

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

JOÃO PAULO BARBOSA LYRA

**A (IN)TANGIBILIDADE DA COISA JULGADA PERANTE
DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: Uma Análise do
Parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil.**

**VITÓRIA
2017**

JOÃO PAULO BARBOSA LYRA

**A (IN)TANGIBILIDADE DA COISA JULGADA PERANTE
DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: Uma Análise do
Parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

Orientador: Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem

VITÓRIA

2017

JOÃO PAULO BARBOSA LYRA

**A (IN)TANGIBILIDADE DA COISA JULGADA PERANTE
DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE: Uma Análise do
Parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Processual, na área de concentração Justiça, Processo e Constituição.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Tárek Moysés Moussallem
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux
Universidade Federal do Espírito Santo

Prof. Dr. Robson Maia Lins
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

L992i Lyra, João Paulo Barbosa, 1983-
A (in)tangibilidade da coisa julgada perante decisão de
inconstitucionalidade : uma análise do parágrafo 15 do artigo 525
do Código de Processo Civil / João Paulo Barbosa Lyra. – 2017.
163 f.

Orientador: Tárek Moysés Moussallem.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) –
Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências
Jurídicas e Econômicas.

1. Coisa julgada. 2. Controle da constitucionalidade. 3.
Juízes - Decisões - Retroatividade. I. Moussallem, Tárek
Moysés, 1973-. II. Universidade Federal do Espírito Santo.
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo a análise da compatibilidade do parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. A partir do modelo teórico do construtivismo lógico-semântico, tem-se o direito como conjunto de normas jurídicas, objeto cultural constituidor das suas próprias realidades por meio de atos de fala deônticos. A cada produção de norma jurídica tem-se um novo sistema jurídico em determinado tempo. A segurança jurídica salvaguarda os fatos jurídicos que ocorrem em cada um dos sistemas jurídicos, garantindo a manutenção das relações jurídicas criadas pelo direito. Para proteger a Constituição Federal o constituinte criou formas de controle de constitucionalidade que serão exercidas ora de modo difusa, ora de forma concentrada, não havendo hierarquia entre essas duas formas. Sob essa perspectiva, conceitua-se a coisa julgada a partir da sua estrutura normativa e como direito fundamental garantido pela Constituição Federal de 1988. Esse panorama teórico e legislativo arrima conclusão pela inconstitucionalidade do dispositivo inserido pelo Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Positivo. Coisa Julgada. Decisão do Supremo Tribunal Federal. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

The main goal of this dissertation is to analyze the compatibility of paragraph 15 of Article 525 of the Code of Civil Procedure with the Brazilian Legal Order. From the theoretical model of logico-semantic constructivism, Law is understood as a set of rule of laws and cultural object constituent by its own realities by means of deontic speech act. To each production of legal norm there is a new legal system in a certain time. Legal security safeguards legal facts that occur in each of the legal system, ensuring the maintenance of the legal relationships created by Law. In order to protect the Federal Constitution, the constituent created forms of constitutionality control which will be proceeded either in a diffuse way, or in a concentrated way, not having hierarch between these two forms. From this perspective, the concept of res judicata is set from its normative structure as well as fundamental right guaranteed by the Federal Constitution of 1988. This theoretical and legislative panorama support the conclusion by the unconstitutionality of the provision in the Code of Civil Procedure of 2015.

KEY WORDS: Positive law, res judicata, Decision of the Federal Supreme Court, Constitutionality Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 CIÊNCIA CULTURAL, LINGUAGEM, REALIDADE, DIREITO, ATOS DE FALA E TEMPO: PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS AO ESTUDO DA COISA JULGADA	13
1.1 CIÊNCIA CULTURAL E OBJETO CULTURAL: CAUSALIDADE DA NATUREZA E DA SOCIEDADE	13
1.1.1 Linguagem e Realidade	16
1.1.2 A Linguagem e o Conhecimento	20
1.2 O DIREITO, A CULTURA E A LINGUAGEM: DIREITO COMO OBJETO CULTURAL EXPRESSO EM LINGUAGEM.....	24
1.3 OS ATOS DE FALA E A ANÁLISE DO DISCURSO DO DIREITO: QUANDO DIZER, EM DIREITO, É FAZER DIREITO: PALAVRAS E AÇÃO, DETERMINANDO TEMPO, ESPAÇO E LUGAR.....	29
1.4 A QUESTÃO DO TEMPO DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS	37
1.5 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO DIREITO	40
2 A DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS DE DIREITO E DE SISTEMA	44
2.1 NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DO CONCEITO FUNDAMENTAL DE UMA CIÊNCIA.....	44
2.2 CONCEITO DE DIREITO	46
2.3 CONCEITO DE SISTEMA.....	50
2.3.1 Espécies de Sistemas – algumas considerações	52
2.3.2 O Sistema do Direito Positivo e o Sistema da Ciência do Direito	53
2.3.3. Ainda sobre o Sistema Jurídico no Direito Positivo: Sequências de Sistemas Normativos no Tempo	56
2.4 NORMA JURÍDICA.....	57
2.4.1 Norma Secundária: Norma de Atuação Judiciária	61
2.4.2 Normas de Estrutura e Normas de Comportamento	63
3 COISA JULGADA: ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES	67
3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: APROXIMAÇÃO METODOLÓGICA COM O TEMA “COISA JULGADA”	67
3.2 O TEMA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	69

3.3. AS TEORIAS CONCEITUAIS SOBRE A COISA JULGADA: EVOLUÇÃO SEMÂNTICA DA DESCRIÇÃO JURÍDICO-CIENTÍFICA DA COISA JULGADA.	74
3.4 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA MATERIAL DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PELA TEORIA DA NORMA JURÍDICA	79
3.4.1 Decisão Judicial	80
3.4.2 O mérito da decisão	83
3.4.3 “Não Mais Sujeita a Recurso”	90
3.5 COISA JULGADA MATERIAL EM SEUS TRÊS ASPECTOS: NORMA, FATO JURÍDICO E EFEITO (CONSEQUENTE) E UMA RELEITURA DAS DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS VIGENTES	95
3.6 COISA JULGADA MATERIAL, FORMAL E COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTE.....	97
3.6.1 Coisa julgada formal	97
3.6.1.1. Coisa julgada formal não se confunde com preclusão.....	101
3.6.2 Coisa Julgada sobre resolução de questão prejudicial incidental	103
3.7 A COISA JULGADA E O TEMPO	111
3.8 A COISA JULGADA E A SEGURANÇA JURÍDICA	113
4. A (IN)TANGIBILIDADE DA COISA JULGADA PERANTE DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE	116
4.1 APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA: DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO.....	116
4.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	119
4.2.1 Controle de constitucionalidade das normas jurídicas	119
4.2.2 O controle difuso de constitucionalidade no ato decisório judicial	122
4.2.3 Da validade da norma jurídica julgada inconstitucional e os efeitos <i>ex tunc</i> ou <i>ex nunc</i> da declaração de inconstitucionalidade	125
4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 15 DO ARTIGO 525 DO CPC: DA IMPERTINÊNCIA DESSE DISPOSITIVO COM O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E COM O ORDENAMENTO JURÍDICO	129
4.3.1 O parágrafo 15 do artigo 525 do CPC e o desrespeito ao rito do controle de constitucionalidade	129
4.3.2 O parágrafo 15 do artigo 525 do CPC, as hipóteses de ação rescisória e a segurança jurídica	133
4.3.3 O parágrafo 15 do artigo 525 do CPC, a coisa julgada e o tempo do direito	136
CONCLUSÃO	138

REFERÊNCIAS	146
--------------------------	-----

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe-se investigar se o § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil é compatível com o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Primeiramente, é importante que se diga ser tema por demais difícil saber se a declaração de inconstitucionalidade pode retroagir para atingir a coisa julgada material outrora formada. Questiona-se se a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal pode ensejar propositura de ação rescisória capaz de rescindir a coisa julgada material outrora formada. É exatamente a tal rescisão que o dispositivo sob estudo visa realizar.

Sob esse prisma, impõe-se o seguinte questionamento a ser respondido no presente trabalho: é possível declaração de inconstitucionalidade retroagir de forma que desconstitua a coisa julgada material?

Indubitável que dessa pergunta, a depender da resposta que a ela se dê, advirão consequências preocupantes ao Ordenamento Jurídico, tais quais: insegurança jurídica, violação ao tempo do Direito, violação ao controle difuso de constitucionalidade a que incumbido está todo juiz ou tribunal. Ao longo desta dissertação, trilharemos o percurso no sentido de respondermos ao questionamento central acima exposto. Pois bem.

O descompasso metodológico¹ por parte dos juristas traz grandes prejuízos e ocasiona debates estéreis em torno do seu objeto único de estudo: o direito positivo. Criam-se expressões sem referencialidade ao ponto de análise [direito positivo] e, com isso, acabam gerando ao operador do direito tergiversações das mais diversas. Não fosse isso suficiente, o legislador, por meio de sua linguagem técnica, em

¹ Para esclarecimentos acerca da necessidade metodológica para empreender um estudo do direito positivo, analisar a obra **Fontes do Direito Tributário** de Tárek Moysés Moussallem, em que o professor capixaba conclui: “Isso não significa que o cientista dogmático não deve estar preocupado com a “justiça”. Como ser humano que é, encontra-se necessariamente inserido no mundo cultural e, por consequência, imbuído de valores. Ocorre que o valor jurídico é posto pelo ordenamento e não pelo sujeito cognoscente. Por isso, como dogmático, não lhe caberá emitir juízos de como deve ser o dever-se”. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do Direito Tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 35)

múltiplas vezes destituído de saber jurídico², injeta no sistema jurídico enunciados que não condizem com a melhor interpretação sistemática.

Neste trabalho tomamos como marco teórico o construtivismo lógico-semântico capitaneado principalmente por LOURIVAL VILANOVA, PAULO DE BARROS CARVALHO, TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, FABIANA DEL PADRE TOMÉ, GEORG HENRIK VON WRIGHT, EDUARDO GARCIA MAYNÉS, HANS KELSEN e EURICO DINIZ DE SANTI para o enfrentamento da problemática proposta.

O Direito, como objeto cultural, cria suas próprias realidades; fala de si próprio e é senhor de seu tempo³. O direito é artificial⁴. Tanto isso é verdade que o Direito pode suspender um prazo; fazê-lo retroagir; constituir a prescrição ou a decadência de determinada cobrança; pode inclusive referir que o navio (que social e aparentemente se move) é bem imóvel.

Tem-se como certo que, ainda sob esse contexto, o fim do direito é normatizar as ações humanas de determinada sociedade, regulamentando as condutas e pinçando os fatos que considera lícitos e os que considera ilícitos. Faz isso por meio de seus antecedentes normativos que selecionam, ou recortam, para usar terminologia ponteana, fatos sociais e soergue-os à altura de eventos jurídicos. Levada a juízo a lide, em virtude de determinada discordância no âmbito do direito material, o juiz terá em suas mãos o instrumental franqueado pelo direito positivo para compor o litígio. Designará audiência para produção de provas, designará perícia, ouvirá a parte contrária, adjudicará o direito de recorrer, etc. Será dado prosseguimento ao processo, ao influxo de positivação do direito.

² Ocioso lembrar que pelo fato de o Brasil ser uma democracia, nada mais natural que seus governantes e seus legisladores sejam profissionais dos mais diversos ramos: engenheiros, médicos, pedreiros, enfermeiros... Essa a razão da ausência de saber jurídico apurado quando da feitura das leis. Nada mais natural.

³ A expressão o “Direito é senhor de seu tempo” é de CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. **Revista de Direito Tributário**, n. 102, p. 23. Isso não significa que seja possível ao direito que normas jurídicas retroajam e maculem situações já consolidadas pelo tempo. Por isso o mestre Paulo de Barros Carvalho, no mesmo escrito, à fl. 26 consignou: “Nosso ordenamento positivo rejeita com força e veemência que as normas jurídicas retroajam para atingir situações consolidadas no tempo.”

⁴ Nesse sentido DE SANTI, Eurico Marcos Diniz e CONRADO, Paulo Cesar. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n.º 86: “Nada mais natural, o direito é artificial: inicia seu processo de positivação por intervenção formal das partes, conforme previsão da lei (lançamento, petição inicial etc.) e termina quando a lei definir, no caso do processo judicial, com a coisa julgada”.

Partindo de normas gerais e abstratas, o interprete analisará os fatos e constituirá a norma jurídica individual e concreta, outorgando a determinado fato jurídico um dever-ser (obrigação, proibição ou permissão) que ensejará relação jurídica entre um sujeito passivo e um sujeito ativo. Este com direito subjetivo de “receber” o objeto que lhe compete, e aquele com o dever jurídico de cumprir com a determinação.

A “justiça” processual⁵, portanto, nesse curso, foi observada, e o que o vencido na demanda quer é o que lhe é de direito reconhecido por sentença⁶. Em certo momento, passadas todas as etapas da positivação do direito, a coisa julgada é fundamental para pôr termo àquele influxo (positivação do direito).

O objetivo aqui proposto é de analisar a “relativização” da coisa julgada, trazida pelo novel § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil, tida por inconstitucional sob a perspectiva intrassistêmica do direito positivo processual civil. Objetivar-se-á verificar se a declaração de inconstitucionalidade exarada pelo Supremo Tribunal Federal será capaz de ensejar propositura de ação rescisória visando à desconstituição da coisa julgada.

Utilizou-se como metodologia, ou seja, o caminho percorrido para estudar o objeto de estudos, a análise pelo prisma da lógica formal, de modo que se evitassem contradições internas ao discurso científico. Somente a vertente normativa foi levada em consideração; este foi o corte metodológico: analisar a coisa julgada e sua (im)possível relativização de acordo somente com o sistema do direito positivo, abstraindo-se conceitos de outras ciências.

Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho, serão apresentadas bases teóricas acerca no Direito, situando-o como objeto cultural possuidor de linguagem própria e constituidor de sua particular realidade, por meio de atos de fala. Demonstrar-se-á que o Direito é temporalizado, bem como será demonstrado que a segurança jurídica é princípio fundamental que dá estabilidade ao Direito.

⁵ Por certo não se consideram aqui vícios legalmente previstos taxativamente no artigo 966 do CPC e que maculam afrontosamente a jurisdição.

⁶ Utiliza-se a palavra sentença aqui em sentido *lato* podendo significar também acórdãos dos Tribunais de 2ª e 3ª instâncias.

Já no segundo capítulo, definir-se-ão os conceitos de Direito e Sistema, de tal forma que se demonstrará a importância dessas definições para o presente trabalho. Ficará evidenciado também que o Ordenamento Jurídico é uma sequência temporal de Sistemas do Direito Positivo. Não se deixará de estudar também a estrutura integral da norma jurídica, assim como serão abordados os conceitos de normas de estrutura e de comportamento.

No terceiro capítulo, definir-se-ão os conceitos de coisa julgada e estudar-se-ão suas espécies: coisa julgada material, coisa julgada formal e coisa julgada sobre resolução de questão prejudicial incidental. Será analisada também a relação entre a coisa julgada e o tempo do direito, assim como a relação da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica.

Arrimadas as bases necessárias, adentra-se ao último e derradeiro quarto capítulo. Nele se verifica a possibilidade de “relativizar-se” a coisa julgada. A partir das premissas soerguidas nos três primeiros capítulos, parte-se para análise do § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil. Neste capítulo analisaremos a compatibilidade desse dispositivo normativo com a sistemática do controle de constitucionalidade das leis; discutiremos também se tal enunciado normativo é compatível com o tempo do Direito e com o princípio da segurança jurídica.

Espera-se que este trabalho contribua para um estudo do direito metodologicamente puro e normativo, separado rigorosamente da influência de outras ciências, sem, é claro, deixar de reconhecer a importância delas.

1. CIÊNCIA CULTURAL, LINGUAGEM, REALIDADE, DIREITO, ATOS DE FALA, TEMPO: PREMISSAS EPISTEMOLÓGICAS AO ESTUDO DA COISA JULGADA

1.1 CIÊNCIA CULTURAL E OBJETO CULTURAL: CAUSALIDADE DA NATUREZA E DA SOCIEDADE

Por muito tempo os princípios da causalidade e da retribuição confundiam-se⁷. Com a emancipação desses princípios, a diferença daquela com as leis sociais sucederam-se sistemas completamente distintos⁸. Enquanto a causalidade se ocupa da ligação de causa e efeito com apoio no arquétipo lógico “se A é, então B é”, a lei da sociedade prevê que “Se A é, então B deve ser”. Separam-se categorias: o mundo natural diferente do mundo social. Divórcio tardio, porém necessário ao desenvolvimento social e das ciências.⁹

O homem, ao intervir no mundo, cria o social (mundo cultural)¹⁰ usando das atribuições de sentido que adjudica aos objetos com que toma contato e por intermédio das relações intersubjetivas firmadas. Esse percurso valorativo, por meio do qual aos objetos e às pessoas é atribuído conteúdo diverso do seu material em si, é chamado cultura. Em termos outros: o que converte sistemas puros materiais em um parlamento, em direito positivo, em universidade, não é sua característica biofísico-material, mas sim as significações a eles impressas¹¹.

A cultura é, portanto, o resultado da intervenção do homem no mundo social. É, nos dizeres de LOURIVAL VILANOVA¹²: “[...], fato de três dimensões: aos objetos físicos

⁷ KELSEN, Hans. **Sociedad y Natureza: una investigación sociológica**. Buenos Aires: Depalma, 1945, p. 409.

⁸ *Ibid.*, p. 409.

⁹ *Ibid.*, p. 408 e ss.

¹⁰ Importante o ensinamento de Miguel Reale Junior quanto a esse pormenor: “[...] o significado do termo valor começa, a meu ver, a ser melhor apreendido desde o momento em que se reconhece ser ele o instaurador do mundo do dever ser, ou da cultura, na qual algo (*aliquid*) é na medida e enquanto vale e, porque vale, deve ser. (REALE JR, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 14.)

¹¹ VILANOVA, Lourival. Notas para um Ensaio sobre a Cultura. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 2. p. 284.

¹² *Ibid.*, p. 280.

se conferem significações que partem de sujeitos que, entre si, por causa ou em consequência dessas significações, estendem uma teia de inter-relações sociais”.

Cristalizam-se, para dizermos com RÉCASENS SICHES¹³, os valores sociais; ou mesmo objetivam-se os espíritos com a atribuição de sentido ao dado, como nos ensina TÁREK MOYSÉS MOUSSALEM¹⁴. A “sobrevivência social” de uma comunidade social depende de uma orientação cultural comum que seja compartilhada pelos participantes¹⁵.

Outra não é a posição de T.S. ELIOT¹⁶: “Queremos dizer apenas que a cultura do indivíduo não pode ser isolada da do grupo, e que a cultura do grupo não pode ser abstraída da sociedade inteira.”

É a cultura, nesse sentido, algo sobre-humano; sobreindividual¹⁷; não tem ela caráter de mutação contínua intersubjetiva. Ao contrário: o objeto cultural tem um quê de perene e exerce influência sobre os que com ele tomam contato.

Não é eterno, porém. Retroalimentam-se socialmente homem e cultura assimetricamente, porque a cultura impõe comportamento e realidade ao participante social, e este, por sua vez, endereça a ela novas formas de realidades, num constante influxo alimentado pela linguagem. Tais pormenores são analiticamente explicados por ENRIQUE R. AFTALION et. al¹⁸:

La actividad humana misma y los productos de esta actividad constituyen, por lo tanto, la inmensa mayoría de los objetos culturales. Pero sería un error pensar que el sentido de tales objetos se identifique con el que subjetivamente les adjudicó su autor o productor. El producto – para expresarlo de otra manera – se independiza del productor y adquiere vida propia en el mundo de la cultura.

¹³ RECÁSENS SICHES, Luis. **Tratado de Sociología**. Porto Alegre: Editora Globo, 1970. v. 1. p. 196.

¹⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 2.

¹⁵ A respeito, ver: PARSON, Talcott. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas**. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1969, p. 24 - 25.

¹⁶ ELIOT, T.S. **Notas para uma Definição de Cultura**. São Paulo: Perspectiva, 2013, p. 36.

¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**, 2005, p. 3.

¹⁸ AFTALIÓN, Enrique R.; OLANO, Fernando García & VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983, p. 34.

Daí podemos concluir que não há cultura sem linguagem, e não há linguagem sem cultura¹⁹. O existir sentido liga a cultura à linguagem de forma umbilical. Uma depende da outra para existir, de modo que a cultura somente se dá por intermédio da linguagem; sem essa aquela não subsiste. Tomamos a expressão “linguagem” como sistema de signos que permitem aos seres humanos se comunicarem. As condutas humanas passam a significar algo à medida que levadas a efeito pelos utentes, o que fez M.A.K. HALLIDAY²⁰ afirmar que “el lenguaje se considera como la codificación de un potencial de conducta en un ‘potencial de significado’”.

A partir do ponto de vista segundo o qual a cultura é sobreindividual e necessita da linguagem para enriquecer, vale a lição de MAX SCHELER²¹: a cultura “es humanización, es el proceso que nos hace hombres – visto desde la naturaleza infrahumana -; (...) visto desde la imponente realidad que existe y actúa por encima del hombre y de todas las cosas finitas”. É a cultura, assim, o que MIGUEL REALE JUNIOR²² denominou de “sistema de intencionalidades humanas historicamente tornadas objetivas”. A propósito, vale consignar o ensinamento de WILBUR MARSHALL URBAN²³:

Sólo cuando la cultura se actualiza en el lenguaje y en otras formas relacionadas con el lenguaje, la vida sale de la existencia puramente “natural” y dada; sólo entonces es cuando pasa de los procesos meramente biológicos a las formas de inteligencia y espíritu.

Estar acima dos homens e voltar a eles como condição para a vida em sociedade e, no mesmo instante, ser por eles fortalecida e desenvolvida é condição de existência da cultura. Ela direciona a forma de ver o mundo por meio da linguagem, permitindo ao ser humano transformar circunstâncias em mundo, como leciona LEÔNIDAS HEGENBERG²⁴: “[...] dando sentido às coisas que o cercam, interpretando-as, o ser

¹⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**, 2005, p. 3.

²⁰ HALLIDAY, M.A.K. **El Lenguaje como Semiótica Social: la interpretación social del lenguaje y del significado**; trad. de Jorge Ferrero Santana. México: Fondo de Cultura Económica, 2013. p. 33.

²¹ SCHELER, Max. **El Saber y la Cultura**. Tradução de J. Gomes de la Serna y Favre. Buenos Aires: Editorial La Pleyade, 1972, p. 22-23.

²² REALE JR, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 3.

²³ URBAN, Wilbur Marshall. **Lenguaje y realidad: la filosofía del lenguaje y los principios del simbolismo**. Trad. Carlos Villegas y Jorge Portilla. México/Buenos Aires: 1952, p. 311.

²⁴ HEGENBERG, Leonidas. **Saber de e Saber que: alicerces da racionalidade**. Petrópolis: Editora Vozes, 2001, p. 25.

humano pode viver (ou, no mínimo, sobreviver). [...] Em suma, o caos circundante se transforma em mundo”.

Os objetos resultantes dessa atividade são os objetos culturais, os quais possuem características particulares e independentes do material que lhes dão base. A obra pintada no quadro não se confunde com a tinta na tela; a lei não se confunde com o papel em que está escrita. Objeto cultural lá, objeto natural aqui. O valor daqueles objetos está na carga emotivo-cultural por eles carregado. O belo, o complexo, o ser-da-obra têm valor em si e por si em virtude da carga valorativa neles impressa.

Não se pode perder de vista, ademais, conforme pontuado por TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM²⁵, que o objeto cultural “tem vida” enquanto há linguagem. Com ela ele nasce e sem ela ele morre. A desagregação linguística assemelha-se à ruptura social.

1.1.1 Linguagem e Realidade

A linguagem²⁶ é um instrumento para tratar com a realidade cultural²⁷; ela possibilita ao homem construir sua realidade à medida que aos objetos atribui signos (símbolos) nomeando-os. Eis a relação simbiótica entre linguagem e cultura a ensejar visão de mundo ao homem. Um objeto como lápis só é lápis porque disseram ser este seu nome. É nome arbitrariamente imposto, não vem do objeto em si o nome. Esse “tratar com a realidade” significa que há a construção da realidade somente para o homem; um movimento egocêntrico mesmo de realidade e criação.

Em outro dizer: cria-se a realidade por meio da linguagem somente para o homem e por este. Não significa com isso dizer que a linguagem cria os objetos materiais

²⁵ *Ibid.*, p. 5.

²⁶ Toma-se a expressão linguagem como sistema de signos que permitem aos seres humanos se comunicarem.

²⁷ Cf. GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed. Buenos Aires: Eudeba, 2004, p. 81.

brutos do mundo²⁸. Não. A eles o homem confere símbolos para, com isso, atribuir-lhes sentido e construir sua realidade. Organiza o emaranhado de dados em um cosmos capaz de tornar inteligíveis as relação humanas.

O cachorro não se torna cachorro pelo fato de o homem exercer linguagem sobre ele. O cachorro existe independente da linguagem que a ele adjudica existência. É um fato bruto da natureza. Porém, para que o ser humano dele tenha conhecimento, é necessária linguagem sobre isso. Dessas considerações pode-se afirmar que a linguagem cria a realidade somente para o homem. É um movimento interno de realidade tal qual VILEM FLUSSER²⁹ afirma: “Ele [intelecto] sabe dos sentidos e dos dados brutos que colhe, mas sabe deles em forma de palavras. Quando estende a mão para apreendê-los, transformam-se em palavras. [...] ele consiste de palavras, modifica palavras [...].”

Não se pode perder de vista que é por meio da linguagem que o homem tece o social e permite a existência e ampliação da cultura. Há, todavia, objetos que independem da linguagem para existir. Os objetos brutos da natureza não precisam da linguagem para existirem; ao contrário dos fatos linguísticos socioculturais, tais como o direito, as artes, a literatura, dentre outros. Lá, fatos brutos, aqui fatos institucionais, nos termos das lições de JOHN SEARLE³⁰.

