, amolda-se perfeitamente aos casos em que o Supremo Tribunal se pronuncia em sentido contrário à coisa julgada anterior emanada dos juízos inferiores. Isso porque, como já mencionado em capítulo anterior deste trabalho, a nova orientação da Excelsa Corte “Pode ser considerada *direito novo*, fazendo cessar a produção de ‘efeitos futuros’ nas relações continuadas.” (MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 411, grifo do autor).

Mas é preciso ainda levar em consideração – antes de se adotar qualquer posicionamento inflexível sobre os efeitos temporais da decisão do STF – o contundente abalo que a possibilidade de retroatividade do entendimento diverso e posterior da Excelsa Corte pode causar à segurança jurídica, visto que a parte vencedora em instância inferior estaria permanentemente assombrada pela inconstância jurisprudencial. No entanto, permitir a inalterabilidade dos efeitos futuros da coisa julgada seria fomentar situações de



desigualdade entre contribuintes que se encontram em idêntica posição e, não raro, situações de desequilíbrio acidental e despropositado do mercado concorrencial.

### 5.3 A proporcionalidade como solução para o conflito<sup>71</sup>

Como *princípio dos princípios*, assim se refere Guerra Filho (2009, p. 91) ao princípio da proporcionalidade, pois verdadeiro ordenador do direito. Muito embora não esteja expressamente previsto na Constituição de 1988, nada impede que o reconheçamos, invocando-o com fulcro no § 2º do art. 5º, o qual predica, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”(BRASIL, 1988).

Recorrer à proporcionalidade em seu sentido amplo é medida imprescindível quando se está diante de um conflito entre princípios, normas consideradas verdadeiros mandamentos de otimização e que, por tal motivo, merecem ser realizadas da maneira mais efetiva possível, evitando-se a sua total abnegação ante a outra norma de idêntica espécie.

No caso vertente, em que colidentes os princípios da isonomia entre os contribuintes e da proteção à coisa julgada, é preciso partir da consideração de que os valores por tais normas consagrados, quais sejam a justiça e a segurança jurídica, não se situam em graus hierárquicos distintos, a despeito da possibilidade de a própria Constituição prever em sentido contrário, ou seja, consagrando alguns valores como mais importantes do que outros (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 176).

Desse modo, a solução encontrada para o conflito deve ser mediante a utilização da proporcionalidade a fim de se encontrar um caminho final que não desprestige por inteiro a isonomia/livre concorrência, nem que transforme em um nada o que se consolidou no passado pela coisa julgada. Entretanto, a aplicabilidade do princípio em questão, como assentado na doutrina de Ávila (2006, p. 149-150), não é irrestrita, mas dependente de um *meio*, um *fim concreto* e uma *relação de causalidade* entre eles. Vale dizer, é imprescindível

---

<sup>71</sup>É certo que o problema em análise encontra as mais diversas soluções nos repositórios doutrinários. Há quem se posicione pela prevalência de um princípio sobre o outro – *v.g.*, Scaff (2006, p. 127-128) –, como há quem intente chegar a uma posição mais harmônica possível, mas sempre pendendo para o lado do contribuinte, considerado o sujeito frágil da relação tributária – *v.g.*, Pontes (2005, p. 176). Após variadas leituras, não foi possível me desvencilhar da solução apontada por Machado Segundo (2008, p. 70-73), por me parecer, sem hesitação, a mais coerente.

que o exame de proporcionalidade seja aplicado quando houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*.

E a essa exigência obedece o problema analisado, em que postos sob tensão os princípios da isonomia e da coisa julgada, exigindo-se uma medida apta a atingir a sua finalidade – exame da adequação –, devendo, ao mesmo tempo, ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre as medidas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade – exame da necessidade –, e que essa finalidade seja tão valorosa que justifique tamanha restrição – exame da proporcionalidade em sentido estrito (ÁVILA, 2006, p. 150).