Tanto um quanto outro necessitam da linguagem para instaurar³¹ a realidade no homem, mas, reforce-se, instaurar não é criar a realidade. O homem requer a linguagem para permitir falar sobre o algo – ou em muitos casos fazer coisas com palavras. E desse círculo ele não sai. Sempre usará a linguagem para falar de outra linguagem, como bem observou LOURIVAL VILANOVA³²: “nunca é possível sair-se

²⁸ SEARLE, John. **Mente, linguagem e sociedade**: filosofia no mundo real. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Ciência Atual Rocco, 2000. p. 30: “[...] do mesmo modo o fato de eu precisar de um vocabulário de maneira a afirmar os fatos ou de uma linguagem para identificar e descrever os fatos, não implica que os fatos que estou descrevendo ou identificando não tenham existência independente”.

²⁹ FLUSSER, Vilem. **Língua e Realidade**. 3 ed. São Paulo: Annablume, 2007, p. 47.

³⁰ *Ibid.*, p. 123 e ss.

³¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**, 2005, p. 6: “Por ser o meio pelo qual a cultura se manifesta, a linguagem é responsável por instaurar a realidade no homem. É a via de acesso do sujeito à realidade mesma”.

³² VILANOVA, Lourival. *Analítica do Dever Ser. In: _____. Escritos jurídicos-filosóficos*. Vol. 02. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003, p. 280.

desse conjunto infinito ou indeterminável de elementos-palavras: estaremos sempre no interior do universo-do-discurso”.

Jamais vamos aos fatos sem o permeio da linguagem. Ela é inevitável sempre. Se temos contato com o objeto, é porque há linguagem. Não há outra forma de se chegar aos objetos mesmos. Por isso afirma o professor LOURIVAL VILANOVA³³:

[...] jamais vamos aos fatos, apreendendo-os puramente, mas por meio da linguagem, entidade portadora de significações, de relações com o mundo dos objetos, mas também vinculada aos sujeitos integrantes da “comunidade do discurso”, por isso que seus símbolos cristalizam as maneiras de pensar, sentir e querer da coletividade.

Vivemos dentro do discurso: aos objetos damos nomes (símbolos) e nos comunicamos a partir de tais nomes. Mais complexo fica quando o objeto em si é composto, ele mesmo, por linguagem. O Direito, as Artes, a Literatura são compostos de linguagem, e sobre eles outra linguagem fala.

O que não se puder converter em linguagem não existe para determinada pessoa. Frise-se: a existência do real é sempre antropocêntrica, realizada pela linguagem. Lá fora os fatos brutos existem independentes da linguagem conforme já explicado, mas para o homem como ser que apreende signos linguísticos existirá quando sobre tais fatos houver linguagem. Nesse sentido, FABIANA DE PADRE TOMÉ³⁴ leciona que “as coisas não precedem o discurso, mas nascem com ele, pois é exatamente o discurso que lhes dá significado”.

Abram-se parênteses, mais uma vez, apenas para precisar o discurso: o “nascer com o discurso” tem sentido antropocêntrico, e não criacional como doutrinam os retóricos³⁵. Daí afirmar MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA³⁶: “não existe mundo que não seja exprimível na linguagem. A linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade”.

³³ VILANOVA, Lourival. Notas para um ensaio sobre a cultura. *In*:____. **Escritos jurídicos-filosóficos**. Vol. 02, 2003. p. 304.

³⁴ TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 6

³⁵ Cf. ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁶ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001. p. 13.

A importância propedêutica do estudo da cultura e da linguagem neste trabalho científico se justifica porque a linguagem é condição necessária ao conhecimento do homem. Sem ela é impossível a construção do saber. No mesmo sentir, MANFREDO ARAÚJO DE OLIVEIRA³⁷:

[...] é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é momento necessário constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.

Eis, portanto, a linguagem a tecer o social e a tornar-se inevitável ao ser humano. Todo contato com o mundo a requer.

Se é verdadeiro que a linguagem é inevitável ao ser humano, muito mais verdadeira é a importância da precisão da linguagem perante o trabalho científico, a qual deve ser esmerada e precisa³⁸. Assim, a importância da linguagem: estudar nosso objeto de estudos a partir da semiótica permitirá análise mais rigorosa dos contornos teórico-científicos.

É bom que se diga que cada linguagem contém uma visão da realidade. O exemplo trazido por ARTHUR KAUFMANN³⁹ é preciso neste sentido: “os gaúchos têm à volta de 200 expressões para as cores de cavalos, mas apenas quatro nomes de plantas – as plantas não desempenham praticamente nenhum papel na sua mundividência.” Exemplo profícuo para deixar clara a visão de mundo trazida pela linguagem.

Essa visão de mundo demonstra a ligação estreita entre linguagem, cultura e realidade; à medida que se tem a linguagem de algo, a realidade aumenta para o homem e, assim, a cultura tece o social, construindo-o e enriquecendo-o. Na

³⁷ *Ibid.*, p. 13.

³⁸ WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 37: “Onde não há rigor linguístico não há ciência. Fazer ciência é traduzir numa linguagem rigorosa os dados do mundo; é elaborar uma linguagem mais rigorosa que a linguagem natural”.

³⁹ KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de Antônio Ulisses Cortês. 5 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014. p. 167.

ausência de linguagem, porém, a cultura morre e, como bem ensina OSWALD SPENGLER⁴⁰, torna-se civilização.

1.1.2 A linguagem e o conhecimento

Foi vista a importância fundamental que a linguagem exerce nas relações humanas e a forma como ela instaura a realidade no homem. Agora, qual a relação da linguagem com o conhecimento?

Conforme doutrinam GUIBOURG, GHIGLIANI E GUARINONI⁴¹: “[...] conocimiento consiste en saber distinguir las proposiciones verdaderas de las falsas, y que estas proposiciones son descripciones de estados de cosas.” Por outro torneio, conhecer significa saber emitir proposições acerca do objeto, com o qual o sujeito se depara. Mas, como isso ocorre? Como é o procedimento do conhecimento?

O sujeito-conhecedor se posta perante o objeto real com intuito de conhecê-lo. Imaginemos o fato-bruto pedra. Ao fato bruto disforme, pesado e denso a cultura de determinado grupo social atribui o símbolo pedra. O sujeito-conhecedor emitirá proposições acerca do objeto pedra a outro sujeito. Há, nesse exemplo então os seguintes componentes: (i) sujeito conhecedor que emite as proposições sobre o objeto pedra; (ii) a pedra como objeto do conhecimento; (iii) o sujeito que receberá as proposições sobre a pedra.

Nesse rumo, vale lembrar que os fatos brutos, embora independam da linguagem para existirem fisicamente, dependem dela para serem elevados ao discurso, de modo que a linguagem perpassará todo esse procedimento de conhecimento, tornando-se, inclusive condição necessária e suficiente para o conhecimento.

Ao afirmarmos essa imprescindível função que a linguagem exerce no processo do conhecimento, claro fica que não cogitamos aqui de outra forma de conhecimento

⁴⁰ SPENGLER, Oswald. **La decadencia del occidente**: forma y realidad. Vol I. Tradução de Manuel G. Morente. Madrid: Espasa-Calpe, 1983, p. 153.

⁴¹ GUIBOURG, GHIGLIANI e GUARINONI. **Introducción al conocimiento científico**. 3 ed. 4. reimp. Buenos Aires: Eudeba, 2004.

senão o proposicional⁴². Isso explica, portanto, que não há correspondência⁴³ entre a coisa (pedra no mundo real) e a palavra (símbolo pedra). O conhecimento dá-se sempre por intermédio do discurso; ou seja, é a autorreferencialidade da linguagem.

Conforme as premissas até aqui consignadas, a afirmação de LOURIVAL VILANOVA⁴⁴ é equivocada quando afirma ser o conhecimento uma “relação do sujeito com o objeto”, na medida em que é necessária uma linguagem que permeie essa relação.

Daí afirmar LUIS ALBERTO WARAT⁴⁵, quando analisa o Positivismo Lógico, “A linguagem não só permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, como também funciona como meio de controle de tais conhecimentos.”

Haverá, assim, a linguagem do sujeito-conhecedor; a linguagem do objeto conhecido e a linguagem sobre a qual o sujeito conhecedor emitirá seu conhecimento (proposições)⁴⁶.

Retomando o raciocínio: o homem, como ser cultural, vai atribuindo nome às coisas para soerguê-las em discurso com os outros interlocutores. O resultado desse fato complexo⁴⁷ é o conhecimento, no exato momento em que se emitem proposições sobre as coisas. Até o instante em que essas são emitidas, há “estágios” para o conhecimento como muito bem viu LEÔNIDAS HEGENBERG⁴⁸.

Segundo esse autor, o *saber de* é a primeira e mais rudimentar etapa do conhecimento humano. É nessa fase que se obtêm noções iniciais dos sentidos e a relação com os objetos. Começa-se, assim, a saber classificar as várias coisas à

⁴² Nesse sentido, Lourival Vilanova afirma que: “Há conhecimento na percepção; mas o conhecimento adquire sua plenitude no plano proposicional.”. *Lógica Jurídica. In: _____. Escritos jurídicos e filosóficos*. v. 2, 2003, p. 158.

⁴³ TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*, 2005.p. 2.

⁴⁴ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 39.

⁴⁵ WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. 2. versão, 2 ed. aument. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995. p. 37.

⁴⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 29.

⁴⁷ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, 2005, p. 39.

⁴⁸ HEGENBERG, Leonidas, *Saber de e saber que*: alicerces da racionalidade. Petrópolis: Vozes, 2002.

sua volta e a saber distinguir o que é bom ou ruim. Tem aqui o ser humano uma noção bem primária de tempo e espaço e consegue distinguir coisas bonitas de coisas feias; coisas gostosas de coisas ruins; distingue o barulho do silencioso. Nas palavras do autor⁴⁹: “lentamente, as coisas da circunstância ingressam em “classes”.”

Um passo adiante nessas etapas do conhecimento, LEÔNIDAS HEGENBERG denominou de “*Saber Como*”. Aqui, a pessoa já nota a necessidade de atuar sobre o meio com o objetivo de melhor viver em sociedade. Começa, dessa forma, a usar a razão em suas atitudes, cujo objetivo é executar atos de maiores complexidades no entorno cultural. Por isso, criam-se as relações de “Se (tais ou quais condições), então (tais ou quais ações)⁵⁰”.

FABIANA DEL PADRE TOMÉ⁵¹, com peculiar acuidade, assevera: “Nesse momento, o sujeito cognoscente encontra-se apto a executar atos de crescente complexidade, mediante sua atuação sobre o mundo”. Há a necessidade de buscar explicações mais coerentes e plausíveis que existem ao redor do ser humano.

O derradeiro estágio do conhecimento, ainda segundo o citado autor, é o “*Saber Que*”. Nesse instante, o homem já possui capacidade de realizar inferências complexas e emitir proposições sobre o objeto, circunstâncias ou coisas; por isso mesmo, fala-se que é nessa fase que se chega ao conhecimento em seu sentido mais corriqueiro. Usa-se a lógica para criar raciocínios mais complexos.

Importante frisar, em seguimento, que esse processo é exatamente aquele por meio do qual a cultura é constituída e permeia o tecido social, instaurando a realidade nos homens à medida que se apreende a linguagem sobre os objetos. Vê-se, destarte, a intrínseca relação da linguagem, do conhecimento da realidade e da cultura. Assim, com muita propriedade, consignou LOURIVAL VILANOVA⁵²:

⁴⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 25.

⁵¹ TOMÉ, Fabiana del Padre. **A prova no direito tributário**, 2005, p. 7.

⁵² VILANOVA, Lourival. Notas sobre um ensaio sobre a cultura. *In*: _____. **Escritos jurídicos-filosóficos**. vol. 2, 2003, p. 280.

[...] a cultura é uma intersecção de três linhas, um domínio da objetividade includente do puramento natural, das formas de interação e das significações que os homens incorporam em suas condutas recíprocas e nas coisas que, por isso mesmo que são mediadoras dos significados, são coisas símbolos.

Agora, para todo conhecimento faz-se necessário estipular-se um sistema de referência, no bojo do qual o sujeito cognoscente irá estabelecer “relações associativas, condicionadas pelo horizonte cultural do sujeito cognoscente e determinadas pelas coordenadas de tempo e espaço em que são processadas”⁵³.

Como ser cultural, o homem habita um mundo lingüístico e edifica sua realidade por intermédio da óptica desse mundo. Por isso, exemplificando, um esquimó pode diferenciar inúmeras cores da cor do gelo que um habitante de outro lugar do mundo, como o brasileiro, não diferencia. Aquele tem um *Saber de* diferenciado deste, de modo que suas visões da realidade ficam condicionadas aos seus sistemas de referência.

Daí afirmar GODOFREDO TELLES JUNIOR⁵⁴: “Todo conhecimento verdadeiro é relativo. Todo conhecimento verdadeiro depende do sistema de referência a que se acha associado.”

Concluimos, portanto, que, se a linguagem permeia o conhecimento e se a linguagem instaura a realidade no homem, então é possível afirmar-se que para cada linguagem, ou seja, para cada referência, haverá uma realidade.

⁵³ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009, p. 21.

⁵⁴ TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. **Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 228. Nesse sentido também entende Paulo de Barros Carvalho, **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 3: “Quando se afirma algo como verdadeiro, portanto, faz-se mister que indiquemos o modelo dentro do qual a proposição se aloja, visto que será diferente a resposta dada, em função das premissas que desencadeiam o raciocínio.”

1.2 O DIREITO, A CULTURA E A LINGUAGEM: DIREITO COMO OBJETO CULTURAL EXPRESSO EM LINGUAGEM

Neste tópicO veremos a ligação umbilical entre a linguagem, a cultura e direito⁵⁵.

O Direito é criação da vontade humana. E assim o é porque ele cria abstratamente os dados jurídicos como, por exemplo, o fato jurídico, a sentença, o recurso, a coisa julgada e a relação jurídica. É manifestação do dever-ser, criado, por isso mesmo, pela linguagem sem a qual inexistiria⁵⁶.

Não por outro motivo é que, ao se adjudicar sentido e valor a uma determinada conduta tida por relevante, o sujeito culmina por criar o direito. Este, por ser oriundo de arbitramento de sentido e de valor pelo homem, é um dado cultural, possuindo todas as características dos objetos culturais. As normas, por intermédio de seus antecedentes, selecionam arbitrariamente os fatos e as condutas sociais e as elevam ao plano do jurídico com o intuito de estabelecer uma relação imputacional atribuindo “direção aos fatos sociais”⁵⁷; por meio delas, o Direito visa a regulamentar condutas humanas de acordo com uma finalidade em determinado momento e lugar. Isso não desconsiderou HANS KELSEN⁵⁸:

[...] ‘a norma é dirigida a uma pessoa’, não significa outra coisa senão que a norma estatui como devida a conduta de um ser humano ou de um determinado ou indeterminado número de pessoas, quer dizer, conduta humana, e nenhum outro acontecimento.

Isso permite afirmarmos que o direito é constituído pela linguagem e, como tal, é um fato institucional. Daí aduzir JOSÉ JUAN MORESO⁵⁹, com “[...] *toda seguridad, la afirmación de que el Derecho es dependiente del lenguaje es susceptible de suscitar un amplio acuerdo.*” Não obstante ser constituído por linguagem e, portanto,

⁵⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. **Revista de Direito Tributário**, n. 61.

⁵⁶ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento Tributário**. 3 ed. São Paulo: 2010, p. 31.

⁵⁷ A expressão em aspas é de CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. **Revista de Direito Tributário** n. 61, p. 75.

⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986, p. 38.

⁵⁹ MORESO, José Juan. **Lenguaje jurídico**. In: _____. **El derecho y la justicia**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000, p. 105.

apresentar-se em linguagem, o direito positivo não é apenas linguagem⁶⁰. Se o fosse, seria objeto apenas da semiótica. Porém, ao cientista do direito tal análise não interessaria.

Mas, a partir da análise da linguagem, tendo-a como índice temático, fornece ela ferramenta importante para o cientista que do Direito se ocupa. Nas palavras de JUAN-RAMON CAPELLA⁶¹: “todo derecho, en efecto, tiene por condición de existência la de ser formulable en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad.”

Para TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM⁶², “[...] a linguagem é componente inalienável de seu [direito] ser”. Por isso, PAULO DE BARROS CARVALHO⁶³, com muita propriedade e arrimado nas lições de HANS KELSEN, leciona que: “[...] onde houver direito, haverá normas jurídicas (Kelsen). A que poderíamos acrescentar: e onde houver normas jurídicas haverá, certamente, uma linguagem em que tais normas se manifestem”.

Por essa perspectiva, claro fica que o jogo da linguagem do direito, por ser um fato institucional, cria suas próprias realidades a ponto de não se poder falar em coincidência entre o mundo social e o mundo real, situação essa que implica, segundo MARCELO NEVES⁶⁴, “[...] “relações contraditórias” e diacrônicas entre o fato social e o valor contido na norma positiva (jurídica, moral, religiosa, de uso social, etc)”. São dois mundos absolutamente distintos.

LOURIVAL VILANOVA⁶⁵ esclarece essa peculiaridade, na medida em que o fato jurídico “[...] é o que ficou retido ou separado (abstraído) do suporte fático total: podem ou não coincidirem”.

⁶⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 56.

⁶¹ CAPELLA, Juan Ramon. **El Derecho como Lenguaje: un análisis lógico**. Barcelona: Ariel, 1968. p. 28.

⁶² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 57.

⁶³ CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária**. 2 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 17.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das Leis**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 4.

⁶⁵ VILANOVA, Lourival. Analítica do dever-ser. *In*: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. vol. 2, 2003. p. 69.

O Direito cria a realidade para poder, ao depois, modificá-la⁶⁶. Pertinente é a doutrina de GREGÓRIO ROBLES⁶⁷:

O homicídio não existe na realidade natural, mas apenas na realidade normativa (direito, moral, religião etc.). Sempre existirá na realidade o matar, mas matar não é o mesmo que cometer homicídio. Para cometer homicídio é necessário cumprir os requisitos exigidos pela norma: capacidade, ação com determinadas características etc.

Neste exato sentido, LOURIVAL VILANOVA⁶⁸:

Altera-se o mundo físico mediante o trabalho e a tecnologia, que o potencia em resultados. E altera-se o mundo social mediante a linguagem das normas, uma classe da qual é a linguagem das normas do direito.

O direito se cria a si mesmo, e regula sua própria criação, como doutrina HANS KELSEN⁶⁹. O fato social não albergado pela linguagem do direito não será relevante para o ele mesmo, tampouco existirá para ele. TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM⁷⁰ demonstra a linguagem do direito constituindo sua própria realidade interna, na medida em que, mesmo não havendo a morte física (fato bruto morte), pode, para o direito, haver a morte jurídica, como a ausência, por exemplo.

A morte natural, ainda segundo a exemplificação de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, pode assumir muitos sentidos no interior do sistema do Direito Positivo, como: “homicídio”, “sucessão”, “sinistro” etc.

Nesse sentido, somente haverá direito onde houver linguagem. O cientista do direito não vai ao direito senão por intermédio da linguagem que o permita. Todavia, não se há confundir a linguagem do direito positivo com a linguagem da ciência que o descreve. Aquela é irreduzível a esta; o ser é irreduzível ao dever-ser⁷¹.

⁶⁶ IVO, Gabriel. **Norma Jurídica**: produção e controle. São Paulo: Noeses, 2006. p. XXVI.

⁶⁷ ROBLES, Gregório. **O direito como texto**: quatro estudos de teoria comunicacional do direito. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole, 2005.

⁶⁸ VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 2005, p. 42.

⁶⁹ KELSEN, Hans. **El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho**, tradução de Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.p. 52. E continua: “La unidad del orden jurídico consiste en una cadena de actos de creación.”

⁷⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 58.

⁷¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 31.

A ciência do direito possui função descritiva de seu objeto (Direito Positivo). O Direito Positivo, por outro lado, tem função de prescrever condutas. Aquela é meta-linguagem em relação a essa última, e a linguagem da ciência do direito não é apta a mudar a linguagem do Direito Positivo⁷².

Daí afirmar LOURIVAL VILANOVA⁷³ que não propicia a quebra do “[...] sistema normativo o fato de que enunciados científicos nele ingressem, convertendo-se em normas. Porém, é necessário que norma do sistema, explícita ou implícita, o faça, indicando o órgão e/ou o procedimento [...].”

Assim, tanto o Direito Positivo como a ciência que o descreve, compõem-se de linguagem, e sem ela, como componente necessário e fundamental, não haverá nenhum desses dois planos linguísticos (prescritivo e descritivo).

Essa circunstância, percebeu-a ALESSANDRA GONDIM PINHO⁷⁴ quando afirma:

Num ou noutro campo, enfim, a linguagem é o instrumento que nos leva ao nível do saber, do conhecimento. Sem linguagem não há direito, nem como sistema de normas que orientam condutas, tampouco como conjunto de enunciados que o interpretam.

O ser composto de linguagem significa que o Direito Positivo é resultado de intervenção do homem que, imbuído de seus valores culturais, o cria⁷⁵. Eis, portanto, o Direito surgindo como objeto cultural.

É o Direito como resultado da intervenção do homem, dependente da linguagem para sua existência, a criar sua própria realidade em seu interior. Sendo assim, somente após sofrer a intervenção da escolha do fato social é que se poderá chamar o fato de jurídico e relevante ao direito. É a linguagem perpassando e criando a realidade. Essa perspectiva levou o jurista HANS KELSEN à distinção

⁷² *Ibid.*, p. 32-33.

⁷³ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen. *In: _____*. **Escritos jurídicos e filosóficos**. vol. 2, p. 205.

⁷⁴ PINHO, Alessandra Gondim. **Fato jurídico tributário**. São Paulo: Noeses, 2001. p. 40/41.

⁷⁵ Vale aqui consignar os ensinamentos de Lourival Vilanova: “[...] o direito não é algo simples. Nele se entrecruzam o psíquico, o social-histórico, os valores. Em síntese, o direito é objeto cultural. Parte componente da cultura, regido por uma dialética própria, ao mesmo tempo pela dialética que afeta a cultura em seu conjunto, e, assim, sujeito a relações mútuas com os demais aspectos da cultura, como a economia, a religião, a ciência etc.” (VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. *In: _____*. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1. São Paulo: Axis Mundi, 2003, p. 40).

entre o mundo do ser (mundo natural) e o mundo do dever-ser (mundo cultural criado pelo homem). *Vide* as palavras do doutrinador austríaco⁷⁶:

Proposições ou leis jurídicas em que são representadas as normas positivas estabelecidas por um legislador ou através do costume são, por exemplo, as seguintes: quando alguém comete um crime, deve ser punido; quando alguém não paga o que deve, deve ser executado o seu patrimônio. A distinção entre a causalidade e a imputação reside em que a relação entre o pressuposto, como causa, e a consequência, como efeito, que é expressa na lei natural, não é produzida, tal como a relação entre pressuposto e consequência que se estabelece numa lei moral ou jurídica, através de uma norma posta pelos homens, mas é independente de toda a intervenção desta espécie.

Quando afirmamos que o direito é artificial, tomamos por base a constatação de que é um objeto cultural arraigado de postulados axiológicos voltados a regulamentar a ação humana nas mais diversificadas situações sociais. Nesse sentido WILLIAM EBENSTEIN⁷⁷ leciona que é de importância capital para a teoria pura do direito a distinção entre ser e dever ser, a qual coincide com a distinção natureza e fim.

Daí se nota a impossibilidade de nos aproximarmos desse conjunto despojando-nos dos valores inerentes⁷⁸ de determinado núcleo social. Ao recortar os fatos que entende relevantes juridicamente, o direito valora determinada atitude lícita e determinada atitude ilícita. Isso ocorre por meio dos atos de fala. Na lição de GEORG HENRIK VON WRIGHT⁷⁹: “The use of words for giving prescriptions is similar to the use of words for giving promises (...). Both uses can be called *performatory* uses of language.”

É o Direito valendo-se dos atos de fala para fazer coisas, ação essa denominada por VON WRIGHT de usos performativos da linguagem. E isso se dá porque, ainda segundo o autor finlandês⁸⁰: “[...] for the reason just mentioned, prescriptions can be

⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 200-201.

⁷⁷ EBENSTEIN, William. **La Teoria Pura del Derecho**. Traducción de J. Malagón e A. Pereña. México: Fondo de Cultura Económica, 1947. p. 18.

⁷⁸ Isso, todavia, como bem salientou Paulo de Barros Carvalho: “[...] não significa que o discurso descritivo da Ciência do direito deva conter inclinações ideológicas. Nesse sentido: “[...] outra coisa bem distinta é compor o discurso jurídico-descritivo da Ciência aplicando-lhe, pela segunda vez, uma inclinação ideológica [...]”. (CARVALHO, Paulo de Barros, **Curso de Direito Tributário**, 2013, p. 75)

⁷⁹ VON WRIGHT, Gerg Henrik. **Norm and Action: a logical enquiry**. London: Routledge & Kegan Paul, 1971, p. 94.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 94.

called *language-dependent*. The existence of prescriptions necessarily presupposes the use of language in norm-formulations”.

É um ato de fala normativo. Tem a capa do direito⁸¹. Ao falar em direito, cria-se o direito. O jurídico estará sempre onde houver norma, e onde houver norma sempre haverá ato de fala deôntico a autorregulamentar o Direito Positivo. Não por outro motivo leciona LOURIVAL VILANOVA⁸²:

Norma de outra procedência, ou de outro conteúdo, para ingressarem no sistema, requerem regra-de-regra que as juridicize, que as con-valide. A correspondência com tais regras “processuais” dá-lhes relação-de-pertinência face ao direito positivo”.

Essa premissa é fundamental e necessária para a análise da coisa julgada, pois ela (coisa julgada) é um instituto jurídico que tem por função acabar com a positivação do direito. Mas antes disso, é importante perscrutar como o Direito funciona por intermédio de seus atos de fala.

1.3 OS ATOS DE FALA E A ANÁLISE DO DISCURSO DO DIREITO: QUANDO DIZER, EM DIREITO, É FAZER DIREITO: PALAVRAS E AÇÃO, DETERMINANDO TEMPO, ESPAÇO E LUGAR

Nem sempre se usam sentenças para descrever estados de coisas; muitas vezes dizer algo é fazer algo⁸³. Dizer “eu o batizo”; ou “eu vos declaro” marido e mulher não descreve absolutamente nenhuma situação, mas realiza atos: ato de batizar, no primeiro e ato de casar, no segundo. Aos atos que funcionam como realizadores de algo JOHN AUSTIN chamou de atos performativos, aos atos que apenas e tão

⁸¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés, MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 57.

⁸² VILANOVA, Lourival. **As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 2005, p. 27.

⁸³ AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 21. E continua o autor: “além das declarações (dos gramáticos), perguntas e exclamações, e sentenças que expressam ordens, desejos ou concessões .”

somente descrevem situações o mencionado autor denominou de atos “constatativos”⁸⁴.

O instrumental que essa concepção teórica traz para o direito é fundamental, na medida em que toda vez que se fala em direito, realiza-se uma ação, como bem ensina KARL OLIVECRONA⁸⁵:

Reconhecemos imediatamente a forma de linguagem utilizada em geral em promessas, contratos, testamentos e outros tipos de negócios jurídicos. Tais expressões não são utilizadas para relatar fatos. Nada descrevem. Seu propósito é estabelecer uma nova relação jurídica.

Quando o juiz diz “julgo procedente o pedido para declarar a existência de relação jurídica entre o autor e o réu e declarar que o réu é pai do autor” ele nada declara⁸⁶ e sim, realiza uma ação. Em verdade ele constitui algo e não declara algo, conforme ensina HANS KELSEN⁸⁷. Em outros termos: constitui uma realidade institucional. Constitui uma realidade cultural por meio da linguagem, por intermédio de um ato de fala. Na mesma linha, entende DOMINIQUE MAINGUENEAU⁸⁸:

A referência à ordem jurídica opera-se naturalmente, já que os atos de fala acionam convenções que regulam institucionalmente as relações entre sujeitos atribuindo a cada um um estatuto na atividade da linguagem. O que permite a certos autores falarem de contrato.

Esses atos de fala, FRITZ SCHEREIER⁸⁹ os nomeou atos jurídicos, os quais seriam ou atos do legislador ou atos do juiz capazes de criar direitos. Mais: criam-se atos de fala deônticos no mundo do direito e com eles a tessitura normativa ganha contornos

⁸⁴ *Ibid.*, p. 23. Interessante a razão pela qual o autor deu o nome de constativo: “Nem todas as declarações verdadeiras ou falsas são descrições, razão pela qual prefiro usar a palavra “constativa”.

⁸⁵ OLIVECRONA, Karl. **Linguagem Jurídica e Realidade**. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 60.

⁸⁶ Para Tárek Moysés Moussallem, todos os enunciados performativos do direito não declaram absolutamente, pois todos prescrevem condutas. (MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005. p. 62/64).

⁸⁷ KELSEN, Hans. **El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho**, tradução de Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.p. 53.

⁸⁸ MAINGUENEAU, Dominique. **Novas Tendências em Análise do Discurso**. Tradução Freda Indursky. 2 ed. Campinas: Pontes Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993. p. 30.

⁸⁹ SCHREIER, Fritz. **Concepto y Formas Fundamentales del Derecho**: esbozo de una teoría formal del derecho y del estado sobre base fenomenológica. Tradução de Eduardo García Maynez. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942, p. 40. No original: “Por actos jurídicos se entienden frecuentemente los “constitutivos de derecho”, es decir, actos del legislador y, eventualmente, del juez, mediante los cuales el derecho es “creado””.

de ordenamento jurídico, tendo como fundamento último a Norma Hipotético Fundamental⁹⁰.

Com efeito, como verificou JOSÉ LUIZ FIORIN⁹¹, para que os atos de fala sejam felizes (tenham sucesso), algumas circunstâncias de enunciação desse ato precisam ser respeitadas, tais quais:

(a) A enunciação de certas palavras em determinadas circunstâncias têm, por convenção, um determinado efeito. Portanto, as pessoas e as circunstâncias devem ser aquelas convenientes para a realização do enunciado em questão; [...]

(b) A enunciação deve ser executada corretamente pelos participantes. [...];

(c) A enunciação deve ser realizada integralmente pelos participantes. Assim, quando um performativo exige outro para ser realizado, é necessário que os dois sejam realizados para que haja sucesso. [...]

Além dessas três condições, FIORIN⁹² ainda consigna mais duas, quais sejam: “[...] quando a enunciação exige que o falante tenha certos sentimentos ou intenções, é preciso que ele tenha de fato esses sentimentos e intenções”. E continua o autor: “Por outro lado, na sequência dos acontecimentos, o falante que executou um performativo deve adotar o comportamento implicado pelo ato de enunciação”⁹³. O contexto, dessarte, é fundamental para o ato de fala efetivar-se.

Retome-se, por alguns instantes, a ideia anterior: reparou AUSTIN⁹⁴ que nem sempre a diferença entre atos constataivos e atos performativos é clara, razão pela qual o linguista inglês criou a teoria dos atos locucionários, atos ilocucionários e atos perlocucionários.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho**. Tradução de Luis Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, p. 51.

⁹¹ FIORIN, José Luiz. A linguagem em Uso. In: _____. (Org.). **Introdução à linguística: objetos teóricos**. Vol. I. São Paulo: Contexto, 2005, p. 170

⁹² *Ibid.*, p. 171.

⁹³ *Ibid.*, p. 171.

⁹⁴ AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**, 1990, p. 85: “Ao iniciarmos o programa de encontrar uma lista de verbos performativos explícitos, pareceu-nos que nem sempre seria fácil distinguir proferimentos performativos de proferimentos constataivos, e, portanto, achamos conveniente recuar por um instante às questões fundamentais, ou seja, considerar desde a base em quantos sentidos se pode entender que dizer algo é fazer algo, ou que ao dizer algo estamos fazendo algo, ou mesmo os casos em que por dizer algo fazemos algo.”

Segundo AUSTIN⁹⁵, “dizer algo” é o ato locucionário; a realização de um ato, ao dizer algo, é o ato ilocucionário; e o efeito sobre os sentimentos, pensamentos ou ações é o que se chamou de ato perlocucionário. E exemplificou⁹⁶: Ato (A) ou locução: Ele me disse “Atire nela”; Ato (B) ou ilocução: Ele me instigou (ou aconselhou, ordenou etc.) a atirar nela; e Ato (C) ou perlocução: Ele me persuadiu a atirar nela.

Como o direito é constituído por atos de fala, os quais se transmudam em atos de fala deônticos, é possível transportar esses conceitos para o mundo jurídico como o fez TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM⁹⁷:

A autoridade S' diz a S": "Pare o automóvel quando estiver diante de sinal vermelho" – ato locucionário; S'ordena a S" para o automóvel quando o sinal estiver vermelho – ato ilocucionário; S" quando se encontra dirigindo diante de um sinal vermelho, efetivamente pára o automóvel em virtude da ordem de S' – ato perlocucionário.

As três perspectivas do mesmo ato de fala são importantes ao estudo do direito, porque fornecem instrumental ao estudo de sua estrutura interna de criação e funcionamento estrutural.

Dada a ambiguidade da expressão “atos de fala”, produto (enunciado)/processo (enunciação) devemos, desde já, manifestar a favor do conceito de ato de fala como produto, ou seja, como enunciado. Porém, o que é enunciado e o que é enunciação? Qual a importância desses conceitos para o Direito?

A trajetória linguística apresenta-se ao ser cognoscente sempre por intermédio do enunciado, tido aqui, segundo AURORA THOMAZINI DE CARVALHO⁹⁸ como:

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 85/94.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 90.

⁹⁷ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. Algumas críticas a “Notas sobre o fato jurídico: crítica segunda ao realismo lingüístico de Paulo de Barros Carvalho”. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 11 jul/set, 2002, p. 156.

⁹⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**, 2009. p. 173. Semelhante é a concepção de Paulo de Barros Carvalho: “Emprego aqui a voz “enunciado” como o produto da atividade psicofísica da enunciação. Apresenta-se como um conjunto de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário, no contexto da comunicação. (CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária**, 1999, p 19/20).

[...] a expressão lingüística, produto da atividade psicofísica da enunciação, são sentenças (frases) formadas pelo conjunto de fonemas e grafemas devidamente estruturados que tem por finalidade transmitir um conteúdo completo, num contexto comunicacional.

Percebe-se, com esse conceito, que o enunciado pressupõe a enunciação. Mas o que é enunciação? E a resposta parece vir do mesmo conceito de enunciado, conforme viu JOSÉ LUIZ FIORIN⁹⁹: “O primeiro sentido de enunciação é o ato produtor do enunciado.” Podem-se fazer muitas coisas com a simples produção de enunciados, como observou CATHERINE KERBRAT-ORECCHIONI¹⁰⁰, pois todos os “enunciados possuem intrinsecamente um valor de ato”.

Curioso como se apresenta o processo de enunciação e o resultado desse processo, qual seja, o enunciado é presença cotidiana. Atente-se apenas para o fato de que somente temos acesso aos enunciados e jamais à enunciação; ou seja: somente se tem acesso à linguagem (enunciado) e não, ao evento (enunciação).

Disso resulta que o intérprete somente alcançará a enunciação por meio das marcas deixadas no enunciado. Nas palavras de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁰¹: “A enunciação instaurará elementos fundacionais de pessoa, de tempo e de espaço do discurso, uma vez que ela é o marco fundamental da produção do enunciado.” A tais marcas MILTON JOSÉ PINTO¹⁰² chamou de dêiticos.

Há, dessa forma, no enunciado dois aspectos: um que contém as marcas (ou dêiticos) da enunciação (quem produziu; quando produziu; como produziu etc.) e um outro que não contém tais marcas e somente transmite a mensagem. Àquele denomina-se enunciação-enunciada, e a este se chamou de enunciado-enunciado.

⁹⁹ FIORIN, José Luiz. **As astúcias da enunciação**: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. 4. Imprensa. São Paulo: Ática, 2005. p. 31.

¹⁰⁰ KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. **Os atos de Linguagem no Discurso Teoria e Funcionamento**. Tradução Fernando Afonso de Almeida e Irene Ernest Dias. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2005. p. 33.

¹⁰¹ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005. p. 23.

¹⁰² PINTO, Milton José. **As Marcas Linguísticas da Enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen Editora, 1994. p. 49.

Com esse manancial teórico fornecido pela semiótica, é possível vislumbrarmos a produção do direito, ou, como afirmado por TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁰³, as fontes do direito.

Elucidamos tal afirmativa com o seguinte exemplo: um sujeito tem uma empresa de eletrodomésticos e não recolhe absolutamente nenhum tributo por um ano. Pergunta-se: ele é um sonegador? A resposta é “não” para o Direito. Em uma primeira impressão, pode parecer chocante tal afirmativa, mas após algum tempo de reflexão constata-se o seu acerto. Somente se houver enunciação por um agente competente e conforme procedimento previsto em lei é que aquele fato social (sonegador-social) será elevado a fato jurídico sonegador.

Abram-se parênteses apenas para consignar que a enunciação em direito deve seguir as regras por ele mesmo estipuladas. A essas regras denomina-se fundamento de validade. Nesse sentido, mais uma vez vale a pena abeberarmo-nos das sábias palavras de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁰⁴ em valioso artigo: “Fundamento de validade [...] são as normas que regulamentam o jogo de produção do sistema do direito positivo. Por outras palavras, são normas que prescrevem como deve-ser (forma, procedimento) a criação de documentos normativos normativos [...]”.

Tomando de volta o fio do raciocínio, aquele agente competente emitirá um enunciado (auto de infração) que constituirá que aquela empresa, no dia tal, sonegou tal quantia etc. Nesse enunciado, portanto, haverá as marcas de que aquele fiscal qualificado “fulano”, no dia tal, seguindo determinado procedimento, emitiu (enunciou) aquele documento: eis a enunciação-enunciada. O conteúdo do ato que não traz as marcas da enunciação, ou seja, a multa imposta, a constituição de que aquela empresa estava sonegando tributos, e outros aspectos relativos à enunciação é o enunciado-enunciado.

¹⁰³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, São Paulo: Max Limonad, 2001.

¹⁰⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. Algumas críticas a “Notas sobre o fato jurídico: crítica segunda ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho”. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, vol. 11 jul/set, 2002, p. 158.

Guardadas, assim, as premissas estipuladas nesse trabalho, não se pode falar da enunciação, pois nela não há linguagem. Somente por meio da enunciação-enunciada é possível chegar-se àquela. Como já mencionado, somente há direito onde há linguagem; somente se pode falar de enunciação se houver enunciado. Dessa forma não é possível ao cientista falar sobre uma não-linguagem¹⁰⁵.

Assim, torna-se essencialíssimo que o intérprete parta sempre de linguagem (nesse caso do enunciado) para conhecer o que houve no momento da enunciação (criação do direito¹⁰⁶) e se as regras do jogo do direito positivo (fundamentos de validade) foram devidamente respeitadas. Essas regras são os textos prescritivos do sistema do direito positivo.

Importante, em prosseguimento, a observação feita pelo professor EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹⁰⁷:

A grande dificuldade em se determinar o que é direito encontra suas raízes, justamente, na instância de sua produção. O direito é criado por um ato ou uma sequência de atos realizados por pessoa competente, em conformidade com as regras de produção normativa do próprio direito.

A sistemática é a seguinte: a partir da enunciação-enunciada, o jurista reconstrói a linguagem do evento produtor (enunciação) e, então, verifica se esse procedimento foi levado a efeito conforme as regras do jogo linguístico do direito positivo (fundamento de validade)¹⁰⁸. As fontes do direito tornam hialina a ideia de que as normas jurídicas não se autorreproduzem, mas apenas dizem (por meio do fundamento de validade) como as normas devem se autorreproduzir.

¹⁰⁵ Por isso assevera o professor da Universidade Federal do Espírito Santo: “[...] ‘o construtivismo jurídico’, ao tomar o conceito de direito positivo como sistema de normas válidas em determinado espaço e tempo, não o descreve do lugar da não-norma. Algumas críticas a “Notas sobre o fato jurídico: crítica segunda ao realismo linguístico de Paulo de Barros Carvalho”. **Revista Trimestral de Direito Civil**, 2002, p. 157.

¹⁰⁶ CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**, 2009. p. 630: “A enunciação, assim, aparece como um acontecimento de ordem social, regulado juridicamente que se consubstancia na conjunção de três fatores: (i) um ato de vontade humano; (ii) a realização de um procedimento específico; e (iii) por um agente competente. É exatamente essa atividade que cria as disposições do sistema jurídico. Ele é o que chamamos enunciação, fonte do direito”.

¹⁰⁷ DE SANTI. Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 61/62.

¹⁰⁸ MOUSSALLEM. Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 152.

De norma jurídica não se gera norma jurídica sem um ato (enunciação) intermediário para criar o direito. É sempre necessário um ato do mundo do ser (não jurídico – enunciação) para a criação do mundo do dever-ser (mundo jurídico-enunciado).

Nesse particular, tem-se a ideia de HANS KELSEN¹⁰⁹: “Com efeito, também o ato com o qual é posta uma norma jurídica positiva é – tal como a eficácia da norma jurídica – um fato da ordem do ser.” Dessa forma, as fontes do direito entendidas como a enunciação somente serão relevantes para o direito por criarem enunciados em seu sistema.

Ainda que não seja objeto deste trabalho, consideramos importante, ao menos de passagem, afirmarmos que a teoria das provas é o instrumental por meio do qual o intérprete reconstruirá a enunciação (um fato do mundo do ser). As provas em direito admitidas é que criarão a realidade do social (enunciação) a partir da análise do documento normativo (enunciado). Na ausência delas, o direito positivo encontra respostas dentro de seu sistema; não fora ou antes dele.

O empresário do nosso exemplo somente será sonegador para o Direito se o arcabouço probatório do direito demonstrar que ele o é, e se a autoridade competente o reconhecer como tal¹¹⁰. Assim, serão analisados, por exemplo, os livros fiscais ou mesmo as notas fiscais para tentar saber se houve a sonegação posta no enunciado (auto de infração).

E frise-se: ser sonegador para o mundo do social não significa em absoluto ser sonegador para o mundo jurídico. Como será adiante visto, será necessária a presença de agente credenciado pelo sistema do direito positivo e previsão em hipótese normativa para dizer que sobre aquela parcela do social deve incidir uma norma jurídica.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**, 2000, p. 235.

¹¹⁰ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 83. É a lição do professor da Universidade Federal do Espírito Santo: “Ao tomar a linguagem como índice temático, o jurista vai aos acontecimentos mesmos, isto é, reconstrói tanto o ato de produção do direito (enunciação) por meio da enunciação-enunciada, quanto os eventos, inseridos como fatos jurídicos no enunciado-enunciado (no caso de norma concreta)”.

1.4 A QUESTÃO DO TEMPO DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

O modo por que se elabora um sistema temporal complexo é, talvez, o que demonstre as construções linguísticas do real instauradas pela linguagem¹¹¹. Queremos com isso dizer que o tempo linguístico varia conforme a língua de cada grupo social. O tempo permeia a linguagem e por consequência a cultura.

Existe um específico tempo da língua diverso do chamado tempo físico¹¹² conhecido como tempo crônico, assim explicado por ÉMILE BENVENISTE. Para este autor, o tempo crônico é o tempo dos acontecimentos; é a nossa própria vida “enquanto sequência de acontecimentos”¹¹³. Ele resplandece no calendário, por exemplo.

O tempo físico, por outro lado, ainda segundo ÉMILE BENVENISTE¹¹⁴, “[...] é um contínuo uniforme, infinito, linear, segmentável à vontade”. Por meio do tempo crônico incisões linguísticas podem ser feitas no tempo físico de forma que marque as passagens importantes ao ser humano. O descobrimento do Brasil, a independência do Brasil, a data de um aniversário são exemplo de tempos crônicos a incidirem sobre o tempo real para estipulação de marcos socializados. Eis a linguagem a criar os momentos tidos por significativos ao homem.

Foi também esse mesmo autor francês¹¹⁵ quem demonstrou haver vínculo umbilical entre o tempo e os atos de fala.

Para este trabalho esse ponto é decisivo, na medida em que o Direito é constituído por atos de fala, e sua temporalização transparece em seu ser, por intermédio da enunciação e do enunciado. Daí afirmar o linguista referenciado¹¹⁶: “É pela língua que se manifesta a experiência humana do tempo, e o tempo linguístico manifesta-se irredutível igualmente ao tempo crônico e ao tempo físico”.

¹¹¹ BENVENISTE, Émile. A linguagem e a Experiência Humana. In: _____. **Problemas de Linguística Geral II**. Tradução Eduardo Guimarães. Campinas: Pontes, 1989. p. 70.

¹¹² *Ibid.*, p. 71.

¹¹³ *Ibid.*, p. 71.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 71.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 74.

A ligação dessas premissas com o Direito se dá, porquanto o tempo do Direito é marcado pelo seu discurso (enunciação, enunciação-enunciado e enunciado-enunciado). O tempo físico é fugaz e, somente por meio da linguagem, o Direito o capta e o traz para seu campo. Há tempo na Constituição. Há tempo nas normas. Há tempo em todo o ordenamento jurídico. Com o discurso jurídico, o Direito marca o presente, o passado e o futuro para o direito. Segundo EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹¹⁷: “[...] o Direito projeta-se para o futuro, mas colhe no passado as condutas que jurisdiciza no presente”.

Em termos da análise do discurso: o Direito projeta-se para o futuro, mas colhe no passado (enunciado-enunciado) as condutas que jurisdiciza no presente (enunciação-enunciada). A este PAULO DE BARROS CARVALHO¹¹⁸ denominou de tempo do fato “[...], instante no qual o enunciado denotativo, perfeitamente integrado como expressão dotada de sentido, ingressa no ordenamento do direito posto”. E, àquele, tempo no fato “[...] ocasião a que alude o enunciado factual, dando conta da ocorrência concreta de um evento”.

No Direito, o tempo é, assim, criação linguística. É o próprio Direito que estipula quando o tempo se dá em seu interior. A essa criação do tempo TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹¹⁹ dá o nome de relação Direito-tempo. O tempo está no jurídico e o jurídico está no tempo. O tempo, como ensina FRANÇOIS OST¹²⁰: “[...], se constrói. Temporaliza-se. [...], já não continua a ser exterior às coisas, como um contentor formal e vazio, mas que participa da sua própria natureza”. E continua o autor¹²¹: “[...] o direito afecta diretamente a temporalização do tempo, ao passo que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito.”

No momento, o fundamental é termos em mente que o Direito é temporalizado. Tempo e Direito são inerentes um ao outro. Este sem aquele se desfaz. Tudo nele

¹¹⁷ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

¹¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência tributária**, 1999. p. 122-123.

¹¹⁹ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 84.

¹²⁰ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 13.

¹²¹ *Ibid.*, p. 13.

se situa no tempo. Como bem verificou JUAN LLAMBIAS DE AZEVEDO¹²² “[...] la temporalidad es un elemento constitutivo suyo [do direito], pues hemos visto que tiene una vida, que se hace y se deshace, es decir, deviene.”. Mais: importante que seja consignado, outrossim, que é por meio da enunciação que se determina o presente, o passado e o futuro no Direito.

Sim, porque é ela que cria atos de fala no sistema. E todo ato de fala faz referência ao tempo, seja ao tempo do Direito, seja ao tempo no Direito. TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹²³ firma este pormenor: “Tempo da enunciação, tempo na enunciação-enunciada e tempo no enunciado-enunciado, eis o eixo de movimentação do tempo dentro do sistema do direito”.

Mais: o Direito institucionaliza seu próprio tempo, mas dele depende, como ponto referencial e intrínseco, para poder institucionalizar o próprio tempo. Queremos com isso dizer que a institucionalização do tempo pelo Direito não admite criações sem referenciais ao próprio Ordenamento Jurídico. Não se admitem construções carregadas sem sentido deôntico.

Na relação Direito e tempo são necessários átimos temporais marcados e bem definidos para operar-se. Por exemplo: **(a)** tributo instituído no tempo X passa a ter vigência no tempo Y e tem sua inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal em Z; **(b)** a coisa julgada tem prazo de 2 (dois) anos para ser rescindida; **(c)** José matou João em determinado tempo X; **(d)** há prazo de 5 (cinco) anos prescricional para repetir o crédito tributário.

Nota-se, assim, que há necessidade de marcos temporais definidos para o Direito instituir o tempo; é preciso, portanto, haver sentido deôntico nessa instituição do tempo pelo Direito. Toda vez que não houver respeito ao sentido deôntico do tempo, haverá afronta ao princípio da segurança jurídica, como será explicado no item

¹²² LLAMBIAS DE AZEVEDO. Juan. **Eidética y aporética del derecho** y otros estudios de filosofía del derecho, 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958. p. 95.

¹²³ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 86.

seguinte. Interessante lição teceu EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹²⁴ em relação a este pormenor:

[...] a legalidade não pode impor-se como um ideal sem limites. Não se pode desvelar o verdadeiro sentido da lei, porque ainda que seja lei, a lei é antes palavra, que para fazer sentido tem de passar pelo presente do tempo. A legalidade só “é” em função do tempo: um tempo significa uma legalidade; outro tempo pode significar outra legalidade.

Não podemos perder de vista, ademais, que o tempo para o Direito também é fundamental quando se verifica que o ordenamento jurídico é uma sequência temporal de sistemas jurídicos¹²⁵. Daí afirmar EUGÊNIO BULYGIN¹²⁶: “[...] la expresión ‘orden jurídico’ será siempre usada para referirse a una secuencia de sistemas jurídicos”. Esta particularidade, todavia, será melhor analisada em capítulo próprio desta dissertação.

1.5 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO CARACTERÍSTICA FUNDAMENTAL DO DIREITO

Tomando-se o direito positivo como o conjunto de normas válidas em um determinado momento histórico e em determinado lugar, é possível notar que, ao lado das entidades normativas, lugar não há para outras quaisquer que não sejam normas jurídicas dotadas de mesmo esquema sintático de organização (se A, então deve-ser B).

Com isso, não é possível ainda sustentar-se a existência dos princípios como entidades autônomas ao lado de normas jurídicas. Em verdade, princípios nada mais são do que normas que exercem grande força axiológica dentro do ordenamento jurídico, fazendo com que essas normas de caráter axiológico proeminente influenciem “vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem

¹²⁴ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**, 2011, p. 25.

¹²⁵ CARACCILO. Ricardo. **El sistema jurídico: problemas actuales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1988, p. 19.

¹²⁶ BULYGIN. Eugênio. *Tiempo y validez. In: ____*. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 197.

jurídica”¹²⁷, segundo PAULO DE BARROS CARVALHO. Esse caráter axiológico é presente em todo objeto cultural; como o direito é objeto cultural, sua carga axiológica é componente fundamental em sua composição.

Tal carga axiológica (valores), porém, deve respeitar a sistemática do direito como sistema autopoiético possuidor de autonomia sistêmica e criador de suas próprias realidades, de modo que devem ser afastadas todas as cogitações relativas à criação de valores não presentes na sistemática jurídica.

Crer em um direito autônomo e capaz de criar suas próprias realidades não permite presumir a existência de um sistema suprapositivo de valores, ou mesmo valores que valem por si mesmos. Somente os valores reconhecidos pelo direito serão levados em consideração; não outros sobrevalores, ao estilo do direito natural¹²⁸. Importante, nesse contexto, consignarmos a lição de HANS Kelsen: “Contrariamente a la doutrina del derecho natural, que es una metafísica del derecho, la ciencia jurídica unicamente puede ser una ciencia del derecho positivo, o sea del derecho creado y aplicado por los hombres.”¹²⁹

Pois bem. Os princípios nem sempre se encontram expressos nos textos normativos; por vezes aparecem de maneira explícita como o princípio da legalidade, para a observação da prescricividade da qual é bastante a leitura do inciso II do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Há, todavia, princípios que o intérprete extrai da implicitude dos textos normativos. De acordo com PAULO DE BARROS CARVALHO¹³⁰, todos têm a mesma força vinculante perante o ordenamento jurídico.