Estabelecidas essas premissas, põe-se em análise o primeiro caso, que, em verdade, não se configura um problema. Referindo-se a situação a uma relação jurídica totalmente exaurida, ou seja, sendo declarada, por sentença<sup>72</sup>, a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de um tributo de obrigação não continuativa, posterior entendimento do Supremo em sentido diverso não possui o condão de afetar a coisa julgada, permanecendo esta, pois, incólume. Nesse caso, a única possibilidade de se desconstituir a sentença seria mediante o ajuizamento de uma ação rescisória – caso ainda dentro do biênio previsto no art. 495 do CPC<sup>73</sup> – com supedâneo em uma das hipóteses elencadas no art. 485<sup>74</sup> do Código de Processo Civil. Mas note-se: rescindir o *decisum* proferido pelos juízos inferiores somente será possível caso existente algum vício ao tempo da prolação da decisão, vale dizer, o entendimento posterior do Supremo em sentido contrário à coisa julgada não a torna falha e passível de rescisão nos termos do art. 485, V. (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 71).

Todavia, não raro, a parte sucumbente perante os juízos inferiores propõe ação rescisória com fundamento no aludido inciso – “violação à literal disposição de lei” (BRASIL, 1973) –, mormente pelo fato de ser a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo, em regra, dotada de efeito *extunc*, como se a lei nunca tivesse integrado o

---

<sup>72</sup>Ainda que a destempo, esclarecemos que a palavra *sentença* é empregada, neste trabalho, em seu sentido amplo, albergando também os acórdãos oriundos dos tribunais. Utiliza-se tão somente esse vocábulo apenas por comodidade linguística.

<sup>73</sup>“Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.” (BRASIL, 1973).

<sup>74</sup>“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;” (BRASIL, 1973).

ordenamento jurídico positivo (WAMBIER, 2007, p. 386). Mas a processualista adota posição ainda mais radical, defendendo que o ajuizamento da rescisória é totalmente despiciendo (WAMBIER, 2007, p. 388), uma vez que a decisão impugnada seria juridicamente inexistente, porquanto fruto de um pedido feito com base em lei que não era lei. Em seu entender, seria suficiente o ajuizamento de uma ação de natureza declaratória, desvinculada do prazo previsto no art. 495, apenas para trazer maior segurança jurídica à situação.

Ora, com a devida vênia, não é possível concordar com esse raciocínio. Prestigiar esse entendimento seria atentar severamente contra a coisa julgada, seja na hipótese que ora se investiga, seja nas relações continuativas. A rescisória, dotada que é, em regra, de efeitos retroativos, não pode ser admitida simplesmente por questões de divergência jurisprudencial ao longo do tempo.

E a conclusão pelo descabimento dessa ação se torna ainda mais firme quando nos atentamos para a possibilidade de que a decisão do Supremo somente possa vir a ser proferida após o prazo de dois anos para a sua propositura (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 189). Seria coerente admitir uma rescisória fora do prazo? Malgrado a resposta que nos pareça mais acertada seja a negativa, afirma Barroso (2011b, p. 250) que a doutrina processualista tem sido surpreendentemente liberal, admitindo a rescisória sem sujeição ao biênio decadencial, sob o mesmo fundamento exposto quando da menção a Wambier: o *decisum* se fundamentou em lei nula.

Mas é possível que se encontre alguém que aqui defenda a superação da coisa julgada em respeito à isonomia entre os contribuintes. Todavia, a ofensa à isonomia, quando se trata de relações não continuativas, é mínima, sendo, aliás, muito maior a ofensa à coisa julgada caso se admitisse a rediscussão da questão. Relativizar a coisa julgada seria dar plena e total eficácia à isonomia, e nenhuma eficácia à segurança jurídica (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 180-181).

Situação diversa e mais complexa é aquela em que o contribuinte discute a constitucionalidade de tributo que importa prestações continuativas, e a Excelsa Corte, anos mais tarde, pronuncia-se em sentido contrário à sentença já transitada em julgado. Nessa hipótese, permitir que a coisa julgada continue a produzir efeitos no futuro é desprestigiar sobremaneira a isonomia e, não raro, a livre concorrência. Vale dizer, os concorrentes daquele contribuinte que obteve sentença favorável transitada em julgado estariam em inegável prejuízo em relação a este ou este estaria deveras prejudicado caso vencido em ação

declaratória por ele ajuizada e ulteriormente o Supremo reconhecesse a inconstitucionalidade do tributo.