Observando-se o ordenamento jurídico do seu nível mais alto até sua base, nota-se que a República Federativa do Brasil de 1988 está repleta de princípios que se almeja sejam observados quando da aplicação das normas jurídicas.

¹²⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. O Princípio da Segurança Jurídica. **Revista de Direito Tributário**, n. 61, p. 78: “É o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica.

¹²⁸ Esse é o entendimento de Paulo de Barros Carvalho. (*Ibid.*, p.80).

¹²⁹ Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**: introducción a la ciencia del derecho. Tradução Moisés Nilve. 13. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1975. p. 52.

¹³⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. **Revista de Direito Tributário**, n. 102, p. 20.

Sim, porque não faria sentido estipular-se uma diretriz axiológica, se esta se encontrasse apenas em plano sintático e em desconformidade com o âmbito pragmático, em que a linguagem jurídica desce até a situações fáticas, ou mesmo verificar se aquelas diretrizes estáticas estão sendo observadas pelos utentes da linguagem. Deve haver, assim, uma constante verificação da aplicação dos postulados positivados e que refletem valores no sistema jurídico.

Nota-se, dessa forma, a observância do direito positivo como um todo, durante o processo de positivação, questionando sua racionalidade, respeitando seus prazos, analisando sua hierarquia interna. A coordenação e a subordinação¹³¹ entre suas normas jurídicas, o respeito às decisões são suficientes para notar a presença do princípio da segurança jurídica. Valiosa a perspectiva de GUSTAV RADBRUCH¹³², segundo a qual:

Se não é possível fixar e estabelecer aquilo que é justo, deve ao menos ser possível estabelecer aquilo que ficará sendo o direito, e isso deve estabelecê-lo uma autoridade que se ache em condições de poder impor a observância daquilo que precisamente foi estabelecido.

É do respeito pelo direito positivo, portanto, que se extrai a diretriz principiológica da segurança jurídica. Segurança tem a ver, conforme TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR¹³³:

[...] com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida.

Daí afirmar EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI¹³⁴: “A segurança define-se pela determinação do direito, pela necessidade da demarcação do que é e do que não é direito.”

¹³¹ *Ibid.*, p. 21.

¹³² RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Professor L. Cabral de Moncada, 6. ed. rev. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 160.

¹³³ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Direito entre o futuro e o passado**, São Paulo: Noeses, 2014. p. 12/13.

¹³⁴ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**, 2011, p. 58.

Embora não explicitada nos textos, a segurança jurídica realiza-se quando se efetivam outros princípios que compõem o sistema, tais como a legalidade, universalidade de jurisdição, devido processo legal, igualdade etc. Não por outro motivo se afirma que se trata do respeito ao direito positivo. Perfeita a observação de GUSTAVO VALVERDE¹³⁵, arrimado em TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR.:

O conceito de segurança jurídica repousa no aspecto intuitivo de que onde o direito é claro e delimitado ele “cria condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros. E como acuradamente observa, a segurança jurídica exige positividade do direito: ‘se não se pode fixar o que é justo, ao menos que se determine o que é jurídico’. Nesse sentido, ‘segurança significa clara determinação e proteção do direito contra o não-direito’.

Segundo HUMBERTO ÁVILA¹³⁶, “[...] a segurança jurídica garante o direito de o particular, com exatidão, conhecer, hoje, o Direito de amanhã, antecipando o conteúdo da decisão futura que irá qualificar juridicamente o ato hoje praticado”.

¹³⁵ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**. São Paulo, Quartier Latin, 2004, p. 120. Em página 123 continua: “A Coisa julgada tem um objetivo claro: implementar segurança jurídica no sistema, reforçando a sua redundância”.

¹³⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131.

2 A DEFINIÇÃO DOS CONCEITOS DE DIREITO E DE SISTEMA

2.1 NOTAS SOBRE A PROBLEMÁTICA DO CONCEITO FUNDAMENTAL DE UMA CIÊNCIA

Sob o prisma empregado neste trabalho, o ser humano não vai aos objetos sem o intermédio da linguagem. Ao falar sobre o objeto, já tem o falante linguagem pré-concebida sobre ele. Vai-se ao objeto, portanto, com um pré-conceito, caso contrário não seria possível dele falar.

Não há incoerência nesta afirmação. Sim, porque ao habitar o mundo, o homem adquire linguagem sobre as coisas (físicas e/ou culturais) e com elas toma contato. Nem sempre, todavia, tem conhecimento sobre elas. Ou seja: nem sempre consegue conceituar tais coisas e torná-las objeto. Sem o conceito do existente não se faz conhecimento.

Por certo o conhecimento é edificado por meio de enunciados¹³⁷. Todavia, como bem pontua JOHN HOSPERS¹³⁸, precisamos possuir primeiro os conceitos das coisas. Não se pode entender o que “[...] Significa lá oración << el hielo se funde >> antes de poseer el concepto de hielo y el de fusión”¹³⁹.

Cabe aqui consignar que se trabalha, nesta dissertação, estabelecendo-se diferença entre coisa e objeto. A coisa é o existente (fato bruto ou fato institucional) sobre a qual o homem emite enunciados e “cria” o objeto. O objeto, assim, é o resultado da intervenção conceitual do homem. Nesse sentido, LOURIVAL VILANOVA¹⁴⁰ ensina:

¹³⁷ No mesmo sentido ver as obras de HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Alianza Universidad, Buenos Aires: 1976. p 134; MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001. p. 47. CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 5 ed. rev e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, pp: 11-15. VILANOVA, Lourival. **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, 2005, pp. 39-40. GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**, 2004. p. 83.

¹³⁸ HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Alianza Universidad, Buenos Aires: 1976. p 134.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 134.

¹⁴⁰ VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1, 2003, p. 5

“o conceito simplesmente põe o objeto, o que significa, contrapõe o pensamento a algo que se apresenta com uma consistência definida”.

Esse “pôr o objeto” é a significação de um signo¹⁴¹. Ele não reconstrói o dado. O real é rico, individual, heterogêneo e irrepetível. O conceito não pode aspirar a uma representação intuitiva dessa exigência, na medida em que a individualidade e a infinitude do real são impeditivos ao conhecimento¹⁴². A intuição é mais rica que o conceito, pois ela capta as individualidades do real, todavia ela não consegue universalizar o pensamento, algo próprio do conceito¹⁴³.

A importância da noção de conceito, neste trabalho, se dá porque a ciência do direito é conceitual e, como apontado por LOURIVAL VILANOVA¹⁴⁴, “[...] Ciência é uma construção conceptual”. Tanto quanto mais rigorosa for a construção dos conceitos, tanto quanto mais será a construção científica.

Adotar-se-á, aqui, a definição de conceito formulada por TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁴⁵: “[...] o conceito é uma metalinguagem, originária de uma pré-interpretação (linguagem), sob a qual o homem cria critérios de unidade e permanência nela coexistentes, a fim de tornar possível a distinção entre os xs e os ys, e entre os xs e os não-xs.”

É o conceito enunciado formulado a partir de uma linguagem, por isso ele é uma metalinguagem, por meio do qual se elegem algumas características do dado para distinguirem-se os xs dos ys e dos zs. Conceituar algo é reduzir a complexidade daquele algo. Sim, porque, como foi dito, a realidade é heterogênea e rica enquanto o conceito retira dela (linguisticamente falando) características que sobreleva pertinentes.

Para o homem realizar essa distinção entre os xs, ys e zs, ele vai até aos dados já com uma pré-compreensão; já com um pré-conceito. Vai o homem até aos dados

¹⁴¹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001. p. 48.

¹⁴² VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. *In*: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1, 2003, p. 6.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 6.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 4.

¹⁴⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001. p. 51.

com um quê (conceito *a priori*) do dado. Pode-se afirmar, sem medo de cometer incoerência, que se conhece o de cuja existência se tinha ideia¹⁴⁶.

LOURIVAL VILANOVA¹⁴⁷, mais uma vez, é preciso:

Por artifício sofisticado, pode-se argumentar que o sujeito vai ao objeto conhecer aquilo que, previamente, já sabe. Mas, no conceito *a priori*, o objeto não é conhecido. É simplesmente indicado; o conceito fornece as determinações mínimas e essenciais que servem de *criterium* para encontrar o objeto onde ele se acha.

Assim, para o cientista conseguir proceder ao conhecimento, é-lhe necessário saber o conceito fundamental da seara científica que investiga. Daí afirmar LOURIVAL VILANOVA¹⁴⁸: “[...] O conceito supremo ou fundamental de cada sistema científico funciona logicamente como um pressuposto do conhecimento.”

Cabe, nesta dissertação, portanto, perquirir o seu conceito supremo ou fundamental, qual seja, o conceito de direito.

2.2 CONCEITO DE DIREITO

A grande dificuldade para definir o conceito de Direito está na mística crença, por parte de alguns juristas, de haver relação entre a linguagem e a realidade¹⁴⁹. Daí lecionar TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR¹⁵⁰:

Os autores jurídicos, em sua maioria, têm uma visão conservadora da língua, sustentando, em geral, no que se refere aos objetos jurídicos, a possibilidade de definições reais, isto é, a ideia de que a definição de um termo deve refletir, por palavras, a coisa referida.

¹⁴⁶ Nesse sentido ver: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001. p. 49. “O sujeito cognoscente dirige-se à linguagem da realidade social munido de uma noção provisória e incompleta da linguagem do objeto, encarregando-se de adquirir nova linguagem e obtendo, em consequência, conhecimento.”

¹⁴⁷ VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1, 2003, p. 18.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 11.

¹⁵⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 35.

Atribui-se à linguagem o significado. A palavra Direito é um símbolo e, portanto, seu significado é arbitrário e não vem de sua essência¹⁵¹. Com efeito, frequente é a pergunta: “O que é Direito?”. É pergunta que causa desorientação entre os juristas¹⁵². Mas a essa pergunta cabe apenas uma resposta: uma palavra¹⁵³.

Por isso muitos sentidos podem surgir dessa palavra, tais como: direito sujeito; direito como ciência; direito positivo; direito como justiça; dentre outros significados.

Defini-la, porém, é fundamental para os fins deste trabalho, na medida em que essa definição é que estipulará o exato corte metodológico da análise da coisa julgada dentro do direito positivo¹⁵⁴. LOURIVAL VILANOVA corrobora esse entendimento quando afirma: “[...] o que fornece unidade e sentido às investigações científicas sobre o direito é o conceito do direito”¹⁵⁵.

No final, continua o mencionado professor¹⁵⁶: “Sem o conceito do direito, resulta ininteligível falar em sujeito de direito, relação jurídica, objeto jurídico, fato jurídico, etc. Estes conceitos gravitam claramente dentro de uma órbita circunscrita pelo conceito de direito.”

E o investigar o conceito de direito é algo extremamente difícil, porquanto o direito é uma realidade complexa,¹⁵⁷ que pode ser objeto de diversos pontos de vista cognoscitivos.

Basta, para isso, que se firmem as regras do jogo (método científico) que será usado para estudar o direito positivo. Daí afirmar HANS KELSEN¹⁵⁸: “Uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto”.

¹⁵¹ Como, aliás, nenhum significado de palavras vem de seus âmagos.

¹⁵² NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. ampl. rev. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005. p. 11.

¹⁵³ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**, 2001. p. 47.

¹⁵⁴ Neste sentido Tárek Moysés Moussallem. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 63: “Esclareçamos: ao se definir o conceito de sistema do direito positivo, realiza-se automaticamente um corte metodológico na linguagem da realidade a ser estudada.”

¹⁵⁵ VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. *In*: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**, Vol. 1, 2003, p. 22.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 19.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 32. E continua o professor Pernambucano: “Podemos submetê-lo a um tratamento histórico ou sistemático, científico-filosófico ou científico-positivo, daí resultando a história do direito, a sociologia do direito, as ciências particulares do direito e a filosofia jurídica em seus várias aspectos. Em cada um destes pontos de vista considera-se o direito sob um ângulo particular e irredutível”.

Não é por outro motivo que devemos, destarte, precisar o conceito de Direito que será levado em consideração para este trabalho. Antes, contudo, analisaremos as problemáticas linguísticas que a palavra Direito possui.

Para isso, serão analisados os conceitos de direito fornecidos por abalizada doutrina. Conforme LOURIVAL VILANOVA¹⁵⁹ “[...] define-se direito como um sistema de normas diretivas da conduta humana, cuja inobservância é sancionada”

Como complemento desse conceito, observou AUGUSTO DE ANDRADE MANSUR¹⁶⁰, em dissertação de mestrado pela Universidade Federal do Espírito Santo, que o direito deve regular “[...] condutas humanas possíveis e não-necessárias intersubjetivamente”.

Segundo PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁶¹, “o direito positivo é o complexo de normas jurídicas válidas num dado país”. Tal conceito de forma alguma discrepa de outros aqui já aduzidos. Nas palavras do jurisconsulto KELSEN¹⁶²: “Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas no sentido de que reagem contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas.”

Para EDUARDO GARCIA MAYNES¹⁶³: “Llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en cierta época y un país determinado la autoridad declara obligatorias.”.

É de reconhecer que todos esses conceitos buscam definir o conceito de direito pelo prisma meramente formal. Como pontua TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁶⁴, “[...] a

¹⁵⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**, 2000, p. 33. E segue: “para alcançar uma definição do Direito, é aconselhável primeiramente partir do uso da linguagem, quer dizer, determinar o significado que tem a palavra Recht (Direito) (...)”

¹⁵⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 65.

¹⁶⁰ MANSUR, Augusto de Andrade. **Garantia judicial de crédito tributário definitivo**: o direito à expedição de certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa como produto processual da análise constitucional do artigo 206 do código tributário nacional. Dissertação Mestrado, UFES: 2008, p 22. Para o mestre capixaba: “os atos humanos impossíveis, os atos humanos necessários e as manifestações naturais (alheias à vontade humana) não são passíveis de modificação valorativa. O que implica ser sem-sentido deontico uma norma que pretende regular um desses fenômenos, pois que são inalteráveis pelo deontico.” (p. 28)

¹⁶¹ CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 2009. p. 2.

¹⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do direito**, 2000, p. 35.

¹⁶³ MAYNES. Eduardo Garcia. **Introducción al estudio del derecho**. 6. ed. México: Porrúa, 1955.

definição do conceito de direito para a Ciência do Direito em sentido estrito (Dogmática Jurídica) encontra-se conduzida pela análise formal do conceito, como característica definidora.”

Será considerada para os limites deste trabalho a definição do conceito de direito como um conjunto de normas jurídicas válidas, em um átimo temporal e em determinado espaço, cujo descumprimento será juridicamente sancionado (aqui entendida a sanção como norma secundária), e que se destina a regular condutas humanas possíveis e não necessárias intersubjetivamente.

Não se deve, porém, confundir o direito positivo com a ciência que dele se ocupa¹⁶⁵. Há muita diferença entre esses dois corpos de linguagem. Aquele tem como objetivo regulamentar condutas humanas, esse propõe-se descrever o sistema normativo daquele.

A linguagem do direito positivo também difere em absoluto da linguagem da ciência do direito. Aquela é prescritiva de condutas, e essa é descritiva do enredo normativo daquela. Enquanto aquela visa a regular as ações das pessoas, essas últimas têm caráter meramente cognoscente. Nesse sentido PAULO DE BARROS CARVALHO : “O cientista do Direito vai debruçar-se sobre o universo das normas jurídicas, observando-as, investigando-as, interpretando-as e descrevendo-as segundo determinada metodologia¹⁶⁶.”

As lógicas que orientam cada uma dessas linguagens também são diferentes. Ao direito positivo corresponde a lógica deôntica, e à ciência do direito corresponde a lógica apofântica. E continuam as lições de PAULO DE BARROS CARVALHO, Por isso, “[...] as valências compatíveis com a linguagem das normas jurídicas são diversas das aplicáveis às proposições científicas.”¹⁶⁷. Para o direito positivo há valências válido/não-válido, e para a ciência do direito positivo há valências verdadeiro/ falso.

¹⁶⁴ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001. p. 62.

¹⁶⁵ Cf. CARVALHO. Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**, 2009, p. 1-4.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 3.

A concepção do direito positivo como um conjunto de normas traz a ideia de sistema, porquanto, segundo a lição de LOURIVAL VILANOVA,¹⁶⁸ “Esse dever-ser [normas jurídicas] é objetivado se tem seu fundamento de validade num determinado sistema: se não, é meramente subjetivo, vale para um sujeito, indivíduo ou grupo, sem encontrar apoio no ordenamento total válido e eficaz.”

Daí a necessidade do estudo do sistema para os fins deste trabalho.

2.3 CONCEITO DE SISTEMA

A palavra “sistema” é dotada de ambiguidade e vaguidade e por isso deve-se precisar seu conceito antes de adentrar no tema em si¹⁶⁹. Tem a palavra “sistema” origem etimológica no grego *systema*, o que significa o construído¹⁷⁰.

Adota-se aqui o conceito de sistema como elementos unidos e aglutinados e que têm em comum um único referencial. MARCELO NEVES¹⁷¹ é preciso ao definir o conceito de sistema como “conjunto de elementos (partes) que entram em relação formando um todo unitário”. Não discrepa desse conceito PAULO DE BARROS CARVALHO¹⁷² “Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.” Existe nesse conceito a presença de elementos e a figura de um referencial aglutinador.

Percebe-se, com isso, que esses elementos pertencerão a determinado sistema se condisserem com os critérios estabelecidos por essa referência. Não é necessária a

¹⁶⁸ VILANOVA, Lourival. Norma jurídica-proposição jurídica: significação semiótica. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61. p. 15.

¹⁶⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976. p. 8. Ver também: MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 63; CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência, 1999. p. 39/40; TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**, 2005, p. 37. CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**, 2009, p. 114. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 1.

¹⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask., 1976. p. 9.

¹⁷¹ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, 1989, p. 3.

¹⁷² CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência, 1999. p. 40.

coerência e compatibilidade entre as partes para ser sistema, todavia. Tais notas não são essenciais ao conceito de sistema¹⁷³. CARLOS EDUARDO ALCHOURRÓN e EUGÊNIO BULYGIN¹⁷⁴ afirmam que “[...] no parece que haya buenas razones para limitar la referencia del término ‘sistema’ a los conjuntos coherentes”. De acordo com o marco epistemológico adotado neste trabalho, pode-se afirmar que cada referência informa o que cada sistema poderá conter, porquanto cada sistema forma seu jogo linguístico¹⁷⁵.

LOURIVAL VILANOVA¹⁷⁶ é preciso: “Se o dado sociológico não é convertido implícita ou explicitamente por normas do sistema jurídico em fonte (...), esse dado deveria (juízo de deontologia política) ser fonte, mas no interior do sistema não é.”

Assim, se a referência “Z” prescreve determinados critérios para que os elementos “X” sejam aglutinados, e, portanto, pertençam ao sistema “Z”, os elementos “X” deverão, para pertencer a “Z” possuir aquelas referências¹⁷⁷. Caso contrário, não pertencerão àquele sistema e sim, a outro qualquer.

Impossível haver contradição sintática no sistema. Ou se cumpriu determinada referência, e, assim, determinado elemento pertence a tal conjunto, ou não pertence esse elemento ao sistema. Porém, conforme alerta LOURIVAL VILANOVA¹⁷⁸: “Devemos, previamente, precisar se se trata do sistema-ciência ou se do sistema-Direito positivo.”

Sob esse ponto de vista, necessário proceder-se à diferenciação entre esses dois mundos de linguagem distintos.

¹⁷³ Cf. NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, 1989, p. 2-3.

¹⁷⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. **Sistemas normativos: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas**. 2. ed. rev. Buenos Aires: Astrea, 2015, p. 94.

¹⁷⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moisés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 64. Nas palavras do autor capixaba: “Ressalte-se que falar em conflito ou incoerência só possui sentido se for no interior de um mesmo sistema. Conflitos intersistêmicos são extralógicos, isto é, são jogos lingüísticos diferentes.”

¹⁷⁶ VILANOVA, Lourival. Norma jurídica-proposição jurídica: significação semiótica. **Revista de Direito Público**, n. 61. p. 19.

¹⁷⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moisés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 64.

¹⁷⁸ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 2005, p. 173.

2.3.1 Espécies de Sistemas – algumas considerações

Conforme MARCELO NEVES, os sistemas podem ser reais (também conhecidos por sistema empíricos) ou proposicionais. Os sistemas empíricos seriam constituídos por fenômenos físicos ou psíquicos. Os proposicionais distinguem-se em nomológicos e nomoempíricos¹⁷⁹.

Os sistemas nomológicos não dependem de constatação fático-empírica. É exemplo desses sistemas a matemática.

De acordo com MARCELO NEVES: “Os sistemas nomoempíricos são constituídos de proposições que se referem (...) a objetos reais, em uma linguagem material aberta e condicionada pela experiência”¹⁸⁰.

Os sistemas nomoempíricos são divididos em sistemas descritivos e prescritivos. Aqueles direcionam-se à realidade com o propósito cognoscente, ou seja, de descrevê-la (a ciência do direito é um sistema nomoempírico descritivo). Já os nomoempíricos prescritivos objetivam alterar a conduta de determinado grupo social (normas jurídicas, normas morais, normas religiosas, dentre outras).

Abram-se parênteses, neste seguimento, apenas para resgatar uma premissa já soerguida neste trabalho: não há conhecimento pleno sem linguagem (enunciado), de sorte que, sempre que o ser humano se dispuser a falar sobre conhecimento, a linguagem se fará presente sempre, pois somente por meio dela é possível instaurar a realidade e emitir conhecimento sobre algo (seja fato bruto, seja fato institucional)¹⁸¹.

Isso motiva afastar a possibilidade de haver sistemas reais; conforme os pressupostos alinhados nesta dissertação, somente poderá haver sistemas

¹⁷⁹ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, 1989, p. 4.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 6.

¹⁸¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 1999, p. 43. “É bem verdade que no fenômeno da tomada de consciência da reunião de elementos do mundo exterior, pelos sentidos, já se pressupõe a manipulação de um conjunto de signos lingüísticos, pois não há conhecimento (no sentido pleno) sem linguagem.”

proposicionais. Os sistemas reais, conforme a conceituação do autor supracitado, não serão aqui acolhidos por incompatibilidade de pressupostos epistemológicos.

2.3.2 O Sistema do Direito Positivo e o Sistema da Ciência do Direito

Focar o sistema do direito positivo significa vislumbrar um conjunto de normas jurídicas válidas em determinado espaço territorial e em determinado lapso temporal, inter-relacionadas por um princípio unificador, permeadas por linguagem prescritiva de condutas e voltadas para regulamentar condutas humanas¹⁸².

Visto no cerne, o direito positivo compõe-se de normas que buscam sempre fundamento de validade em normas de superior hierarquia até alcançar o ápice que confere validade ao sistema, qual seja, a norma fundamental, norma essa que permite fundamento de validade último à Constituição Federal¹⁸³.

Tal sistemática concede caráter unitário ao sistema do direito positivo, porquanto toda e qualquer norma sua deverá buscar fundamento de validade na Constituição Federal. No caso do Brasil, Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, essa, última, legitimada pela norma fundamental que adjudica unidade ao sistema como um todo formado de normas jurídicas.

Ainda em relação ao sistema do direito positivo, pode-se afirmar não haver contradição sintática em seu interior. Aliás, como dantes já explicado, ou se pertence a um sistema (conjunto) ou não se pertence. Dessa forma, se há normas válidas dentro do sistema do direito positivo, significa dizer que elas cumpriram os requisitos para pertencerem a esse sistema.

Por isso, com particular sabedoria, leciona LOURIVAL VILANOVA¹⁸⁴: “[...] é em virtude da norma que duas normas N e não-N, contraditórias, valem, enquanto não

¹⁸² *Ibid.*, p. 45.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 45.

¹⁸⁴ VILANOVA, Lourival. Norma jurídica-proposição jurídica: significação semiótica. **Revista de Direito Público**, n. 61, p. 18.

ab-rogadas pelo método indicado no sistema. Logicamente, uma, e somente uma, é válida: juridicamente podem valer ambas.”

Assim, uma norma X e uma norma –X podem valer no interior do sistema do direito positivo; a única contrariedade que há nesse caso está na semântica¹⁸⁵, pois, sintaticamente, as normas são válidas, porque cumpriram com os critérios estipulados pelo sistema para ingressarem em seu interior.

Razão essa por que são perfeitamente cabíveis, nesse sistema, dois dispositivos incoerentes no prisma semântico.

O sistema da ciência do direito tem por escopo descrever o sistema do direito positivo com intuito cognoscente¹⁸⁶. Suas proposições têm valências verdadeiro/falso, e aqui não pode haver incoerência sintática no seu interior. A incoerência no sistema da ciência do direito faz ruir seu propósito científico. Nesse sentido, LOURIVAL VILANOVA¹⁸⁷: “A contradição desfaz a unidade sistemática e compromete a verdade”.

Apenas proposições com viés veritativo poderão pertencer ao sistema da ciência do direito. Não cabe, dessarte, cogitar-se, em um mesmo sistema da Ciência do Direito, se algo é verdade e se algo não é verdade. Ou em termos lógicos: P e –P. Por isso, LOURIVAL VILANOVA¹⁸⁸ expõe: “Quanto à consistência interna, a ciência jurídica tem-na como requisito essencial. Uma ciência que permite fundamentar quer uma proposição, quer sua contraditória, um sistema S que abriga tanto p como não-p não pode pretender o valor-verdade.”

Os jogos de linguagem tanto de um sistema quanto de outro, como visto à sociedade, não se tocam e não se misturam. O sistema da Ciência do Direito é metalinguagem do sistema do direito positivo. Linguagens diversas; mundos

¹⁸⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 69.