Nesse ponto, perfeita é a lição de Machado Segundo (2008, p. 71-72):

Por mais que se deva prestigiar a isonomia, e a livre concorrência, não se pode negar que a aplicação retroativa de um posicionamento do STF é tão agressiva à segurança jurídica quanto a edição de leis retroativas. Aliás, nesse caso, estará havendo até maior agressão, pois mesmo às leis não é facultado atingir a decisão passada em julgado, e se estará malferindo a boa-fé do cidadão que confiou no pronunciamento do Poder Judiciário.<sup>75</sup>

Conclui-se, portanto, que a posição mais coerente a ser defendida é aquela que respeita a coisa julgada e todos os seus efeitos situados no passado, tendo a decisão do STF apenas eficácia prospectiva a teor do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/1999. Entretanto, como a isonomia é um princípio que também consagra valor tão caro ao ordenamento jurídico, os efeitos futuros, posteriores à decisão do STF, merecem ser revistos a fim de que a justiça seja concretamente alcançada (MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 72). Nessa hipótese, inobstante a manutenção da coisa julgada particular crie uma situação de desigualdade relativamente aos tributos anteriores, há, quanto aos fatos passados, maiores razões para manter a decisão do que para afastá-la. Aqui, o efeito negativo da desigualdade de um contribuinte seria bem menor do que o resultado restritivo da insegurança de todos os contribuintes. De outro giro, a permanência ilimitada da desigualdade afetaria de modo demasiado a igualdade da tributação, criando excessivas vantagens ou desvantagens em favor ou contra um ou mais contribuintes relativamente à maioria deles (ÁVILA, 2008, p. 124-125).

Nesse tipo de relação jurídica, a proteção da coisa julgada visa a evitar uma eterna reabertura de decisões, impedindo que uma decisão anterior seja afastada por uma segunda sob o fundamento de que aquela era injusta, pois, em se aceitando isso, seria possível admitir que uma terceira decisão viesse a afastar a segunda pelos mesmos motivos e assim sucessivamente. É, pois, para se evitar essa incontrolável recursividade, que se impõe a manutenção da coisa julgada quanto ao passado (ÁVILA, 2008, p. 125).

Mas é possível ainda encontrar quem defenda a retroatividade da decisão do Supremo apenas se esta for mais benéfica ao contribuinte. Nesse sentido, Pontes (2005, p. 176) argumenta que

---

<sup>75</sup> A proteção à coisa julgada por meio da vedação à existência de leis retroativas encontra-se insculpida no inciso XXXVI do art. 5º, o qual predica que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” (BRASIL, 1988).

A existência da coisa julgada [...] somente impede a retroatividade da decisão do Supremo Tribunal Federal quando tal efeito for deletério à esfera jurídica individual [...].

A coisa julgada anterior, portanto, não é óbice a que o contribuinte, contra quem tenha sido pronunciada a constitucionalidade da norma tributária, possa se beneficiar dos efeitos retroativos da pronúncia de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal [...].

Tais argumentos amiúde se sustentam com base na consideração de que, tendo os direitos fundamentais, como titulares, em regra, os cidadãos, não é possível a sua invocação pelo Poder Público. Esse raciocínio, inclusive, parece encontrar guarida na Súmula 654 do STF<sup>76</sup>(MACHADO SEGUNDO, 2008, p. 66). Ora, com tal entendimento não é possível concordar por inteiro, sob pena de se amesquinhar a autoridade da coisa julgada, seja esta benéfica ou prejudicial ao contribuinte. Permitir que ao sujeito passivo seja facultado, a qualquer tempo, o exercício do seu direito à restituição dos valores pagos a título do tributo posteriormente tido por inconstitucional pelo Supremo seria pôr em xeque não somente a segurança jurídica, mas também – supondo-se correta a proibição de sua invocação pelo Estado – os próprios fins fiscais e extrafiscais visados pela instituição daquele tributo tido, até então, por constitucional. Ademais, é certo que o *Codex* Tributário somente permite a excepcionalidade de leis retroativas mais benéficas em se tratando de ato não definitivamente julgado, o que não é o caso.