¹⁸⁶ Interessante a lição de Paulo de Barros Carvalho. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 1999, p. 48: “A Dogmática estuda o sistema nomoempírico do direito posto, vendo-o como uma pirâmide que tem no ápice uma norma fundante, imaginária, que Kelsen chama de “norma hipotética fundamental”, cuja função consiste em legitimar a Lei Constitucional, outorgando-lhe validade sintática”.

¹⁸⁷ VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. *In*: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1, 2003, p. 10.

¹⁸⁸ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 2005, p. 174.

diversos, logo: realidades diversas. Naquele temos linguagem alética, clássica ou apofântica. Neste, temos linguagem deôntica como demonstrou VON WRIGHT¹⁸⁹.

Claro está, pois, que no sistema do direito positivo deve haver coerência para que a ciência possa manter-se intacta. Não é possível, nela, proposição S e – S. Porém, no sistema do direito positivo a incoerência semântica entre as normas é possível. Mais uma vez, com precisão, LOURIVAL VILANOVA¹⁹⁰:

É um fato que os sistemas jurídicos contêm contradições internas e que não satisfazem suficientemente a exigência de coerência ou consistência intra-sistemática. Mais. O só fato da contradição não anula ambas as normas. Nem a lei da não-contradição, que é lei lógica e não norma jurídica, indicará qual das duas normas contradizentes prevalece.

Diz-se incoerência semântica porquanto não se pode falar em incoerência sintática. Se norma existe no sistema, é porque nele adentrou atendendo suas condições. Dito de outra forma: um elemento (norma jurídica) pertencerá ao conjunto (sistema) se satisfizer a relação de pertinência deste. Conseqüentemente, se norma jurídica há válida no sistema, é porque ela satisfaz o critério de pertinência para nele ingressar e estar válida. Esse o prisma sintático da norma (relação signo-signo). A respeito leciona TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁹¹:

[...] o sistema (classe-extensão) existe onde seus elementos (denotação) são proposições preenchedoras do critério de pertinência, estipulado pela conotação, as quais, por sua vez, mantêm relações recíprocas de subordinação e coordenação

E continua o doutrinador acima citado¹⁹²: “[...] para uma *rechtnorm* pertencer ao sistema do direito positivo, basta preencher os critérios conotativos estipulados pelo próprio sistema.”

Todavia, a completude do sistema é somente do prisma sintático; só se há falar em possibilidade de coerência e completude sintaticamente. Sob o prisma semântico

¹⁸⁹ VON WRIGHT, Gerg Henrik. **Norma y acción**: una investigación lógica. Madrid: Editorial Tecnos, 1970. p. 117.

¹⁹⁰ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen. In: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol. 2, 2003, p. 211.

¹⁹¹ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 23.

¹⁹² *Ibid.*, p. 127.

(relação signo – significado) e pragmático (relação signo-utente da linguagem), no sistema podem-se ter incoerências e incompletude porquanto sempre abertos e condicionados pela realidade social¹⁹³.

2.3.3. Ainda sobre o Sistema Jurídico no Direito Positivo: Sequências de Sistemas Normativos no Tempo.

Consideramos Ordenamento Jurídico, com amparo nas lições de EUGENIO BULYGIN¹⁹⁴, a sequência temporal de sistemas jurídicos. Sequência dinâmica normativa naquela e sequência estático-normativa nesta. Eis a lição do autor:

[...] por ‘sistema jurídico’ entenderé un conjunto de normas válidas en un certo momento conforme a algunos criterios de pertenencia, mientras que la expresión ‘orden jurídico’ será siempre usada para referirse a una secuencia de sistemas jurídicos.

Podemos dizer que ordenamento jurídico é uma sequência temporal de sistemas jurídicos. RICARDO CARACCILO¹⁹⁵ é preciso quando leciona: “[...] el orden jurídico puede ser entendido como un conjunto de conjuntos de normas que se suceden temporalmente.”

Dessa forma, qualquer mudança de normas em determinado sistema levará a outro sistema, o qual será distinto do anterior¹⁹⁶, porém permanecerá no mesmo ordenamento jurídico.

Estas breves considerações sobre a sistemática do ordenamento jurídico será por demais necessária às conclusões deste trabalho de dissertação como será demonstrado adiante.

¹⁹³ NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, 1989, p. 8.

¹⁹⁴ BULYGIN, Eugenio. Tiempo y validez. *In: ____*. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 197. Ver também ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. Sobre el concepto de orden jurídico. *In: ____*. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 397.

¹⁹⁵ CARACCILO, Ricardo. **El Sistema Jurídico: problemas actuales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1988, p. 19.

¹⁹⁶ MENDONCA, Daniel. **Exploraciones normativas: hacia una teoría general de las normas**. México: Distribuciones Fontamara, 2001, p. 50.

2.4 NORMA JURÍDICA

O conceito de norma jurídica, as partes que a compõem e sua estrutura lógica são premissas fundamentais para a tessitura deste trabalho, na medida em que, como ensina LOURIVAL VILANOVA,¹⁹⁷ é “Conceito Fundamental [...] sem o qual não é possível ordenamento jurídico.”. Os conceitos de norma jurídica, fato jurídico, sujeito-de-direito, de relação jurídica são todos conceitos pertencentes ao nível da Teoria do Direito¹⁹⁸.

A Ciência do Direito deve criar epistemologicamente a norma jurídica a fim de possibilitar o correto estudo de suas estruturas. Nas palavras de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM¹⁹⁹:

Ao dizer que o jurista “cria” normas jurídicas como produto da interpretação, deve-se também afirmar que o faz apenas para fins epistemológicos, em sentido lógico-transcendental, não em sentido normativo positivo

Nas palavras do professor citado fica notória a diferenciação, mais uma vez, entre as construções feitas pelos operadores/aplicadores do direito, quando criam normas em sentido normativo positivo, e os cientistas do direito quando criam normas somente com o intuito de estudá-las, contemplá-las epistemologicamente. Aquelas com sentido prescritivo, estas com sentido descritivo. Nesse trajeto, HANS KELSEN²⁰⁰ toma posição:

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

¹⁹⁷ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**, 1989, p. 161.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 161. No mesmo sentido, DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Lançamento Tributário**. 3 ed. São Paulo: 2010, p. 31

¹⁹⁹ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005, p. 104.

²⁰⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 2000, p. 81.

As normas jurídicas têm por finalidade prescrever e dirigir condutas interpessoais enquanto a ciência que dela se ocupa, tem função descritiva e pretensão teórica de seu objeto de estudo, qual seja: as normas jurídicas. Aquelas valem ou não valem; estas são verdadeiras ou falsas. Lógicas diferentes para “mundos” diferentes, portanto. Daí ensinar VON WRIGHT²⁰¹: “[...] las leyes del estado son prescriptivas. Establecen reglamentos para la conducta e intercambio humanos. No tienen valor veritativo. Su finalidad es influenciar la conducta”

Até o momento, tratou-se da expressão norma jurídica sem o merecido contorno conceitual. É uma palavra que tem vícios de ambiguidade e vaguidade, de forma que sua conceituação rigorosa é necessária aos contornos deste trabalho. Assim, pergunta-se: que é norma jurídica?

Com o intento de responder a esta pergunta, deve-se, primeiramente, adotar a distinção de PAULO DE BARROS CARVALHO²⁰² entre enunciados prescritivos e normas jurídicas.

Os enunciados prescritivos são frases construídas em consonância com as regras gramaticais do idioma. Segundo TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM²⁰³ “[...], o enunciado prescritivo é a estrutura sintático-gramatical” Entretanto, conforme PAULO DE BARROS CARVALHO,²⁰⁴ “[...] sem encerrar uma unidade completa de significação deontica, na medida em que permanecem na expectativa de juntar-se a outras unidades da mesma índole”.

A norma jurídica, por sua vez, é uma estrutura hipotético-condicional, construída a partir da análise dos enunciados prescritivos e que, na lição de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM²⁰⁵ “[...] emergem como unidades completas de significação deontico-jurídica estruturada na forma do condicional (p ↔ q)”.

²⁰¹ VON WRIGHT, Gerg Henrik. **Norma y acción**: una investigación lógica. Madrid: Editorial Tecnos, 1970, p. 22.

²⁰² Paulo de Barros, **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 1999, p. 58.

²⁰³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2004, p. 105.

²⁰⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário**: fundamentos jurídicos da incidência, 1999, p. 58.

²⁰⁵ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em matéria tributária**, 2005. p. 105.

Ou, conforme PAULO DE BARROS CARVALHO²⁰⁶:

a norma jurídica é uma estrutura categorial, construída, epistemologicamente, pelo intérprete, a partir das significações que a leitura dos documentos do direito positivo (enunciados prescritivos) despertam em seu espírito

Em arremate, doutrina LOURIVAL VILANOVA²⁰⁷:

A norma não é a oralidade ou a escritura da linguagem, nem é o ato-de-querer ou pensar ocorrente no sujeito emitente da norma, ou no sujeito receptor da norma, nem é, tampouco, a situação objetiva que ela denota. A norma jurídica é uma estrutura lógico-sintática de significação: a norma conceitua fatos e condutas, representa-os não como desenho intuitivo, imagem reprodutiva (que somente pode ser do concreto – há normas abstratas) de fatos-eventos e fatos-condutas.

O jurista deve percorrer, conforme sugerido por PAULO DE BARROS CARVALHO²⁰⁸, a fim de alcançar a necessária completude de significação deôntica, os subsistemas do direito positivo, quais sejam: S1 – subsistema sintático, ou seja, o conjunto em que há frases prescritivas (enunciados prescritivos); S2 – subsistema das significações que se “podem adjudicar à base material que lhe dá sustentação física” S3 – subsistema articulados das significações normativas, como unidades de sentido deôntico e S4 (sistema do direito positivo).

Assim, a norma jurídica, por deter a característica de mínimo deôntico, possui uma estrutura implicacional $[D(p \leftrightarrow q)]$. Desformalizando essa estrutura, tem-se, na lição de LOURIVAL VILANOVA²⁰⁹: “ [...] ‘se se dá um fato F qualquer, então o sujeito S’, deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou omitir conduta C ante outro sujeito S” [...]”

²⁰⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 1999. p. 61.

²⁰⁷ VILANOVA, Lourival. Níveis de linguagem em Kelsen. *In*: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**, 2003, p. 208. No mesmo sentido, AFTALIÓN, Henrique R.; OLANO, Fernando García & VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 12. ed. Buenos Aires, Abeledo-Perrot: 1983, p. 828. “la norma, en suma, no es un juicio categórico, sino un juicio hipotético. El juicio hipotético que expresa el enlace específico (imputación) de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada (...)” Fazendo a diferença entre norma e texto também ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 50.

²⁰⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, 1999. p. 66.

²⁰⁹ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 1997, p. 95.

Vê-se, por esse prisma, que a norma jurídica é composta por uma hipótese normativa e um conseqüente normativo vinculados pela imputação deôntica consubstanciada pelo functor neutro (ou functor-de-functor) dever-ser. Aquela, conforme as lições de LOURIVAL VILANOVA,²¹⁰ estatui: “A hipótese é descritiva de fato de possível ocorrência – o fato jurídico recortado sobre o suporte fático (Pontes de Miranda)”. O conseqüente normativo ou, segundo o mencionado autor²¹¹ tese normativa, “é a relação em que um sujeito S’ fica face a outro sujeito S”. A tese é proposição relacional.

Sobre essa relação entre sujeitos recai a incidência do functor deôntico não-modalizado, o qual permite haver a ligação da hipótese normativa com o conseqüente (ou tese) normativo. Como ensina LOURIVAL VILANOVA²¹²: “[...] o deôntico não reside na hipótese como tal, mas no vínculo entre a hipótese e a tese. Deve-ser o vínculo implicacional. Em outro giro: deve-ser a implicação entre hipótese e tese”.

Formalizando a estrutura da norma jurídica, tem-se:

$[D(p \rightarrow q)]$, em que:

“D” e “ \rightarrow ” = functor-de-functor, sincategorema indicador da operação deôntica interproposicional que liga a hipótese-normativa ao conseqüente-normativo.

P = é a hipótese-normativa que descreve, segundo TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM,²¹³ “fato de possível ocorrência (norma abstrata) ou fato já ocorrido (norma concreta), lícito no caso de norma primária, o ilícito no caso de norma secundária”.

“q” = é o conseqüente-normativo ou tese da norma jurídica. É a variável relacional sobre a qual incide o functor deôntico modalizado tripartido em obrigatório (o), proibido (V) ou permitido (P).

²¹⁰ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 2005, p. 94.

²¹¹ *Ibid.*, p. 94

²¹² VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 1997, p. 96.

²¹³ MOUSSALLEM, Tarek Moisés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 86-87.

Esta estrutura condicional, todavia, não representa a norma jurídica completa. Não, a norma jurídica completa é bímembre: compõe-se de norma jurídica primária e secundária, ambas com as mesmas características lógicas (sintáticas), porém com diferenças semânticas e pragmáticas. Naquela, segundo LOURIVAL VILANOVA²¹⁴:

[...] estatuem-se as relações deonticas direitos/deveres, como consequência da verificação de pressupostos, fixados na proposição descritiva de situações fácticas ou situações já juridicamente qualificadas; nesta, preceituam-se as consequências sancionadoras, no pressuposto do não-cumprimento do estatuído na norma determinante da conduta juridicamente devida.

Denominamos, conforme o autor²¹⁵ antes citado: “[...] norma primária a que estatui direitos/deveres (sentido amplo), e norma secundária a que vem em consequência da inobservância da conduta devida, justamente para sancionar seu inadimplemento [...]”.

2.4.1 Norma Secundária: Norma de Atuação Judiciária

A bímembriedade da norma primária prescreve que “dado o fato ‘X’, deve-ser ‘Y’”. Determina, assim, que condutas estipuladas nas hipóteses normativas (selecionadas para ingressarem no mundo do direito) deverão respeitar a forma lógico-deontica do dever-ser.

Essa bímembriedade sempre terá esta mesma forma: Se se dá o fato X, então deve-ser Y. Possuem uma única forma universal²¹⁶ tais normas. Têm elas um conceito lógico-jurídico dotado de universalidade²¹⁷.

Nesse trajeto, caso haja o cumprimento do que esteja estipulado no conseqüente da norma primária e o descumprimento da relação jurídica estipulada em seu conseqüente, surgirá a necessidade de uma atuação estatal no sentido de constituir juridicamente a relação jurídica instaurada.

²¹⁴ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 1997, p. 111.

²¹⁵ VILANOVA, Lourival. **Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo**, 1997, p. 111.

²¹⁶ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 92.

²¹⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 92.

A esse respeito PAULO DE BARROS CARVALHO²¹⁸ aduziu “[...] porque na norma secundária o antecedente aponta, necessariamente, para um comportamento violador de dever previsto na tese da norma primária”.

O sistema jurídico, dessa sorte, prevê a possibilidade de os sujeitos cumprirem os preceitos das hipóteses das normas primárias e o descumprimento da relação jurídica de seu antecedente, ou seja, de cometerem ilícitos jurídicos. A essa atuação estatal dá-se o nome de sanção jurídica²¹⁹.

A atuação da norma secundária é a aplicação do direito. Sob esse aspecto, aplicar o direito é criar o direito, visto que, uma norma secundária tem por fato jurídico o descumprimento da relação jurídica de uma norma primária e, em sua tese, a manifestação jurídica do estado por meio da Função²²⁰ Judiciária.

Daí KELSEN²²¹ afirmar que: “[...] o indivíduo que, em caso de violação do Direito, efetiva a sanção estatuída na norma jurídica, aplica a norma”. É com a aplicação da norma secundária que se dá o fenômeno da aplicação do direito, ou positividade do direito.

É percuciente a lição de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM²²² quando, seguindo o exato caminho proposto neste trabalho, salientou:

Eis tópico fundamental para a compreensão das fontes do direito: contemplar a norma secundária como norma de atuação do Estado-juiz (ou positividade) responsável por iniciar um processo de produção normativa.”

Calha trazer à baila que a palavra “sanção” nem sempre possuirá caráter sancionador. Não. No contexto adotado, tem-se por sanção a atuação do Estado-Juiz no sentido de constituir novas situação jurídicas do direito positivo no momento da incidência da norma secundária.

²¹⁸ CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 1999. p. 32.

²¹⁹ Como prefere TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 92, “[...] Propomos a substituição do termo “sanção” pela expressão “atuação judicial” ou “positividade”.

²²⁰ Esclareça-se que se utilizou o signo Função, porquanto o poder estatal é uno e, dessa feita, indecomponível.

²²¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 200-201.

²²² MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 88.

Nesse contexto, insta frisar que não se há falar em normas jurídicas sem as respectivas sanções. Nas palavras de PAULO DE BARROS CARVALHO²²³: “Inexistem regras jurídicas sem as correspondentes sanções, isto é, normas sancionatórias”.

Ressalte-se que, conforme o citado professor da PUC e da USP,²²⁴ “[...] tanto na primária como na secundária a estrutura formal é uma só [D(p→q)]”. Sob o prisma linguístico, somente se admite a variação semântica dessa estrutura, na medida em que a norma secundária sempre terá em sua hipótese o descumprimento do dever estipulado pela norma primária.

Afinado nesse diapasão, LOURIVAL VILANOVA²²⁵ doutrina:

Norma primária (oriunda de normas civis, comerciais, administrativas) e normas secundárias (oriundas de norma de direito processual objetivo) compõem a bimembridade da norma jurídica: a primária sem a secundária desjuridiciza-se; a secundária sem a primária reduz-se a instrumento, meio, sem fim material, a adjetivo sem o suporte do substantivo.

A estrutura lógico-sintática da norma secundária é idêntica à estrutura das demais normas. Não têm, porém, idênticos conteúdos semânticos.

2.4.2 Normas de Estrutura e Normas de Comportamento

Após o delineamento do conceito de norma jurídica, é de assaz relevância diferencarem-se as “normas de comportamento” das denominadas “normas de estrutura”.

As primeiras visam primordialmente a regular a conduta humana. As últimas objetivam a regulação de produção de novas estruturas deôntico-jurídicas.

²²³ CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 1999. p. 31.

²²⁴ *Ibid.*, p. 32.

²²⁵ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**, 1989. p. 124.

No tecer argumentos sobre as normas de estrutura, PAULO DE BARROS CARVALHO²²⁶ assim pontifica: “[...] são normas que aparecem como condição sintática para a elaboração de outras regras, a despeito de veicularem comandos disciplinadores que se vertem igualmente sobre os comportamentos intersubjetivos.”

NORBERTO BOBBIO²²⁷, criador da mencionada distinção, com precisão absoluta, ensina:

Em todo ordenamento jurídico, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que costumamos chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não ter, mas as condições e os procedimentos através dos quais emanam normas de conduta válidas. Uma norma que prescreve caminhar pela direita é uma norma de conduta; uma norma que prescreve que duas pessoas são autorizadas a regular seus interesses em certo âmbito mediante normas vinculantes e coativas é uma norma de estrutura, na medida em que não determina uma conduta, mas fixa as condições e os procedimentos para produzir normas válidas de conduta.

É de se frisar, nesse aspecto, conforme muito bem salientaram CRISTIANE MENDONÇA²²⁸ e PAULO DE BARROS CARVALHO,²²⁹ que a tônica do direito tem eminentemente por destino finalístico a regulamentação da conduta humana; sendo assim, seus enunciados sempre visarão – mediata ou imediatamente – ao comportamento do homem.

Ponto fulcral para diferenciar as normas de estrutura e as normas de procedimento é o de observar que as primeiras prescrevem as formas jurídicas por as outras normas serão postas no sistema, quer gerais e abstratas, quer individuais e concretas. As últimas almejam impor condutas arrimadas nos modais deônticos “O”, “P” e “V”.

Trilhando o que se está a argumentar, PAULO DE BARROS CARVALHO²³⁰:

[...] acontece que numa análise mais fina das estruturas normativas, vamos encontrar unidades que têm como objetivo final ferir de modo

²²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros, **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 1999, p. 36.

²²⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: Edunb, 1994.

²²⁸ MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 65.

²²⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência tributária, 1999, p. 37.

²³⁰ *Ibid.*, pp. 35-36.

decisivo os comportamentos interpessoais, modalizando-os deonticamente como obrigatórios (O), proibidos (V) e permitidos (P), com o que exaurem seus propósitos regulativos. Essas regras, quando satisfeito o direito subjetivo do titular por elas indicado, são terminativas de cadeias de normas. Outras, paralelamente dispõem também sobre condutas, tendo em vista, contudo, a produção de novas estruturas deontico-jurídicas. São normas que aparecem como condição sintática para a elaboração de outras regras, a despeito de veicularem comandos disciplinadores que se vertem igualmente sobre os comportamentos intersubjetivos.

As normas de estrutura ou, também denominadas de normas de produção normativa, de acordo com a exposição de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM,²³¹ “[...] são responsáveis pelo estabelecimento de “regras” para se jogar o jogo linguístico do direito positivo”. E conclui o citado autor: “jogar o jogo de linguagem do direito positivo é aplicar suas normas de produção normativa”.

Assim, com as permissões concedidas ao aplicador/produtor do direito, este se vale das prerrogativas concedidas pelas normas de estrutura (normas de produção normativa), e faz-se o direito positivo.

Ao aplicar o direito, portanto, o agente deve ser competente, deve observar um procedimento e respeitar os requisitos expressos nas normas de estrutura (fundamento de validade ou normas de produção normativa), assim como um conteúdo possível para o ato jurídico.

É o que doutrina ALF ROSS²³²:

Toda norma de competência define um ato jurídico, quer dizer, indica as condições para o estabelecimento do direito vigente. Estas condições podem ser divididas em três grupos, os quais determinam: 1º) o órgão competente para realizar o ato jurídico (competência pessoal); 2º) o procedimento (competência formal) e 3º) o conteúdo possível do ato jurídico (competência material).

Eis, portanto, o nascimento da norma de produção jurídica. O que deve ficar claro, derradeiramente, é que as normas de estrutura determinam o sujeito competente

²³¹ MOUSSALLEM, Tarek Moysés. **Fontes do direito tributário**, 2001, p. 95.

²³² ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro. 2000, pp. 241-242.

para aplicar/criar o direito, o procedimento que deve ser observado pelo operador, além do conteúdo do ato normativo a ser criado²³³.

Tais considerações são vitais para a análise da coisa julgada, uma vez que, caso um enunciado esteja em desconformidade com suas normas de estrutura, será inválido e, em ato contínuo, será retirado do mundo jurídico. E isso acontecerá sempre por meio da edição de outra norma.

O exposto estará mais bem assentado no decorrer deste trabalho.

²³³ É exatamente o que professora Cristiane Mendonça leciona: “Pensamos que a norma de produção normativa estipula não só o sujeito competente para a criação do direito e o conteúdo do ato normativo que será criado, mas também o procedimento a ser percorrido para o cumprimento de tal tarefa”. (MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 69).

3 COISA JULGADA: ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES

3.1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS: APROXIMAÇÃO METODOLÓGICA COM O TEMA “COISA JULGADA”

As premissas de um trabalho científico são fundamentais para sua conclusão. Por isso, neste trabalho, as premissas foram minuciosamente estipuladas e deixadas às claras a fim de ensejar desfecho científico seguro ao objeto de estudo, qual seja: a coisa julgada. Tal necessidade já fora alertada por BARBOSA MOREIRA²³⁴, nos idos da década de 70 do século passado:

A razão fundamental desse desconcerto parece residir na equivocidade do próprio conceito a partir do qual se desenvolvem as elaborações dos doutrinadores. (...) Impossível pretender, na problemática da coisa julgada, uma convergência de orientações, se não há sequer unanimidade de vistas quanto à delimitação conceptual do objeto pesquisado.

Sem uma delimitação conceptual, pois, do objeto pesquisado não se pode falar sequer em ciência. Prosseguindo: nesta pesquisa optou-se metodologicamente por estudar o direito a partir da perspectiva lógico-normativa, abstraindo-se pontos de vistas outros que não digam respeito apenas ao prisma normativo do direito. Análise histórica, política, sociológica, por exemplo, não serão levadas em conta nesta pesquisa. É o corte metodológico empregado.

Com a coisa julgada não é diferente. Coisa julgada é Direito. Como se analisa aqui o Direito pelo prisma normativo, também para a coisa julgada será empregado igual método. Serão estudados, assim, os enunciados prescritivos da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como do Código de Processo Civil Brasileiro relativos à Coisa Julgada, não sendo relevantes ao presente trabalho, repita-se, pontos de vistas sociológicos, político, econômico, dentre outros não exclusivamente jurídicos.

²³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: _____. **Direito processual civil** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. p. 133.

Escassa é a produção científica realizada com base nesse método proposto. Por isso, visa-se com esta pesquisa - de metodologia diversa da usual até o momento - a contribuir com a Ciência do Direito Processual Civil e, com isso, eliminar debates ainda existentes entre os cientistas do processo civil brasileiro, como apontou BARBOSA MOREIRA²³⁵:

Conforme eloquentemente atesta a vastidão da bibliografia a respeito, poucos temas jurídicos têm merecido dos estudiosos atenção maior que o da coisa julgada. Quem se detiver, porém, no exame do material acumulado, chegará à paradoxal conclusão de que os problemas crescem de vulto na mesma proporção em que os juristas se afadigam na procura das soluções. Séculos de paciente e acurada investigação foram incapazes de produzir, já não diremos a aquietação das polêmicas, que subsistirão enquanto o homem for o que é, mas ao menos a fixação de uma base comum em que se possam implantar as multiformes perspectivas adotadas para o tratamento da matéria.

Cabe-nos, é bem verdade, analisar a coisa julgada pelo prisma linguístico-normativo, de modo que se chegue a uma definição do conceito de coisa julgada que melhor se amolde ao objeto de estudos. Como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO²³⁶:

Desde que bem articulada, tecida a partir das meditações da lógica do dever-ser e desenvolvida sobre categorias da Teoria Geral do Direito, vertendo-se em linguagem apropriada, as construções do espírito adquirem foros de sustentação científica [...]