Por sua vez, o modo pelo qual os efeitos para o futuro serão reapreciados dependerá da modalidade de controle exercida pelo Supremo. Se o seu pronunciamento ocorreu em sede de controle abstrato, ou nos casos de fiscalização concreta seguida de resolução do Senado, não é necessária outra formalidade além da mera publicação do acórdão ou da resolução. Mas, caso a decisão do STF tenha sido proferida em sede de controle difuso, é imprescindível que se prestigie os princípios da boa-fé e da cientificação, devendo aquele beneficiado pelo novo entendimento fixado pela Excelsa Corte ajuizar ação revisional de coisa julgada nos termos do art. 471, I, do CPC<sup>77</sup> (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 186).

---

<sup>76</sup> “A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado.” (BRASIL, 2003).

<sup>77</sup> “Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo: I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;” (BRASIL, 1973).

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo a Constituição, por excelência, o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, a preservação de sua supremacia exige a previsão, em seu próprio texto, de mecanismos destinados a extirpar do mundo jurídico eventuais produtos da atividade – típica ou atípicamente – legiferante que contrariem material e/ou formalmente os preceitos nela contidos. Afinal, inexistentes tais mecanismos de controle, a supremacia constitucional não seria nada além de um mero ideal nefelibata. Exige-se, portanto, para cada direito reconhecido, uma correspondente forma de garanti-lo.

A previsão constitucional do controle de constitucionalidade – com o seu progressivo aperfeiçoamento e ampliação no decorrer do tempo – é, assim, em se tratando de matéria tributária, uma garantia, melhor dizendo, um mecanismo de segurança de que todo o plexo normativo de proteção ao contribuinte insculpido no Texto Maior será a ele assegurado em caso de possível violação.

Do produto judicial desse controle – a decisão– vem à tona relevante discussão acerca da fixação dos seus efeitos temporais, sobretudo quando proferido o *decisum* pela instância judiciária máxima. Isso porque, seja em controle difuso, seja em controle concentrado, é certo que as decisões do STF se revestem de um caráter vinculante, este expressamente previsto quando se trata de controle abstrato e tradicionalmente construído quanto ao controle concreto, tendo em vista o inegável respeito e vinculatividade que os precedentes da Excelsa Corte ganharam ao longo do tempo.

Sob as considerações de que lei inconstitucional é lei nula e de que estas são dotadas de presunção de constitucionalidade desde o seu nascedouro é que, tanto a declaração de inconstitucionalidade quanto a reafirmação da constitucionalidade pelo Supremo dotam-se, via de regra, de efeito *extunc*, declarando-se uma situação preexistente.

Todavia, atento à possibilidade de malferimento à segurança jurídica ou a outro preceito imbuído de semelhante fundamentalidade que a retroatividade da decisão do Supremo poderia causar, é que o legislador ordinário previu a hipótese de negação à teoria da nulidade pela Excelsa Corte, permitindo-se que a declaração dela emanada, atingido o quórum exigido, fosse dotada de efeitos apenas prospectivos.

A complexidade da modulação dos efeitos temporais alcança um nível ainda maior quando analisada a questão atinente à matéria tributária. Nesse ponto, surge a infundável discussão doutrinária a respeito do conflito entre a isonomia/livre concorrência e a proteção à coisa julgada, impondo-se o enfrentamento do tema concernente aos princípios

constitucionais. É cediço que, sendo essa espécie normativa um verdadeiro mandamento de otimização, o valor por ela consagrado merece ser alcançado da forma mais efetiva possível, buscando-se, em caso de conflito com outra norma de mesma espécie, a solução impositiva dos menores sacrifícios a cada um dos princípios contrapostos.

Afasta-se aqui a possibilidade de se recorrer aos tradicionais critérios de solução de antinomias – *hierárquico, temporal e da especialidade* –, os quais não se mostram adequados à solução de um conflito de tal ordem por resultarem no total prevalecimento de uma norma sobre a outra. Assim sendo, a problemática merece ser resolvida mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, que, todavia, não é de invocação irrestrita, mas vinculada à existência de uma medida concreta relacionada a uma finalidade específica.