Em arremate, a lição de OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA²³⁷:

Em verdade, os processualistas continuam a raciocinar com o mesmo esquema mental com que os juristas do século XIX tentaram responder questões peculiares a sua ciência, aplicando-lhes os métodos das ciências naturais. O que ocorre, com muitos, ainda hoje, no fundo, é uma inadequação metodológica e um preconcebido desdém pela Filosofia do Direito e pelas recentes conquistas da lógica jurídica.

²³⁵ *Ibid.*, p. 133.

²³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário, linguagem e método**. 5 ed. rev e ampl. São Paulo: Noeses, 2013, p. 600.

²³⁷ DA SILVA, Ovídio A. Batista. Eficácia da sentença e coisa julgada. *In*: _____. **Sentença e coisa julgada**. Porto Alegre: Fabris, 1979, p. 96.

Não podemos nos afastar, pois, da importância do tema para a teoria geral do processo, afinal, como lembra BARBOSA MOREIRA²³⁸:

A coisa julgada (...) é instituto de finalidade essencialmente prática: destina-se a conferir estabilidade à tutela jurisdicional dispensada. Para exercer de modo eficaz tal função, ela deve fazer imune a futuras contestações o resultado final do processo.

Utilizar a Teoria Analítica como aproximação de nosso objeto de estudos significa destrinçarmos os elementos linguísticos dos componentes dos enunciados científicos a fim de garantir-se a adequada aproximação do objeto de estudos (no nosso caso, a coisa julgada). Com base nesta Teoria é que procederemos à análise do conceito de coisa julgada. Esta é a função pragmática da coisa julgada: fazer-se imune às futuras contestações o resultado final do processo.

3.2 O TEMA COISA JULGADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Diversos são os momentos em que a expressão “coisa julgada” é utilizada pelo legislador brasileiro. Deve-se iniciar o estudo pelo artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal da República Federativa do Brasil que dispõe: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” Já aqui se percebe o mais alto grau a que foi elevada a coisa julgada no Ordenamento Jurídico Brasileiro, constituindo-se, com isso, cláusula pétrea de acordo com o inciso IV, do § 4º, do artigo 60 da Constituição Federal. Daí afirmar GUSTAVO SAMPAIO VALVERDE²³⁹:

Decidida a questão ao cabo de um procedimento instaurado para tal finalidade, a comunicação normativa produzida não poderá ser contrariada por comunicações supervenientes do sistema, salvo nos casos excepcionais legalmente previstos.

²³⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. *In*: ____ **Temas de direito processual**. 1ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 83.

²³⁹ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 128.

Insta lembrar ainda LUIZ GUILHERME MARINONI²⁴⁰:

Uma decisão judicial não seria propriamente uma afirmação da autoridade do poder jurisdicional caso pudesse ser modificada, depois do encerramento do processo em que foi proferida, por outro órgão judicial.

Nessa exata trilha segue o Supremo Tribunal Federal²⁴¹ reconhecendo o patamar a que fora elevada a coisa julgada na Constituição da República Federativa do Brasil:

[...] – A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. – A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) –, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. – O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.

Vê-se, pois, a importância que a coisa julgada tem para o Direito Pátrio: é prevista na Lei Maior, com *status* de cláusula pétrea, a fim de garantir a segurança jurídica às relações sociais.

TEREZA ARRUDA ALVIM WAMBIER e JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA²⁴² entendem seria irrelevante a menção à coisa julgada pela Constituição Federal do

²⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 51.

²⁴¹ RE 589513 ED-EDv-AgR-ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2016, Acórdão Eletrônico DJe-072 DIVULG 15-04-2016 Public 18-04-2016.

²⁴² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

Brasil, na medida em que o impedir que a lei retroaja para atingir a coisa julgada é corolário umbilicalmente ligado ao Estado Democrático de Direito.

No plano infraconstitucional, competiu à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro uma primeira prescrição: “Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. [...] § 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

Este é o primeiro dispositivo infraconstitucional a tratar do assunto e sobre que boa parte da doutrina tece críticas,²⁴³ ao focar seu conteúdo. Afirmam que da leitura desse enunciado normativo é possível constatar o imbróglio linguístico-conceitual existente na definição do conceito formulada. Para eles, coisa julgada não é a decisão de que já não caiba mais recurso. Aquela não se poderia confundir com esta. Seria uma conceituação insatisfatória²⁴⁴, como bem apontou BARBOSA MOREIRA²⁴⁵:

Desde logo se pode afastar, por obviamente insatisfatória, a da Lei de Introdução ao Código Civil. Chamar “coisa julgada” à própria sentença desde que inatacável através de recurso, será, na melhor hipótese, empregar linguagem figurada para indicar o momento em que a coisa julgada se forma. A expressão, demasiado simplificadora, permite-nos saber quando começa a existir coisa julgada; nada nos informa, porém, sobre a essência do fenômeno e sobre o modo como ele atua para desempenhar sua função específica. Detém-se a regra legal no aspecto cronológico e deixa totalmente na sombra o aspecto ontológico da coisa julgada.

Já no âmbito do direito processual civil, vale destacar os dois momentos cronológicos em que a expressão “coisa julgada” foi utilizada pelo legislador infraconstitucional: *Código de Processo Civil de 1973* e *Código de Processo Civil de 2015*. A importância de expor o ordenamento vigente antes de 2015 se deve ao fato de se ter entre os objetivos desse trabalho, a demonstração das modificações

²⁴³ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 55.

²⁴⁴ Também no sentido de ser insatisfatório tal conceito: TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 30. “Também não são todos os atos jurisdicionais que fazem coisa julgada. É bem verdade que a Lei de Introdução ao Código Civil vincula a coisa julgada a toda “decisão judicial de que não caiba recurso” (art. 6º, § 3º). Mas essa definição é inadequada: quando muito, serve para estabelecer a noção – bem mais ampla – de preclusão da faculdade recursal.

²⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: ____ **Temas de direito processual**. 1ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 136.

empreendidas pelo legislador, bem como os efeitos dessas mudanças no tratamento do tema pela doutrina pátria.

O Código de Processo Civil de 1973 tratava do tema “coisa julgada” nos seguintes momentos:

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

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.

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

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;
- II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 472. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 474. Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido.

Abram-se parênteses para destacar que a definição veiculada no art. 467 supramencionado, segundo pensamento doutrinário, seguia a doutrina alemã sobre o tema, capitaneada por KONRAD HELLWIG, segundo a qual somente o conteúdo declaratório da decisão estaria abrangido pela coisa julgada.

Sob o prisma do Código de Processo Civil de 2015, frisamos que o termo “coisa julgada” aparece em alguns enunciados prescritivos, dos quais destacamos os seguintes:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Art. 504. 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.

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
II - nos demais casos prescritos em lei.

Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Aqui, mais uma vez, dá-se destaque ao entendimento doutrinário acerca da definição adotada para coisa julgada no art. 502 transcrito acima. Segundo a mais

abalizada doutrina²⁴⁶, tal dispositivo veiculado pelo CPC/15 optou pela teoria de LIEBMAN em sua conceituação.

Pontuamos, desde já, que toda essa divergência doutrinária em torno da definição de coisa julgada será objeto do próximo item. O que objetivamos nesse momento foi a exposição dos enunciados prescritivos vigentes que tratam do tema, objeto de nossa análise, para que possamos apresentar as possíveis normas jurídicas de coisa julgada em momento posterior.

3.3 AS TEORIAS CONCEITUAIS SOBRE A COISA JULGADA: EVOLUÇÃO SEMÂNTICA DA DESCRIÇÃO JURÍDICO-CIENTÍFICA DA COISA JULGADA.

Vários teóricos²⁴⁷ se dedicaram ao tema coisa julgada no intuito de delinearem um conceito para essa expressão. A partir da diversidade de conceitos, é possível constatar a existência de quatro principais correntes. São elas: (i) coisa julgada como *efeito da declaração da sentença* (HELLWIG, ROSEMBERG, CARNELUTTI, CHIOVENDA, PONTES DE MIRANDA, entre outros); (ii) coisa julgada como *qualidade/atributo da sentença* (LIEBMAN, DINAMARCO, EDUARDO TALAMINI, entre outros) (iii) coisa julgada como *situação jurídica* que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros (BARBOSA MOREIRA); (iv) coisa julgada como *qualidade da sentença, desde que tal “atributo” se restrinja a parte declaratória da sentença* (OVÍDIO BATISTA DA SILVA). Vejamos detalhadamente cada uma dessas acepções.

Para entendermos a *primeira acepção*, ou seja, a premissa segundo a qual a coisa julgada seria *efeito da declaração da sentença*, é necessário que, de acordo com

²⁴⁶ DINAMARCO, Candido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 201.

²⁴⁷ Por todos CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014 e TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ANTONIO DO PASSO CABRAL²⁴⁸, entendamos, antes, o que vem a ser o dualismo no ordenamento jurídico. Segundo o autor, ainda, para a concepção alemã de KONRAD HELLWIG, a sentença não tem força criativa, ela apenas declara direitos preexistentes no ordenamento jurídico. Assim, toda sentença tem um conteúdo declaratório ao qual são somados outros conteúdos de natureza constitutiva, condenatória ou mandamental.

O juiz, dessa forma, não exerceria função criativa em seu poder jurisdicional; ele apenas aplicaria um direito preexistente ao caso concreto.

Nessa linha de raciocínio, coisa julgada seria justamente o efeito de se tornar impossível uma nova discussão em juízo da declaração contida na sentença, como explica LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO²⁴⁹:

[...] analisa Hellwig a natureza jurídica do “efeito” da declaração contida na sentença transitada em julgado. Segundo o aludido processualista, o único efeito da declaração contida na sentença é o da indiscutibilidade (ou incontestabilidade – *Unbestreitbarkeit*), que consiste na impossibilidade de se discutir novamente em juízo a mesma questão.

Divergindo dessa linha de pensamento, ENRICO TULLIO LIEBMAN²⁵⁰ (concepção italiana), por sua vez, entendeu que:

[...] a autoridade da coisa julgada não é efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos, quaisquer que sejam, vários e diversos, consoante as diferentes categoriais das sentenças.

Surge, assim, a *segunda definição de coisa julgada*. Para LIEBMAN os efeitos da decisão não seriam intrínsecos à própria decisão, algo que ela mesma produziu, mas sim uma *qualidade, um atributo que se adere à sentença* capaz de imunizar o comando sentencial. Não decorre dele, porém. Nas palavras de LIEBMAN²⁵¹: “[...]”

²⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 72.

²⁴⁹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 79.

²⁵⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1945, p. 16.

²⁵¹ *Ibid.* p. 22.

identificar a declaração produzida pela sentença com a coisa julgada significa, portanto, confundir o efeito com um elemento novo que o qualifica”.

O autor italiano²⁵² entende que indicar na coisa julgada um efeito da sentença distinguindo dela os efeitos condenatório e constitutivo excluirá dela tais efeitos e os deixará imunes à autoridade da coisa julgada. O que seria um contrassenso. Por isso, não é correto afirmar que a imutabilidade é oriunda somente do efeito declaratório da sentença.

De ver está, nessa linha exegética, a clara distinção entre efeitos da sentença e a coisa julgada, tida, para LIEBMAN, como a qualidade, o atributo que adere à sentença e a ela imuniza. Nas palavras do autor²⁵³: “Não se pode, pois, duvidar de que a eficácia jurídica da sentença se possa e deva distinguir da autoridade da coisa julgada;”, concluindo no seguinte sentido:

[...] a autoridade da coisa julgada não é 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.²⁵⁴

Dentro da doutrina brasileira, destacamos EDUARDO TALAMINI²⁵⁵ entre os defensores dessa segunda acepção atribuída à coisa julgada. Vejamos:

A coisa julgada material pode ser configurada como uma qualidade de que se reveste a sentença de cognição exauriente de mérito transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial.

Agora, aproximando-nos da *terceira* acepção que aponta coisa julgada como *situação jurídica*, encontramos BARBOSA MOREIRA, que, a despeito de concordar com a separação entre efeitos da sentença e autoridade/qualidade da coisa julgada, entende que esta última não recai sobre os efeitos da decisão; para ele a autoridade

²⁵² *Ibid.* p. 22.

²⁵³ *Ibid.* p. 35.

²⁵⁴ *Ibid.* p. 36.

²⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30.

da coisa julgada recai apenas sobre o seu conteúdo. Nas palavras de BARBOSA MOREIRA²⁵⁶:

[...] os efeitos da sentença não se tornam imutáveis com o trânsito em julgado: o que se torna imutável (ou, se se prefere, indiscutível) é o próprio conteúdo da sentença, como norma jurídica concreta referida à situação sobre que se exerceu a atividade cognitiva do órgão judicial.

Partiu BARBOSA MOREIRA do seguinte raciocínio: se o réu, condenado a pagar ao autor certa quantia, faz o pagamento, o efeito condenatório não mais existirá; existe apenas, portanto, a imutabilidade do “comando da sentença”. E arremata o professor carioca²⁵⁷: “A imutabilidade consequente ao trânsito em julgado reveste, em suma, o conteúdo da sentença, não os seus efeitos. Reveste, convém frisar, todo o conteúdo decisório.”

Logo, segundo BARBOSA MOREIRA²⁵⁸ a coisa julgada não é um efeito da sentença, tampouco se confunde com sua imutabilidade; em verdade, é uma situação jurídica que passa a existir depois do trânsito em julgado. Nesta linha de raciocínio, conclui LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO²⁵⁹:

[...] definimos, pois, a *res iudicata* como uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros.

Aproximando-se dessa teoria, há abalizada doutrina que entende ser a coisa julgada efeito jurídico. Não efeito da decisão, mas efeito do fato jurídico da coisa julgada, ou seja, uma nova situação jurídica. Nesse sentido, explicam FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA²⁶⁰:

²⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Coisa julgada e declaração. In: _____. Temas de direito processual. 1ª série. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89.

²⁵⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: _____. **Temas de direito processual**. 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 112.

²⁵⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. In: _____. **Temas de direito processual** (ensaios e pareceres) Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 142.

²⁵⁹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 29.

²⁶⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, pp. 513 e 515.

Primeiramente, considera a coisa julgada uma “autoridade”. “Autoridade” é uma situação jurídica: a força que qualifica uma decisão como obrigatória e definitiva. Como situação jurídica, a coisa julgada é um efeito jurídico – efeito que decorre de determinado fato jurídico, após a incidência da norma jurídica.

[...]

Dizer que a coisa julgada é efeito um *efeito jurídico* não é o mesmo que dizer que a coisa julgada é um *efeito da decisão*. A coisa julgada é efeito de um fato jurídico composto, do qual a decisão é apenas um dos seus elementos. A coisa julgada é um efeito jurídico que decorre da lei, que toma a decisão com apenas um de seus pressupostos.

Também na mesma linha, ANTONIO DO PASSO CABRAL²⁶¹:

Temos que a coisa julgada pode ser retratada como um efeito sistêmico, decorrente não da sentença, mas do trânsito em julgado ou da preclusão das vias recursais. Não vemos, por conseguinte, obstáculo algum em afirmar que a coisa julgada é um efeito, mas externo à decisão, e que com os efeitos produzidos pelo conteúdo da própria sentença não se confunde.

Por último, inaugurando a proposta de uma *quarta acepção*, OVÍDIO A. BATISTA DA SILVA também entende, de acordo com LIEBMAN, que deve haver separação entre efeitos da sentença e a qualidade nela agregada, também chamada de coisa julgada. Porém, para ele²⁶², tal afirmação só é verdadeira “[...] se se restringir a afirmação só à eficácia declaratória”. Ou seja, segue o autor o mesmo entendimento de HELLWIG, no sentido de somente o efeito declaratório fazer coisa julgada.

Com igual entendimento, LUIZ GUILHERME MARINONI, SÉRGIO CRUZ ARENHART E DANIEL MITIDIERO²⁶³ expõem:

De modo que nem todos os efeitos tornam-se imutáveis em decorrência da coisa julgada. Somente o efeito declaratório é que pode efetivamente, tornar-se imutável em decorrência da coisa julgada.

[...]

Melhor explicando: a coisa julgada é uma qualidade que torna imutável o efeito declaratório da sentença.

²⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 148.

²⁶² DA SILVA, Ovídio A. Batista. Eficácia da sentença e coisa julgada. In: _____. **Sentença e coisa julgada**. Porto Alegre : Fabris, 1979, p. 98.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 626.

A partir da teoria da norma jurídica, debruçaremos-nos sobre a diversidade de definições para coisa julgada aqui apresentadas, no intuito de demonstrar de que forma os instrumentos fornecidos pela teoria geral do direito podem ajudar na identificação do contorno definitivo de coisa julgada, bem como no apontamento dos critérios diferenciadores de uma classificação para os tipos de coisa julgada.

3.4 DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE COISA JULGADA MATERIAL DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 PELA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

Com base nas premissas eleitas, empreenderemos neste item a investigação de coisa julgada a partir da teoria da norma jurídica. Conforme já tratamos no capítulo 2 deste trabalho, partimos do conceito de direito como o conjunto de normas jurídicas válidas em um átimo temporal e em determinado espaço. Sendo assim, se o tema “coisa julgada” está dentro do direito posto, restam-nos apenas duas opções: ou devemos tratá-lo como norma jurídica em sentido estrito, ou como parte dela.

Como veremos, muitas discussões travadas pela doutrina podem ser esclarecidas pela Teoria Geral do Direito. Segundo TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM, “[...] os juristas são *experts* em apresentar “confusões” disfarçadas de problemas científicos”²⁶⁴. Significa isso dizer que são os juristas capazes de debaterem, por décadas, pseudoproblemas. Com a coisa julgada não é diferente. Sobre ela muito se falou, porém sem a devida precisão de seu conceito.

Partimos da estrutura da norma jurídica em sentido estrito na sua forma hipotética condicional, em que descrição do fato jurídico na hipótese normativa estará ligada ao conseqüente normativo por um *dever-ser* que promoverá o nexu implicacional. Sob esse prisma, utilizaremos como suporte textual alguns dos artigos transcritos no item 3.2 do capítulo atrás referido, dentre eles o artigo 502 do CPC/15, que mais uma vez apontamos aqui:

²⁶⁴ MOUSSALLEM, Tárak Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**, 2005, p. 171.

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

A partir deste dispositivo, podemos iniciar a construção de uma norma jurídica que denominaremos, a seguir, de “norma da coisa julgada material”. Tal estrutura normativa teria a princípio os seguintes elementos:

Antecedente: Dada a existência de decisão judicial de mérito não mais sujeita a recurso

Deve-ser

Consequente: a obrigação de toda a coletividade respeitar a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão proferida.

Com base nesta estrutura inicial, vê-se que necessitamos delimitar o conteúdo semântico dos termos utilizados pelo legislador no dispositivo *supra*, valendo-nos de outros enunciados prescritivos. Para que possamos verificar o atendimento às notas conceituais eleitas pelo legislador para a aplicação da “norma coisa julgada material”, será indispensável, antes, explicitar a extensão conceitual das seguintes expressões: (i) decisão; (ii) mérito; e (iii) não mais sujeita a recurso. Donde se infere que o artigo 502 do CPC/2015 carece de complementação.

Dessa forma, nos próximos subitens analisaremos a extensão conceitual dos termos utilizados pelo legislador e que são imprescindíveis à construção da norma jurídica coisa julgada material.

3.4.1 Decisão Judicial

Quase todas as palavras, senão todas, sofrem de ambiguidade ou de vaguidade. Não é diferente com a palavra “decisão”. Aqui, a ambiguidade é aquela inerente ao binômio processo/produto. Ou seja: decisão pode ser o ato de decidir (enunciação) como o produto desse ato (enunciado). E mais: o produto dessa enunciação contém

a decisão-enunciação-enunciada (veículo introdutor) e a decisão-enunciado-enunciado (conteúdo introduzido).

Por oportunas, vale a transcrição das lições de FABIANA DEL PADRE TOMÉ²⁶⁵ no momento em que tratou do ato decisório:

[...] toda norma jurídica é resultado de decisão. Não há norma sem ato decisório que lhe anteceda. E, considerando que a norma jurídica criada é constituída por linguagem, a atividade que a gera é um ato de fala. Para que o ato de fala ocorra regularmente, porém, a enunciação precisa ser realizada por autoridade competente, conforme procedimento estabelecido em outras normas, de superior hierarquia formal.

No que tange à decisão judicial, teremos como produtor do ato decisório o Estado-Juiz, que inovará o sistema jurídico por meio de uma decisão-enunciação-enunciado, na qual haverá os enunciados-enunciados referentes às questões recortadas pelos participantes do processo.

Semelhante definição de sentença, a qual serve para decisão, faz ALFREDO ROCCO²⁶⁶: “[...] el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés”.

De acordo com o conteúdo do veículo introdutor, o legislador, no artigo 203 do CPC/2015, classificou os pronunciamentos do juiz em três tipos: (i) sentença; (ii) decisão interlocutória; e (iii) despacho. Mas apenas nos dois primeiros casos os enunciados-enunciados introduzidos terão conteúdo decisório e serão denominados de “decisão”. Neste sentido, esclarecem FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA²⁶⁷:

Pode-se dizer que, dos atos que pratica no processo, os pronunciamentos judiciais são aqueles pelos quais o magistrado (i) decide uma questão ou (ii) simplesmente impulsiona o procedimento,

²⁶⁵ TOME, Fabiana Del Padre. **A prova no direito tributário**. São Paulo: Noeses, 2005, p. 262.

²⁶⁶ ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, ?, p. 51.

²⁶⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 304.

fazendo com que ele avance em suas fases. À primeira espécie de pronunciamento judicial, que tem conteúdo decisório, dá-se o nome de decisões *lato-sensu*; à segunda, que não tem conteúdo decisório, dá-se o nome de *despachos*.

Observamos, portanto, que ter ou não conteúdo decisório é critério que diferenciará decisão de despacho. Por conteúdo decisório, entende-se o enunciado-enunciado no qual são resolvidas as questões levadas pelas partes para o interior do processo.

Por questões deve-se entender, de acordo com HEITOR VITOR MENDONÇA SICA²⁶⁸: “[...] um ponto sobre o qual o juiz deverá decidir, valendo-se de seu raciocínio lógico e do seu poder de livre convencimento, e com o dever de apresentar motivação.”

Frisemos que dentro deste conceito não há a necessária vinculação do conceito de “questão com conflito (pontos controvertidos), de modo que é possível haver questão mesmo sem divergência (enfrentamento).

Dessa forma, com base no Código de Processo Civil de 2015, sentença e decisão interlocutória são espécies do gênero “decisão”. E esse diploma normativo sobrelevou a “decisão” como um dos elementos do conceito de coisa julgada material, ao contrário de antigo Código de Processo Civil, que se reportava apenas às sentenças.

Agora, com o CPC/15, não apenas sentenças têm a capacidade de serem acobertadas pela coisa julgada, mas também acórdãos e decisões interlocutórias que resolvem parcialmente o mérito, nos termos do artigo 356 do CPC/15:

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do [art. 355](#).

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

²⁶⁸ SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 190.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

Como veremos no próximo item, a modificação trazida pelo Código de Processo de 2015, quanto a inclusão da expressão “decisão” na prescrição da definição de coisa julgada material, está em consonância com o prescrito nos seus demais dispositivos. Afinal, como visto no artigo acima transcrito: pode, por meio de decisão interlocutória, resolver-se parte do mérito. Analisemos, pois, com mais proximidade o que se entende por mérito.

3.4.2 O mérito da decisão

Para não sairmos das premissas elencadas neste trabalho, não nos preocuparemos com a evolução histórica do conceito de mérito no processo civil, tampouco nos ocuparemos de discutir critérios extrajurídicos do tema. Mais uma vez, frisamos que nos deteremos exclusivamente na análise do direito positivo posto, positivado, pelo legislador, não se nos apresentando relevantes critérios outros que não sejam exclusivamente estes.

Esclarecido este pressuposto, importa-nos salientar haverá resolução de mérito toda vez que o juiz decidir nos termos dos artigos 322, § 1º e 487 e do Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 322. O pedido deve ser certo.

§ 1º Compreendem-se no principal os juros legais, a correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive os honorários advocatícios.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

- I - acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II - decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III - homologar:

- a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b) a transação;
 - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.
- Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do [§ 1º do art. 332](#), a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Haverá, portanto, resolução (decisão) de mérito, na decisão-enunciado-enunciado que: a) acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) decidir sobre prescrição ou decadência; c) homologar o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, da transação ou da renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção; d) juros legais, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

Podemos, então, definir o conceito de mérito como a decisão-enunciado-enunciado, que resolve o(s) pedido(s) formulado(s) pelo autor ou pelo réu (em reconvenção), com base, principalmente, nos artigos 322, § 1º e 487 do Código de Processo Civil, aplicando norma de conduta.

É bom ressaltarmos que a palavra “mérito” comporta vários significados, entre os quais, conforme autorizada doutrina, o pedido²⁶⁹ deduzido por intermédio de uma pretensão. Entendemos também que por diversas vezes podemos definir o conceito de mérito como decisão-enunciado-enunciado.

Podemos observar tal multiplicidade de significados nas diversas passagens do Código de Processo Civil de 2015 colacionadas abaixo:

Art. 116. O litisconsórcio será unitário quando, pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir o mérito de modo uniforme para todos os litisconsortes.

Art. 141. O juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte.

²⁶⁹ ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, vol. I: parte geral. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 411. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, p. 51. Também DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 322: “O mérito, portanto, etimologicamente é a exigência que, através da demanda, uma pessoa apresenta ao juiz para exame.”

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

[...]

§ 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 299. A tutela provisória será requerida ao juízo da causa e, quando antecedente, ao juízo competente para conhecer do pedido principal.

Parágrafo único. Ressalvada disposição especial, na ação de competência originária de tribunal e nos recursos a tutela provisória será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito.

Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

[...]

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Art. 315. Se o conhecimento do mérito depender de verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode determinar a suspensão do processo até que se pronuncie a justiça criminal.

Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do [art. 355](#).

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

[...]

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

Art. 490. O juiz resolverá o mérito acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, os pedidos formulados pelas partes.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

[...]