E a verdadeira imprescindibilidade de aplicação desse princípio norteador acontece quando o problema exposto trata de relação tributária de natureza continuativa, cuja coisa julgada sobre ela construída apresenta a particularidade de tanto reger situações pretéritas quanto de se projetar sobre fatos que ainda estão por acontecer. No entanto, para que essa última hipótese aconteça, isto é, para que os efeitos da coisa julgada se protraiam no tempo, necessário é que fato e norma permaneçam inalterados. Modificada a norma e/ou o fato, não há razão para que coisa julgada continue a disciplinar aquela relação jurídica, porquanto perdido o substrato fático-normativo sobre o qual incidia.

Assim sendo, sobrevindo entendimento do Supremo em sentido contrário à coisa julgada, essa decisão equivale a lei nova, tornando possível a rediscussão dos efeitos futuros. Mas os fatos passados, anteriores à decisão do STF, esses merecem ser resguardados.

É forçoso reconhecer que o raciocínio aqui defendido, em que pese a existência de soluções diversas nas mais abalizadas doutrinas, é o que menor sacrifício impõe aos dois princípios aludidos. Se, de um lado, a eternização dos efeitos da coisa julgada implica assentir com um desnivelamento despropositado de contribuintes que, conquanto situados em idêntica posição frente ao poder tributante, sujeitam-se a uma carga tributária distinta por mera razão de divergência jurisprudencial, por outro lado, acreditar que a justiça somente poderá ser alcançada através da absoluta uniformização jurisprudencial – inclusive quanto aos fatos passados – é de temeridade dantesca.

Conclui-se, portanto, que, quanto ao que já se exauriu, reveste-se de maior vulto a coisa julgada, cristalizando todos os fatos pretéritos; no que concerne ao futuro, vem à tona a isonomia a exigir um estado de justiça a ser alcançado mediante o nivelamento entre os sujeitos passivos.

Em face de tais considerações é que o manejo da ação rescisória não se mostra a medida mais adequada, seja porque dotada essa ação essencialmente de efeitos retroativos, seja porque a sua utilização é frequentemente atrelada às alegações de que a sentença transitada em julgado, com o advento do pronunciamento do Supremo em sentido diverso, passou a violar literal disposição de lei. Concordar com o cabimento da rescisória em casos como o narrado é incorrer em gravíssimo erro ao se considerar que aquela decisão que, quando do seu proferimento, era perfeitamente correta, mostrou-se posteriormente viciada somente porque a instância máxima fixou entendimento em sentido contrário.

A medida que se mostra mais adequada é, pois, o ajuizamento de uma ação revisional – art. 471, I, do Código de Processo Civil – pela parte vencida nas instâncias inferiores a fim de que os fatos posteriores à publicação da decisão do Supremo em controle concreto possam ser revistos. Essa medida, contudo, é de todo desnecessária em se tratando de controle abstrato pela Excelsa Corte, tendo em vista o caráter expressamente vinculante de que se revestem as decisões de tal ordem.



## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Paula Martins. **Os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade em matéria tributária**: uma análise sob a perspectiva dos direitos fundamentais do contribuinte. 2009. 275 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. Estatuto do Contribuinte: conteúdo e alcance. **Revista Diálogo Q2Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 3, junho, 2001. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_3/dialogo-juridico-03-junho-2001-humberto-avila.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/dialogo-juridico-03-junho-2001-humberto-avila.pdf)>. Acesso em: 06 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Segurança jurídica**: Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Patrícia Oliveira. **Os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade**. 2005. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011b.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Apresentação de Alaôr Caffé Alves. 1. ed. Bauru: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 12 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm)>. Acesso em: 02 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **Código Tributário Nacional**: Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm)>. Acesso em: 06 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 24 set. 1980. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.118.893** – MG (2009/0011135-9). Recorrente: Ale Distribuidora de Combustíveis Ltda. Advogado: Jose Marcio Diniz Filho e Outros. Recorrido: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 23 de março de 2011. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=1118893&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1118893&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 18 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 875**. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul e Outros. Advogado: Gabriel Pauli Fadel e Outros. Interessados: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 24 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+875%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+875%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cc4a3fj>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.048**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira PSDB. Advogado: Afonso Assis Ribeiro e Outros. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28CONTROLE+ABSTRATO+NORMAS+OR%C7AMENTARIAS%29%284048%2ENUME%2E+OU+4048%2EACMS%2E%29+%28%28GILMAR+MENDES%29%2ENORL%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORV%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2ENORA%2E+OU+%28GILMAR+MENDES%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/n2d9j9v>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação nº 10.125**. Agravante: Estado do Pará. Agravado: Paulo Jorge de Paiva. Advogado: André Bassalo. Interessados: Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região e Tribunal Superior do Trabalho. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2810125%2ENUME%2E+OU+10125%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kcsvaqb>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 586.453** – SE. Recorrente: Fundação Petrobrás de Seguridade Social PETROS. Advogado: Marcos Vinícius Barros Ottoni e Outros. Recorridos: Nivaldo Mercenas Santos e Outros. Advogado: Pedro Lopes

Ramos e Outros. Relator: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 20 de fevereiro de 2013. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=586453&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 239**, de 13 de dezembro de 1963. Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores. Disponível em:  
<[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0239.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0239.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 266**, de 13 de dezembro de 1963. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Disponível em:  
<[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0266.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0266.htm)>. Acesso em: 02 out. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 654**, de 24 de setembro de 2003. A garantia da irretroatividade da lei, prevista no art 5º, XXXVI, da Constituição da República, não é invocável pela entidade estatal que a tenha editado. Disponível em:  
<[http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0654.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0654.htm)>. Acesso em: 10 out. 2014.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 28. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. II.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Direito tributário e conjuntura econômica**. [2010?]. Disponível em: <<http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Artigo-Tributacao-e-Conjuntura-Economica.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2014.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: Teoria da prova, direito probatório...** 4. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. v. III.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FINE, Toni M. O controle judicial de constitucionalidade nos Estados Unidos. *In*: TAVARES, André Ramos (Coord.). **Justiça constitucional**: pressupostos teóricos e análises concretas. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, Leonardo. Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior. *In*: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Problemas de processo judicial tributário**. São Paulo: Dialética, 2002. v. 5, p. 195-207.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: SRS Editora, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. 5. tir. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente de Ada Pellegrini Grinover. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Coisa Julgada e Controle de Constitucionalidade e de Legalidade em Matéria Tributária. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Icet, 2006.p. 148-174.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito tributário**. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mandado de segurança em matéria tributária**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

\_\_\_\_\_. A supremacia constitucional como garantia do contribuinte. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2715>>. Acesso em: 06 out. 2014.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Algumas notas sobre a invocação do princípio da “livre concorrência” nas relações tributárias. **Nomos. Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 28.2, p. 61-81, jul./dez. 2008.2. Disponível em: <[http://mdf.secrel.com.br/index.php?option=com\\_docman&task=cat\\_view&gid=34&limitstart=10](http://mdf.secrel.com.br/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=34&limitstart=10)>. Acesso em: 06 out. 2014.

\_\_\_\_\_. **Processo Tributário**.5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. *In*: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: Icet, 2006. p. 175-196.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro:** (administrativo e judicial). 5.ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Efeitos Prospectivos de Decisões Definitivas da Suprema Corte em Matéria Tributária. *In:* MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária.** São Paulo: Dialética; Fortaleza: Icet, 2006. p. 209-226.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo.** 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. O Poder Judiciário e sua vinculação aos direitos fundamentais. **Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes**, 30 mar.2010. Disponível em: <[http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100329142001617&mode=print](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100329142001617&mode=print)>. Acesso em: 29 set. 2014.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade.** São Paulo: Dialética, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 10. ed. rev. atual. eampl. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-Concorrência. *In:* MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária.** São Paulo: Dialética; Fortaleza: Icet, 2006. p. 107-128.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006. Disponível em: <[http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo\\_essencial.pdf](http://teoriaedireitopublico.com.br/pdf/2006-RDE4-Conteudo_essencial.pdf)>. Acesso em: 30 set. 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1 v.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença.** 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.