§ 1º A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

Art. 987. Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso.

[...]

§ 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito.

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no [art. 485](#);

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

Pontuamos, contudo, que, apesar da diversidade de conceitos, o artigo 502 do CPC/15 tratou de mérito como decisão-enunciado-enunciado. Isso porque ele está tratando especificamente do conteúdo do veículo introdutor “decisão judicial”. Ou seja, não podemos entender que a coisa julgada alcance elementos externos e anteriores a esse veículo introdutório.

Acrescentamos, ainda, que todo rito procedimental requer como ato final a prolação de uma decisão que poderá ou não analisar o mérito. Ou seja, nem toda decisão

judicial terá como conteúdo enunciado-enunciado qualificado como “de mérito”. É como entendem FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA²⁷⁰:

Sendo assim, todo procedimento, seja ele principal, recursal ou incidental, requer, como ato final, a prolação de uma decisão, que poderá, ou não, analisar o seu objeto litigioso [mérito], a depender, respectivamente, da presença ou ausência dos seus requisitos de admissibilidade. Estando presentes os requisitos de admissibilidade do procedimento, a decisão que o encerrar, além de afirmar essa admissibilidade, deve analisar o seu objeto litigioso [mérito]; estando ausente qualquer dos seus requisitos de admissibilidade, não pode o magistrado passar à análise do seu objeto litigioso [mérito].

Afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁷¹ que: “[...] não há processo sem mérito, ou seja, sem objeto.” E continua²⁷²: “O objeto das questões de fato e de direito é, portanto, o *pedido*, por ser ele, como dito, o material que dá razão de ser ao próprio processo e em torno do qual girarão todas as atividades processuais.” Observamos, assim, que o autor está se referindo ao processo e não à decisão judicial, uma vez que da afirmação de que não há processo sem mérito não se pode inferir inexistir decisão sem mérito.

Por último, destacamos que não há necessária correlação entre objeto do processo (mérito) e a existência de uma lide²⁷³, aqui entendida no sentido carneluttiano de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Tal conflito, conforme PAULO CESAR CONRADO²⁷⁴, é “[...] fato jurídico que se constitui pela competente linguagem da petição inicial.” Normativamente falando, lide é a afirmação de uma

²⁷⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 351.

²⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 312.

²⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 348.

²⁷³ Em sentido contrário ARRUDA ALVIM: “O conceito de *mérito* é congruente ao de *lide*, como ao de *objeto litigioso*, na terminologia alemã. Já o disse Liebman: é o pedido do autor que fixa o mérito. Nesse sentido, em obra clássica do Direito alemão, se esclarece que o pedido (usa a palavra pretensão: “*Anspruch*”) é o mesmo que mérito (usa a palavra objeto litigioso: “*Streitgegenstand*”) ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, vol. I: parte geral. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 411.

²⁷⁴ CONRADO, Paulo Cesar. **Processo tributário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 31.

controvérsia de direito material veiculada pelo autor ou pelo réu (em reconvenção, por exemplo).

Há mérito, no entanto, mesmo onde não haja lide. Nesse sentido são precisas as lições de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁷⁵:

Conhecidíssima doutrina sustenta que o objeto do processo seria representado pela lide – sendo esta o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (Carnelutti). Tal conceito, conquanto preciso e inegavelmente útil, não merece receber todo o destaque que em passado relativamente recente lhe dava a doutrina brasileira, porque nem sempre o processo e o exercício da jurisdição dependem da existência de uma lide; toda a teoria desta gira em torno dos conflitos relacionados com bens e direitos disponíveis, especialmente no campo do direito das obrigações, não sendo de fácil aplicação aos conflitos regidos pelo direito público ou referentes a direitos indisponíveis. O Código de Processo Civil anterior apoiava-se firmemente no instituto da lide e sua Exposição de motivos dizia expressamente que o *mérito* é a *lide*, além de valer-se desse conceito na disciplina de muitos institutos. O atual estatuto também com alguma frequência o vocábulo *lide* mas sem aquele compromisso com a teoria que instala esta ao centro do sistema, como seu polo metodológico fundamental.

Entendemos, de acordo com as lições de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, que pode haver mérito mesmo onde não exista conflito de interesses (lide). É o caso, por exemplo, da Jurisdição Voluntária, porque nela há mérito a despeito de não haver lide.

Devemos abrir breve parêntese aqui para explicarmos melhor o porquê de a “jurisdição voluntária” possuir mérito sem lide. Pois bem. Por jurisdição deve-se entender, conforme RODRIGO DALLA PRIA²⁷⁶:

[...] o dever estatal caracterizado pela atividade de composição de conflitos substanciais, exercida por meio da produção de normas individuais e concretas (tutelas jurisdicionais), sendo este seu objeto, por ação só se pode designar o direito subjetivo de exigir o cumprimento deste dever.

²⁷⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 442-443.

²⁷⁶ PRIA, Rodrigo Dalla. O direito ao processo. In: CONRADO, Paulo Cesar (Coord.). **Processo tributário analítico**. Vol. I, 3. ed. São Paulo: Noeses, 2015, p. 43.

Em apoio a este pormenor, PAULO CESAR CONRADO²⁷⁷: “Jurisdição, seguida a perspectiva que vimos traçando, é função estatal que se dirige à composição de conflitos de interesses”. Nota-se que a conflituosidade é característica essencial da atividade jurisdicional, de modo que onde não existir conflito (lide) não haverá jurisdição. Não há, todavia, lide na chamada “jurisdição voluntária”; há, em verdade, decisão-enunciação-enunciado no bojo da qual o Estado-Juiz decide o(s) pedido(s) formulados pelo autor ou pelo réu com base, principalmente, nos artigos 322, § 1º e 487 do Código de Processo Civil.

Há, com efeito, uma demanda que vindica uma decisão, de forma que o mérito estará presente mesmo não havendo lide (conflito de interesses). Isso significa, portanto, não haver a necessária vinculação, como faz a doutrina²⁷⁸, entre coisa julgada e lide.

Feche-se o parêntese e continuemos.

Julgar o mérito, conseguintemente, não significa apenas acolher ou rejeitar a pretensão trazida pelo autor, como afirma CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁷⁹. Não. Pela sistemática atual do Código de Processo Civil, o conceito de mérito deve ser ampliado para a decisão que a) acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) decidir sobre prescrição ou decadência; c) homologar o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, da transação ou da renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção; d) juros legais, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios. Seja essa decisão oriunda ou não, de uma lide.

²⁷⁷ CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 95.

²⁷⁸ Por todos: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros. 2015, p. 191 “Pela mesma razão, não há *coisa julgada* em decisões proferidas em feitos de jurisdição voluntária, pois tal fenômeno é típico das sentenças jurisdicionais proferidas em sede contenciosa.

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 4 ed. São Paulo: Malheiros. p. 51

3.4.3 “Não Mais Sujeita a Recurso”

Como último critério conceitual, temos a expressão “não mais sujeita a recurso”. Pois bem. Por decisão “não mais sujeita a recurso” entende-se, como JOÃO FELIPE CALMON DA GAMA²⁸⁰:

[...] a qualidade da decisão que tutela de vez determinada situação sem a necessidade de ser substituída por qualquer outra decisão. Definitiva é, da mesma forma, aquela tutela (proteção oferecida a um direito) que se contrapõe à tutela provisória, esta que se concretiza com um decisão judicial marcada para ser substituída por outra decisão. O critério distintivo entre decisão definitiva e decisão provisória é, portanto, nascer vocacionada a ser substituída (provisória) ou não (definitiva).

O mencionado autor²⁸¹ rejeitou, por isso, dois critérios utilizados pela doutrina para distinguir a tutela definitiva da tutela provisória: a) a necessária vinculação entre cognição sumária com a tutela provisória, e a vinculação entre a cognição exauriente com a tutela definitiva; b) imunizada pela coisa julgada seria tutela definitiva e por outras espécies de estabilidade seria a tutela provisória.

Concordamos com essa rejeição. Decisões definitivas, nas palavras de FREDIE DIDIER JUNIOR²⁸² “[...] têm aptidão para tornar-se indiscutíveis. O adjetivo definitiva nada tem que ver com o conteúdo da decisão, mas com sua indiscutibilidade”. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES²⁸³ conceituam, por outro lado, as decisões provisórias:

[...] levam o nome de provisórias justamente porque não são predestinadas a se perpetuar no mundo jurídico. Por disposição expressa do Código de Processo Civil, toda tutela provisória “pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada (art. 296). E elas são assim suscetíveis de revogação ou modificação porque são

²⁸⁰ GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da. **A coisa julgada e os seus limites objetivos no Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016, p. 101.

²⁸¹ GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da. **A coisa julgada e os seus limites objetivos no Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016, p. 101

²⁸² DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 400.

²⁸³ DINAMARCO, Candido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 26.

concedidas mediante uma instrução sumária, que não oferece ao juiz a certeza da existência do direito do autor, mas somente uma idônea probabilidade, a que a doutrina denomina *fumus boni juris*.

Por cognição deve-se entender, conforme KAZUO WATANABE²⁸⁴:

“[...] um ato de inteligência, contente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do “*judicium*”, do julgamento do objeto litigioso do processo.”

A cognição sumária, nos termos da lição de KAZUO WATANABE,²⁸⁵ “[...] é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical”. Já a cognição exauriente, também conforme o citado autor, é a cognição completa e aprofundada das questões decididas em juízo.

Não há, porém, necessária ligação entre as espécies de cognição (exauriente ou sumária) e as espécies de tutela jurisdicional (provisória e definitiva). JOÃO FELIPE CALMON DA GAMA²⁸⁶ elenca quatro exemplos que divorciam a espécie de cognição (exauriente ou sumária) da espécie de tutela jurisdicional (provisória ou definitiva):

[...] a) a sentença fundamentada na presunção de verdade determinada como efeito da revelia (art. 355, II, CPC/15) (tutela definitiva baseada em cognição sumária); b) sentença no bojo da qual é concedida tutela provisória como técnica para inibir o efeito suspensivo do recurso de apelação (art. 1.012, § 1º, V, CPC/15) (tutela provisória lastreada em cognição exauriente); c) decisão em demanda monitória que defere a expedição de mandado de pagamento sendo evidente o direito do autor lastreado em prova escrita sem eficácia de título executivo (art. 701, CPC/15) (tutela definitiva baseada em cognição sumária); d) decisão que defere tutela de evidência baseada em prova documental suficiente trazida pelo autor dos fatos constitutivos do seu direito, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável (art. 311, IV, CPC/15) (tutela provisória lastreada em cognição exauriente).

²⁸⁴ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 67.

²⁸⁵ WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

²⁸⁶ GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da, **A coisa julgada e os seus limites objetivos no Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016, p. 102.

O direito positivo afasta, pois, a ligação necessária entre tutela definitiva e cognição exauriente e afasta também a ligação entre tutela provisória e cognição sumária. Afinal, é possível haver: (a) cognição sumária e tutela definitiva; (b) cognição exauriente e tutela provisória. Eis o direito positivo fornecendo evidências à ciência do direito. E esta, para descrever o direito positivo, não pode se afastar de suas particularidades.

Queremos com isso dizer que não pode a ciência do direito ir de encontro ao que o direito positivo prescreve. Ao contrário: deve ela contemplar o direito positivo e descrevê-lo tal qual ele é.

O segundo critério rejeitado pelo mencionado autor é afirmar ser a tutela definitiva a imunizada pela coisa julgada, e a tutela provisória seria imunizada por outras espécies de estabilização. Esse critério criticado é o utilizado, equivocadamente, por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e BRUNO VASCONCELOS CARRILHO LOPES²⁸⁷. Vejamos:

Das funções realizadas pelo Estado a jurisdição é a única dotada do predicado de *definitividade*, caracterizado pela imunização dos efeitos dos atos realizados.

[...]

O mais elevado grau de imunidade a futuros questionamentos é a autoridade da coisa julgada material, que se restringe às sentenças ou decisões de mérito (CPC, arts. 502-503) e ocorre no momento em que todos os recursos admissíveis no processo hajam sido esgotados ou, pela não interposição no prazo, hajam se tornado inadmissíveis.

[...]

A definitividade caracterizada pela coisa julgada e ordinariamente indicada como característica da jurisdição só se impõe com relação às decisões de mérito. Nos demais casos (decisão definitiva, tutelas provisórias etc.)

Ora, é evidente o raciocínio circular a que está submetida tal assertiva, na medida em que, para os autores acima citados, seria decisão judicial definitiva a que imunizada pela coisa julgada. E o contrário também é verdadeiro: há imunização da

²⁸⁷ DINAMARCO, Candido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016. pp. 25-26.

coisa julgada porque há decisão judicial definitiva. É um raciocínio tautológico que nada demonstra²⁸⁸.

“Decisão judicial não mais sujeita a recurso” é o que também se pode denominar “Decisão Judicial Definitiva”. Porém, para que haja a definitividade da decisão é necessário o seu trânsito em julgado. E o que é tal instituto? BARBOSA MOREIRA²⁸⁹ entende que é “[...] a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável.”

Também na mesma linha, FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA²⁹⁰: “Para que haja coisa julgada, é preciso que contra a decisão não caiba mais recurso, qualquer recurso, ordinário ou extraordinário – ‘não mais sujeita a recurso’, de acordo com o texto do art. 502”.

Vale também consignar as lições de EDUARDO TALAMINI²⁹¹, nestes termos:

Para que se estabeleça a coisa julgada é preciso que estejam esgotadas as possibilidades de alteração da sentença mediante mecanismos internos ao processo em que ela foi proferida. Ou seja: é necessário que da sentença já não caiba nenhum recurso nem reexame de ofício. O trânsito em julgado indica o momento em que isso ocorre.

Agora, o que transita em julgado: a decisão-enunciado, a qual se subdivide em decisão-enunciação-enunciada e decisão-enunciado-enunciado, ou o que transita em julgado é a norma jurídica jurídica veiculada no bojo desta decisão?

Mais uma vez a teoria do direito fornece ferramentas necessárias à solução de situação processual complexa. Antes, porém, precisamos fazer um alerta: nosso objetivo neste trabalho não é analisar os limites objetivos da coisa julgada, de modo

²⁸⁸ GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da, **A coisa julgada e os seus limites objetivos no Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016, p. 103.

²⁸⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: _____. **Temas de direito processual** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 145.

²⁹⁰ DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 517.

²⁹¹ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 31-32.

que o assunto “trânsito em julgado” será tratado apenas como requisito da norma coisa julgada. Queremos com isso dizer que não visamos a demonstrar os contornos, limites da coisa julgada, mas apenas a esclarecer sobre o que transita em julgado.

O ato decisório do juiz, entendido como a enunciação da norma individual e concreta sobre as questões a ele endereçadas, materializa-se na decisão-enunciado (decisão-enunciação-enunciado e decisão-enunciado-enunciado). Significa isso dizer que a norma jurídica se plasma na decisão-enunciado. Toda a significação é racionalmente (motivação) consignada na decisão, de forma que o que transita em julgado é a norma construída e edificada na decisão.

Sendo a norma jurídica construída quando da decisão judicial que transita em julgado, podemos afirmar que “decisão definitiva”, ou “mesmo decisão de que não caiba mais recurso”, é a norma jurídica plasmada no bojo da decisão-enunciação-enunciado do qual não caibam mais recursos.

A propósito, vale mencionar o que prescreve o § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.

Com efeito, o que esse enunciado legal prescreve, é apenas o momento cronológico (critério temporal da norma jurídica “Coisa Julgada”) para surtir efeitos jurídicos. A coisa julgada não se confunde com a decisão judicial definitiva. Como vimos, com base nas lições seguras da Teoria do Direito, a coisa julgada é norma jurídica que toma a decisão judicial definitiva apenas como um de seus fatos jurídicos para surtir efeitos (imputação normativa). Está-se perante duas normas jurídicas distintas: (a) uma consubstanciada na norma individual e concreta (também conhecida como “decisão judicial”) e (b) outra, a norma jurídica coisa julgada formada a partir do

trânsito em julgado (critério temporal/cronológico). Por essa perspectiva, EDUARDO TALAMINI²⁹² instrui:

o primeiro [trânsito em julgado] concerne ao aspecto cronológico do esgotamento dos meios internos de revisão da sentença; o segundo [coisa julgada] diz respeito à autoridade que se estabelece, impeditiva da reabertura do processo. Estão em relação de causa e efeito.

3.5 COISA JULGADA MATERIAL EM SEUS TRÊS ASPECTOS: NORMA, FATO JURÍDICO E EFEITO (CONSEQUENTE) E UMA RELEITURA DAS DEFINIÇÕES DOUTRINÁRIAS VIGENTES

Conceituar algo é recortar da riqueza do real alguns traços (pontos de vista) sobre o qual será o real pensado²⁹³. Com base nisso, construímos a estrutura da norma jurídica coisa julgada como representação de um dos conceitos possíveis atribuídos a esse instituto. Agora destacaremos que a coisa julgada também pode ser conceituada como fato jurídico e como relação jurídica (consequente da norma jurídica).

Conforme já estudado, estando a coisa julgada no interior do direito positivo, outra coisa ela não poderia ser senão norma jurídica ou parte dela. Dessa forma, o que seria se se afirmasse ser a coisa julgada “situação jurídica”, “efeito jurídico” ou “qualidade jurídica”, de acordo com o marco teórico neste trabalho assumido? Como podemos localizar esses conceitos diante da seguinte estrutura normativa de coisa julgada construída no item anterior: “Dada a existência de decisão judicial de mérito não mais sujeita a recurso *Deve-ser Consequente*: a obrigação de toda a coletividade respeitar a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão proferida.”. Vejamos.

²⁹² TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 32.

²⁹³ VILANOVA, Lourival. Sobre o conceito de direito. *In*: _____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. Vol. 1, 2003, p. 7.

Inicialmente, podemos adiantar que o efeito jurídico é o resultado da causalidade jurídica imanente a toda norma jurídica. É o resultado do dever-ser, portanto. O dever-ser compõe o direito, de forma que não existirá direito sem ele. Nas precisas palavras de LOURIVAL VILANOVA²⁹⁴:

Em rigor, direitos, facultamentos, poderes, pretensões, autorizações e seus correspectivos contrários encontram-se no momento efectual, quer dizer: depois da incidência da parte da norma que qualifica o dado-de-fato como fato jurídico vem o efeito, justamente a relação S`r S``, a relação jurídica em sentido técnico.

Quando a doutrina conceitua esse instituto como “efeito jurídico”, ela se refere ao conseqüente dessa norma. Ou seja, está a doutrina dizendo que a coisa julgada é a decisão imutável e indiscutível.

No instante em que a doutrina entende ser a coisa julgada uma situação jurídica, pretende mostrar ser ela fato jurídico da norma coisa julgada. Em outro dizer: entende ser a existência de decisão judicial de mérito não mais sujeita a recurso.

Já quando a doutrina afirma ser a coisa julgada uma qualidade da sentença, está ela a dizer, normativamente falando, que sobre a decisão incidiu a norma jurídica coisa julgada. Ficar buscando uma essência dessa qualidade é algo intangível. De acordo com nossas premissas, o nome é atribuído às coisas, de modo que buscar-se a natureza jurídica, como se ontológicas fossem as coisas em si, não condiz com os pressupostos traçados neste trabalho. Qualidade, assim, nada mais é do que o resultado da incidência da norma coisa julgada sobre determinada decisão judicial.

Não há aqui conceito certo ou errado. No entanto, algumas conceituações construídas pela doutrina vigente levam o intérprete a entender que há institutos distantes da estrutura normativa. Não há nenhum equívoco em tratar a coisa julgada como “situação jurídica” ou como “efeito jurídico” ou mesmo como “qualidade”. O equívoco está em desconsiderar que tais conceitos estarão sempre no interior da estrutura normativa.

²⁹⁴ VILANOVA, Lourival. Analítica do Dever Ser. In: _____. **Escritos jurídicos-filosóficos**. Vol. 02, 2003, p. 47.

3.6 COISA JULGADA MATERIAL, FORMAL E COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO PREJUDICIAL INCIDENTE.

Além da coisa julgada material, a doutrina aponta a existência de mais duas outras espécies de coisa julgada: coisa julgada formal e coisa julgada sobre questão prejudicial incidente. Apesar de nos ser relevante para o enfrentamento da problemática eleita nesse trabalho apenas a coisa julgada material, é importante que analisemos, ainda que de forma ligeira, as duas outras espécies de coisa julgada, a fim de sedimentar o conceito de coisa julgada material, firmada nos itens precedentes. Dessa forma, neste subitem destacaremos os conceitos dessas duas outras espécies, contrapondo-as a definição de coisa julgada material.

3.6.1 Coisa julgada formal

Por “coisa julgada formal” a doutrina entende ser a imutabilidade da decisão judicial no interior do processo em que é proferida²⁹⁵. Nas palavras de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO²⁹⁶: “A coisa julgada formal é um dos aspectos do instituto da coisa julgada e opera exclusivamente no interior do processo em que se situa a sentença sujeita a ela.”

Não nos parece acertada a definição de um conceito levando-se em conta seus efeitos. Em outro dizer: a doutrina não se restringe a analisar o conceito de coisa julgada formal pelos enunciados prescritivos do direito positivo. Não. Conceituam-na por seus efeitos e, com isso, olvidam para as prescrições expressas do Código de Processo Civil de 2015. Antes, porém, de expormos nossa conceituação de coisa julgada formal, é de grande valia afastarmos o equívoco da doutrina no entender ser a coisa julgada formal um instituto que opera exclusivamente no interior do processo.

²⁹⁵ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**, 2008, p. 122.

²⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. II, 2009, p. 303.

Primeiramente, vale mencionar que coisa julgada formal é conceito criado exclusivamente pela doutrina, não encontrando, por isso mesmo, conceituação no direito positivo. Isso, todavia, não significa que seja impossível uma definição do conceito de coisa julgada formal. Apenas quer dizer que não há enunciado prescritivo no direito positivo que conceitue tal espécie de coisa julgada.

Pois bem. Como dito, comum é a distinção, realizada pela doutrina tradicional²⁹⁷, entre coisa julgada material e coisa julgada formal a partir da projeção dos seus efeitos²⁹⁸. Entende a doutrina majoritária que a coisa julgada formal se refere à imutabilidade e à indiscutibilidade da decisão judicial dentro do processo em que é proferida. Já a coisa julgada material se distinguiria desta última, porquanto se projetaria para fora do processo. Haveria um efeito endoprocessual naquela e um efeito extraprocessual nesta. Nesse sentido, CASSIO SCARPINELLA BUENO²⁹⁹ explica:

Por assim dizer, denomina-se coisa julgada formal a decisão não mais sujeita a qualquer espécie de impugnação quando analisada na perspectiva endoprocessual. A coisa julgada material é aquela mesma característica de imutabilidade, analisada extraprocessualmente, isto é, como característica da imutabilidade da decisão de mérito do ponto de vista exterior.

Também na mesma direção, EDUARDO TALAMINI³⁰⁰:

A coisa julgada formal consiste na imutabilidade de um comando que se limita a pôr fim ao processo; a coisa julgada material consiste na imutabilidade do comando que confere tutela a alguma das partes, isso é, que dispõe substancialmente sobre algo que vai além da simples relação processual.

Outro não é o entendimento de BARBOSA MOREIRA³⁰¹:

²⁹⁷ Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 246.

²⁹⁸ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**, 2008. p. 123.

²⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. Vol. Único, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 401.

³⁰⁰ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**, 2005. p. 132.

³⁰¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: _____. **Temas de direito processual** (ensaios e pareceres) Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 142. Na mesma linha: SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade**. Coimbra: Edições Almedina, 2009. p. 120 "A imutabilidade e a

A variável extensão da imutabilidade abre ensejo à distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material. Dá-se a primeira quando a sentença só se torna imutável no âmbito do processo em que proferida; ou seja, quando não há óbice a que, em outro processo, se profira nova decisão com o mesmo objeto. Ocorre a segunda quando a imutabilidade da sentença prevalece ainda em relação a processos distintos.

Todavia, em análise restrita ao Direito Positivo, não nos parece serem adequadas tais distinções. Certo que a coisa julgada material se projeta fora do processo em que é produzida. Tal projeção, porém, também é observada na coisa julgada formal. Antes de explicarmos o porquê desse nosso entendimento, importante verificarmos o que prescrevem o § 1º do artigo 486 e o § 2º do artigo 966 do CPC/15:

Art. 486. O pronunciamento judicial que não resolve o mérito não obsta a que a parte proponha de novo a ação.

(...)

§ 1º No caso de extinção em razão de litispendência e nos casos dos [incisos I, IV, VI e VII do art. 485](#), a propositura da nova ação depende da correção do vício que levou à sentença sem resolução do mérito.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

indiscutibilidade atingem tanto as sentenças que formam coisa julgada formal como a coisa julgada material. O que diferencia as duas é, justamente, o capítulo que trata cada uma especificamente. A sentença que julga questões processuais apenas se torna imutável e indiscutível dentro do processo; enquanto a sentença que julga o mérito torna-se imutável e indiscutível dentro e fora do processo, impedindo que a matéria possa ser reapreciada em outro processo”.

§ 2º Nas hipóteses previstas nos incisos do caput, será rescindível a decisão transitada em julgado que, embora não seja de mérito, impeça:

I - nova propositura da demanda; ou

II - admissibilidade do recurso correspondente.

Se o pronunciamento judicial (decisão) não resolver o mérito, não haverá impedimento a que a parte ajuíze nova demanda judicial. Porém, para que ela assim proceda, é necessária a correção do vício ensejador daquela decisão. Sem a correção do vício não é possível intentar nova ação judicial.

Um adendo: como nossa perspectiva é exclusivamente normativa, fundamental que criemos a norma jurídica “coisa julgada formal”. Assim, a partir desses dispositivos, podemos construir uma norma jurídica que denominaremos a seguir de “norma da coisa julgada formal”. Dessa forma, a partir dos artigos acima citados e da proposta classificatória da doutrina no que tange às espécies de coisa julgada, visualizamos a construção da seguinte norma jurídica:

Antecedente: Dada a existência de decisão judicial que extingue o processo sem julgamento do mérito nos casos de extinção por litispendência e nas hipóteses dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 e não sendo corrigidas tais hipóteses nos termos dos § 1º do artigo 486 CPC/15.

Deve-ser

Consequente: a obrigação de toda a coletividade respeitar a imutabilidade e indiscutibilidade da decisão proferida.

Em outro dizer: a coisa julgada formal, oriunda da imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, transitada em julgado, que não resolveu o mérito pode ser reproposta, desde que o vício que a inquinou seja corrigido. Ora, se há necessidade de correção do vício à propositura de nova ação judicial, é porque a coisa julgada formal exerce

sim efeitos extraprocessuais, tal qual a coisa julgada material. Essa é exatamente a proposta de LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO³⁰²:

Acreditamos que a estabilidade extraprocessual das decisões judiciais deve ser estendida para muitas sentenças terminativas, e que a possibilidade de repositura da demanda, em algumas hipóteses do artigo 267, do Código de Processo Civil, não elide a necessidade de que seja corrigida a situação declarada irregular na sentença. Caso esta não seja corrigida, estará o juiz do segundo processo vinculado à decisão anteriormente proferida, que estará acobertada pela coisa julgada formal.

Afirmamos, destarte, que a imutabilidade das sentenças proferidas com base em algumas das hipóteses do artigo 267 do Código de Processo Civil gera, sim, efeitos em processos futuros. A essa situação denominamos coisa julgada formal.

Tanto a coisa julgada material quanto a coisa julgada formal projetam-se, pois, para fora do processo em que foram proferidas as decisões. Diferenciam-se apenas os objetos sobre os quais recaem: relação material (coisa julgada material); relação processual (coisa julgada formal).

Vemos, portanto, que mesmo o critério utilizado pela doutrina para diferenciar a coisa julgada formal da coisa julgada material não pode ser considerado correto à luz do direito positivo.

Para nós, a definição de coisa julgada formal, dessa maneira, é a norma jurídica que imutabiliza e torna indiscutível a decisão que extinguiu o processo sem julgamento de mérito nos termos do § 1º do artigo 486 CPC/15 em relação a qual não houve correção do vício que a ensejou.

3.6.1.1. Coisa julgada formal não se confunde com preclusão

Há quem entenda coisa julgada formal como uma espécie de preclusão³⁰³. Não nos parece adequada essa conceituação.

³⁰² MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**, 2008, p. 138.

Para EDUARDO TALAMINI³⁰⁴ “[...] consiste a preclusão na perda de uma faculdade ou poder processual no curso do processo”. LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO³⁰⁵ entende “[...] que a preclusão importa na perda de uma faculdade ou um poder, pelos sujeitos do processo, sejam estes as partes ou o juiz.” Impedidos ficam as partes ou terceiros de fazerem algo que antes lhes era autorizado. ALEXANDRE SENRA³⁰⁶ traz interessantes exemplos de preclusão no Código de Processo Civil:

- “- o réu perde o poder de impugnar a abusividade da cláusula de eleição de foro se não o fizer na contestação (CPC/15, art. 63, §4º);
- o advogado é autorizado a postular em juízo sem procuração, excepcionalmente, para evitar a perda de um poder ou faculdade processual do seu cliente (CPC/15, art. 104);
- os sujeitos que tenham participado dos atos documentados na forma do art. 209, § 1º, CPC/15 perdem o poder de impugnar as contradições na transcrição se não o fizerem oralmente no momento de sua realização (CPC/15, art. 209, §2º);
- perdem o poder de impugnar nulidades que não sejam decretáveis de ofício as partes que não o fizerem na primeira oportunidade que lhes caiba falar nos autos, salvo se provarem legítimo impedimento (CPC/15, art. 278, caput, e par. ún.);
- perde o poder de impugnar o valor atribuído à causa pelo autor o réu que não o fizer em sede de contestação (CPC/15, art. 293);
- as partes perdem o poder de discutirem no processo as questões já decididas (CPC/15, art. 507).

Há quem perceba na doutrina³⁰⁷ ser a coisa julgada formal uma espécie de preclusão, denominando-a também de “preclusão máxima”. Equivocada tal comparação. Isso porque a Coisa julgada formal se projeta para fora do processo,

³⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. ps. 280-281. RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 246.

³⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**, 2005. p. 132.

³⁰⁵ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**, 2008. p. 126.

³⁰⁶ SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**, Dissertação de Mestrado. 2016. p. 115.

³⁰⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 280; DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 517; BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. Vol. único, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 401

enquanto a preclusão opera internamente no processo. Nesse sentido EDUARDO TALAMINI³⁰⁸ explica:

A preclusão e a coisa julgada são institutos inconfundíveis, ainda que em parte inspirados nos mesmos princípios (segurança jurídica, proteção da confiança...): a preclusão apenas opera internamente ao processo; a coisa julgada projeta-se para fora da relação processual em que se formou.

Com efeito, conforme visto no item anterior, coisa julgada formal é norma jurídica. A preclusão, por seu turno, é a perda de uma faculdade ou poder processual no curso do processo. São conceitos distintos, portanto.

Finalmente, precisas são as lições de LUIZ EDUARDO RIBEIRO MOURÃO³⁰⁹:

Para nós, a coisa julgada, seja essa formal ou material, é absolutamente distinta da preclusão, pois a coisa julgada jamais produzirá efeitos internos ao processo. Queremos, com essa informação, dizer que a impossibilidade de o magistrado prolator da sentença rever sua própria decisão, *dentro do mesmo processo*, não deriva da coisa julgada, mas da preclusão recursal.

De ver está, portanto, que coisa julgada formal não se confunde com preclusão.

3.6.2 Coisa Julgada sobre resolução de questão prejudicial incidental

A coisa julgada sobre resolução de questão prejudicial é uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Ela não amplia o objeto litigioso (pedido) do processo; ela amplia o objeto do julgamento sobre o qual a coisa julgada incidirá. Segundo GIOVANNI BONATO³¹⁰: “[...] o art. 503 trouxe uma novidade de suma importância, estabelecendo a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais”. Está ela prescrita nos parágrafos 1º e 2º do artigo 503 do Código de Processo Civil e independe de requerimento das partes para sua formação:

³⁰⁸ TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**, 2005. p. 132.

³⁰⁹ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. pp. 134-135.

³¹⁰ BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. **Revista de Processo Comparado**, vol. 2. Jul - Dez / 2015 p. 124.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentalmente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

Tal novidade se parece com o instituto americano da “*issue preclusion*”, por meio do qual não se pode rediscutir em outro processo a mesma questão que tenha sido controvertida e decidida em processo anterior. Nesse sentido, confirmam as lições de ANTÔNIO GIDI, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER e MARÍLIA ZANELLA PRATES³¹¹:

A regra para a aplicação da *issue preclusion* é, basicamente, a de que não se pode rediscutir em outro processo a *mesma* questão que tenha sido efetivamente *controvertida* e expressamente *decidida* em processo anterior. Além disso, a questão deve ter sido *essencial* para o julgamento que encerrou o processo e sua importância para futuros processos deve ter sido *previsível* pelas partes, à época da primeira demanda.³² Tais pressupostos são o fruto de uma longa construção jurisprudencial da prática norte-americana e derivam do respeito à garantia constitucional do devido processo legal. Para que sejam aplicados em um caso concreto, tais pressupostos devem ser comprovados pela parte que alegar a *issue preclusion* a seu favor.³³

O instituto da *issue preclusion* é muito interessante e, ao menos do ponto de vista teórico, sua validade é irretorquível. Todavia, na prática, a necessidade de se analisar a presença de cada um desses requisitos torna-se um grande problema, que inviabiliza sua aplicação. Em primeiro lugar, segundo observação dos relatores do *Restatement (second) of judgments*,³⁴ definir se uma questão surgida em uma demanda é *idêntica* à outra decidida em demanda anterior é um dos problemas mais difíceis na aplicação da *issue preclusion*.³⁵

³¹¹ GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa e PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil reflexões inspiradas na experiência norte-americana. **Revista de Processo**, v. 194, 2011, p. 106.

Diferencia-se, todavia, do Código de Processo Civil de 1973, porquanto neste havia necessidade de manejo da ação declaratória incidental para que sobre determinada questão se formasse a coisa julgada. GIOVANNI BONATO³¹² consigna que:

O Código de Processo Civil de 1973 previa ao mesmo tempo a possibilidade de superar a referida limitação objetiva da coisa julgada, através a propositura de uma demanda declaratória incidental sobre a questão prejudicial. Assim o art. 470 mandava que: “Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide.

Nesse particular, também entendem ANTÔNIO GIDI, JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER e MARÍLIA ZANELLA PRATES³¹³:

O Código de Processo Civil de 1973 eliminou a controvérsia, ao optar explícita e claramente pela tese restritiva, segundo a qual a coisa julgada fica limitada ao dispositivo da sentença, não abrangendo os motivos da decisão, ou seja, não abrangendo as questões prejudiciais.

Questões prejudiciais, com efeito, são, de acordo com CASSIO SCARPINELLA BUENO³¹⁴: “[...] as afirmações controvertidas cuja resolução interfere na resolução de outras afirmações controvertidas dela dependentes, chamadas, pelo *caput* do dispositivo, de “questões principais”, transitarem materialmente em julgado”.

Por esse prisma, FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA³¹⁵ expõem:

Considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma do pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento. A segunda

³¹² BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *In: Revista de Processo Comparado*, vol. 2. Jul - Dez / 2015 p. 122

³¹³ GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa e PRATES, Marília Zanella Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil reflexões inspiradas na experiência norteamericana. *In: Revista de Processo*, v. 194, 2011, p. 107.

³¹⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**. Vol. único, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 404.

³¹⁵ DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 532.

questão depende da primeira não no seu ser, mas no seu modo de ser. A questão prejudicial funciona como uma espécie de placa de trânsito, que determina para onde o motorista (juiz) deve seguir.

Exemplo clássico de questão prejudicial incidental é a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica questionada como fundamento para repetição de um indébito tributário. A questão principal (mérito propriamente dito) dependerá do julgamento anterior da inconstitucionalidade (questão prejudicial incidental) como caminho necessário ao julgamento do mérito (questão principal).

Ao lado da Coisa Julgada Material e da Coisa Julgada Formal, a Coisa Julgada sobre Questão Prejudicial Incidental possui critérios distintos e, por isso, com as primeiras não se confunde. Tais critérios são discriminados, todos eles, nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 503 do Código de Processo Civil e são cumulativos³¹⁶:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.
§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.
§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O primeiro desses critérios é o de que somente sobre a questão prejudicial da qual dependa o julgamento de mérito é que pode recair a coisa julgada. Deve haver uma dependência entre o julgamento da questão principal (mérito) e a questão prejudicial.

³¹⁶ Enunciado nº. 313 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: São cumulativos os pressupostos previstos nos § 1º e seus incisos, observado o § 2º do art. 503.

Daí afirmarem FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA³¹⁷: “Somente a questão prejudicial de cuja resolução dependa o julgamento do mérito pode tornar-se indiscutível pela coisa julgada.”

Excluem-se, assim, desse conceito as questões decididas desfavoravelmente ao vencedor, as resolvidas *obter dictum* ou as que possuem conteúdo processual³¹⁸.

O segundo critério diz sobre ter havido contraditório prévio e efetivo sobre as questões prejudiciais. Algumas considerações sobre o conceito de contraditório e efetivo devem ser feitas para o adequado entendimento desse requisito.

Conforme a doutrina tradicional, o contraditório era uma mera garantia formal de bilateralidade da oitiva das partes. Nesse sentido, expõe CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO³¹⁹: “Atenta a esse quadro de participação dos litigantes, a doutrina vem há algum tempo identificando o contraditório no binômio *informação-reação* [...]”.

Bastava, assim, a audiência das partes para concretizar-se o princípio do contraditório. Ao passo que ao juiz competia o dever de realizar tais audiências de forma igualitária entre as partes do processo.

Afastando a possibilidade de que a parte seja considerada simples “objeto” do pronunciamento judicial, são precisas as lições de CARLOS ALBERTO ALVARO DE OLIVEIRA³²⁰:

Da análise até agora desenvolvida, impõe-se afastar a possibilidade de que a parte possa ser considerada simples “objeto” do pronunciamento judicial, no *iter* procedimental: é ineliminável o seu direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão. A matéria liga-se ao próprio

³¹⁷ DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 536.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 536.

³¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 520.

³²⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O juiz e o princípio do contraditório. **Revista de Processo**. Vol. 71, jul-set, 1993. p. 34.

respeito à dignidade humana, encontrando expressão, no âmbito processual, na Anspruch auf rechtlichen Gehör (pretensão de audiência jurídica, ou, em tradução livre, precisamente no princípio do contraditório). Demais disso, não é admissível fiquem os litigantes adstritos, pura e simplesmente, à diligente iniciativa do órgão judicante e ao seu empenho de chegar a uma correta definição da causa.¹⁷

Torna-se, assim, palpável a insuficiência do conceito do contraditório, tal como geralmente entrevisto na doutrina brasileira, ou seja, como mera ciência bilateral dos atos do processo e possibilidade de contraditá-los.¹⁸

É neste exato sentido que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, DIERLE NUNES, ALEXANDRE MELO FRANCO BAHIA e FLÁVIO QUINAUD PEDRON³²¹ lecionam:

Dentro desse enfoque se verifica que há muito a doutrina percebeu que o contraditório não pode mais ser analisado, como aludido no item anterior, tão somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, mas sim como uma possibilidade de influência (*Einwirkungsmoeglichkeit*) sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação de decisões racionais, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Passou, então, o contraditório por um câmbio paradigmático de uma simples formalidade (audiência das partes) para uma possibilidade de influência sobre o desenvolvimento do processo e sobre a formação das decisões judiciais.

Ressalte-se por isso que a garantia fundamental ao contraditório não atua como simples direito de índole processual. Não basta apenas ao seu atendimento a mera oportunidade de a parte de oferecer sua defesa/manifestação. Muito pelo contrário, seus efeitos normativos repercutem também como garantia de padrão substancial.

Ora, fosse o direito ao contraditório garantido de maneira exclusivamente processual, uma vez modificada a lei processual – com a exclusão, por exemplo, de procedimentos voltados à proteção de tal direito –, não se poderia falar em violação à cláusula, porque, nesse caso, o simples respeito à nova lei processual significaria o respeito ao contraditório meramente “formal”.

³²¹ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: Fundamentos e sistematização. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 103.

Esse o motivo por que essa garantia constitucional (contraditório) também se transmuda em garantia substancial, voltando-se a garantir o direito de as partes influenciarem o julgamento judicial e o dever de colaboração entre os sujeitos processuais (artigos 6º e 10º do CPC/15).

Quer-se com isso dizer que, onde houver pretensão capaz de atingir algum participante processual, deverá haver também (e previamente) processo dotado de procedimento que garanta o contraditório, com os meios e recursos a ele inerentes.

Isso significa que deve não apenas o juiz franquear a possibilidade de apresentação de defesa (contraditório pelo prisma formal), mas também (e principalmente) considerar todos os argumentos soerguidos pelas partes (contraditório pelo prisma substancial) e, caso não os acate, demonstre os motivos pelos quais não os acatou. Nesse sentido se tem a lição de FREDIE DIDIER JUNIOR³²²:

Há, porém, ainda, a dimensão substancial do princípio do contraditório. Trata-se do “poder de influência”. Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado.
(...)

É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão.

Nota-se, assim, que o contraditório, sob os auspícios do Código de Processo Civil de 2015, não é mais visto como simples informação-reação, mas como direito de influenciar e de colaborar.

Não basta, contudo, que tenha havido contraditório; é preciso que o contraditório seja efetivo, no qual entendemos seja a reação imposta como absolutamente indispensável³²³. Em outras palavras: deve haver a efetiva reação por parte dos participantes processuais às questões soerguidas. Mais: deve haver ampla possibilidade de utilização de meios probatórios condizentes com as questões

³²² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p.57.

³²³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 521.

levantadas, assim como não pode haver limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

O próprio parágrafo primeiro prescreve que, no caso de revelia, não haverá coisa julgada sobre a resolução de questão prejudicial incidental. É claro, trata-se de exemplo cristalino de ausência de contraditório efetivo, na medida em que, mesmo tendo sido citado, o réu permaneceu silente, razão pela qual não se pode falar em contraditório efetivo.

É preciso, portanto, para haver o contraditório efetivo, que as partes efetivamente se manifestem quanto aos pontos controvertidos soerguidos no processo e tenham se valido dos meios probatórios pertinentes e necessários ao enfrentamento da questão.

Caso o juízo, por exemplo, em determinado processo tributário, entenda haver, de ofício, questão inconstitucional e mande intimar o autor acerca de tal ponto, o qual nada pronuncia. Nesse exemplo, não se pode ajuizar ter havido o contraditório efetivo, porque a parte autora permaneceu silente quanto ao ponto controvertido sobre o qual o juiz requereu manifestação. No mesmo sentido, dispõem FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA³²⁴:

Não haverá a referida extensão se a questão prejudicial for trazida *ex officio* pelo órgão julgador, sem a observância do art. 10 do CPC, que impõe o prévio contraditório; do mesmo modo, não haverá extensão nos casos de revelia, exatamente porque não se considera ter havido *contraditório efetivo*. No primeiro caso, não basta que o juiz consulte as partes; é preciso que tenha havido manifestação delas a respeito do assunto, bem como essa manifestação tenha sido apreciada pelo julgador (art. 489, §1º, IV, CPC).

Também não haverá coisa julgada sobre resolução de questão prejudicial, em casos de restrição probatória ou limitação, à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

³²⁴ DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 537.

É o caso, por exemplo, de as partes formularem negócio jurídico processual (art. 190 do CPC) definindo algumas restrições probatórias. Nessa hipótese, não se pode falar tenha havido resolução da questão prejudicial, porque há presença de restrição probatória. Segundo FREDIE DIDIER JUNIOR, PAULA SARNO BRAGA E RAFAEL ALEXANDRIA DE OLIVEIRA³²⁵: “Essas restrições probatórias ou cognitivas podem, inclusive, decorrer de negócios jurídicos processuais (art. 190, CPC) – não são apenas restrições decorrentes da lei”.

3.7 A COISA JULGADA E O TEMPO

A relação da coisa julgada com o tempo é umbilical. Por meio dela o tempo no Direito eterniza-se. É a coisa julgada que coloca um ponto final ao debate jurídico instaurado num determinado processo. É ela que coloca um ponto final no tempo jurídico, portanto. Rememoremos o que se falou em capítulo precedente: o tempo participa da própria natureza do direito. Nas palavras de FRANÇOIS OST,³²⁶ o tempo “temporaliza” o direito.

O critério temporal da norma “coisa julgada” é o trânsito em julgado, que se configura como a impossibilidade de se discutir, no mesmo processo, por meio de recurso de qualquer espécie, o que ficara decidido. Há tempo, portanto, no antecedente da norma coisa julgada configurado pelo trânsito em julgado.

Mais: a coisa julgada faz o “tempo crônico” no influxo do tempo jurídico. Marca ela um acontecimento perenizado que deve ser observado em outro processo, seja esse “acontecimento” uma decisão de mérito, processual, seja de questão prejudicial.

O que se cristaliza é o conteúdo da decisão (norma jurídica concreta) produzida, e a ela o direito precisa obedecer como forma de “temporalizar” as relações jurídicas e criar expectativas de direito com relação a estabilidade das relações e segurança

³²⁵ DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 538.

³²⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 13.

jurídica aos cidadãos. Nesse sentido, interessantes estas palavras de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI³²⁷: “O direito regula o futuro, que ainda não é; com o ato de aplicação, fixa o presente, que não permanece, e, mediante sua linguagem, retém o passado, que não é mais.”

O Direito, assim, estipula um átimo temporal para impossibilitar infundáveis rediscussões dos argumentos em relação ao processo findo, qual seja: o trânsito em julgado da decisão. Com o trânsito em julgado dá-se a coisa julgada a impedir novas discussões sobre a mesma questão ou questões com relação as mesmas partes. Daí doutrinar HUMBERTO ÁVILA³²⁸:

O que qualifica a coisa julgada é o esgotamento de todos os meios regularmente admitidos em Direito para o seu questionamento, de modo a evitar que as discussões se eternizem, em favor da estabilidade das relações jurídicas e da certeza dos atos estatais.

A coisa julgada é constituidora do tempo do Direito. É ela que garante a pacificação do presente nos futuros vindouros. Ou seja: ela é que garante que decisão X será respeitada nos Sistemas de Direito Positivo seguintes, a não ser que haja vícios graves no interior daquela decisão (artigo 966 do CPC/15) e desde que no prazo decadencial de 2 (dois anos). Como bem pontua GUSTAVO SAMPAIO VALVERDE³²⁹:

A segurança se constrói no presente, com o auxílio da idéia abstrata do tempo. Nesse sentido, segurança no direito nada mais é que a garantia de que a comunicação jurídica não será modificada no tempo, isto é, em outros presentes que construirão novos futuros.

De ver está, conseqüentemente, a relação umbilical existente entre tempo, coisa julgada e segurança jurídica. Agora: qual a relação exata entre coisa julgada e segurança jurídica? É o que buscaremos responder no item seguinte.

³²⁷ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**, 2001, p. 32.

³²⁸ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 358.

³²⁹ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**, 2004, p. 203.

3.8 A COISA JULGADA E A SEGURANÇA JURÍDICA

O direito positivo, por ser autônomo e criador de suas próprias realidades (autopoiético), institui um momento para que seu percurso narrativo instaurado num processo tenha um fim, que é a coisa julgada. Após o esgotamento de todas as possibilidades disponíveis do direito para a composição da pendenga judicial, é preciso um fim. Ainda que tido por “injusto”, “irrazoável” ou mesmo “desproporcional”. Afinal, como doutrina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR³³⁰: “[...] a segurança depende de normas capazes de garantir o chamado câmbio das expectativas”.

Pautados por essa mesma premissa, EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI e PAULO CESAR CONRADO³³¹ lecionam:

A coisa julgada não serve para fazer justiça material, serve para outorgar segurança ao direito, segurança às partes da contenda, segurança a terceiros que encontram na coisa julgada um porto seguro para realização de outros negócios jurídicos. Faz, a seu modo, outra justiça: a formal, a única que importa ao direito.”

Firmamos mais esta premissa: a coisa julgada serve para pôr fim à positivação do direito e fazer justiça formal³³². Como ensina GUSTAVO SAMPAIO VALVERDE³³³:

[...] A justiça formal é o resultado da verdade formal prevalecente como decorrência do fechamento operativo do sistema jurídico. A formalização da justiça e da verdade decorrem da argumentação jurídica despendida no processo e dos instrumentos de legitimação [...], os quais permitem ao direito criar suas próprias verdades e, em consequência, sua própria ideia de justiça.

³³⁰ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Segurança Jurídica e Normas Gerais de Direito Tributário. **Revista de Direito Tributário**, ns. 17/18, p. 51.

³³¹ DE SANTI, Eurico Marcos Diniz e CONRADO, Paulo Cesar. Controle Direto de Constitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 86, p. 30.

³³² Barbosa Moreira tem interessante opinião sobre isso: “[...] o que ele (ordenamento) faz, para evitar eternização de incertezas, é preexcluir, de certo momento em diante, e com as ressalvas expressas a seu ver aceitáveis, que se volta a cogitar do dilema “justo ou injusto” no concernente ao teor da sentença. Se assim, num caso ou noutro, se leva à eternização de alguma injustiça, esse é o preço que o ordenamento entendeu razoável pagar como contrapartida da preservação de outros valores.” (MOREIRA, Barbosa. Considerações sobre a Chamada “Relativização da Coisa Julgada Material, In: _____. **Temas de Direito Processual (nona série)**, São Paulo: Saraiva, 2007).

³³³ VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa julgada em matéria tributária**, 2004, p. 124.

Para atender essa expectativa social de justiça, o direito positivo criou preceito legal que impôs fim às expectativas de uma determinada lide. Há expressa prescrição em nível constitucional da coisa julgada plasmada no inciso XXXVI do art. 5º, no sentido de que “[...] a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Observação fundamental feita por LEONARDO GRECO³³⁴ vale a pena ser aqui transcrita:

[...] parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

Por intermédio da coisa julgada, o dever-ser normativo ganha foros de imutabilidade, permitindo que as partes saibam suas obrigações na medida da decisão. Na lição de LUIZ GUILHERME MARINONI³³⁵:

Caso os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou se a solução do juiz pudesse ser negada, de nada adiantaria a jurisdição. De modo que a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível.

Permite-se, assim, a segurança das partes de que aquela situação passada em julgado será sempre respeitada a partir daquele instante nas vindouras interações humanas. Com a coisa julgada, o dever-ser reforça seu poder-ser, permitindo aos acobertados pela autoridade daquele instituto jurídico cumprir a ação prevista³³⁶ ou mesmo omiti-la (conforme ficou extraído da decisão transitada em julgado). PAULO DE BARROS CARVALHO³³⁷, lecionando sobre tema semelhante, assevera que:

Eis aqui o valor, expressão de um dos mais caros e proclamados bens da história do homem, fincado, irremediavelmente, na própria

³³⁴ GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. *In*: _____. **Problemas de Processo Judicial Tributário**. 5 vol. São Paulo: Dialética, 2002. p. 198.

³³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50.

³³⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. **Revista de Direito Tributário**, n. 102, p. 76.

³³⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. **Revista de Direito Tributário**, n. 102, p. 76.

raiz do direito e sem o qual a formulação normativa carecerá de sentido deontico. Inexistirá a liberdade de exercer a conduta ou de atuar sua omissão e a disciplina da regra jurídica trará consigo um “sem-sentido” prescritivo, não de ordem sintática, de caráter semântico. Tal valor é um “prius” da análise jurídico-normativa.

Demonstrando o liame entre coisa julgada, segurança jurídica e tempo, CHRISTINE MENDONÇA³³⁸ ensina:

A segurança jurídica é entendida aqui como formas prescritas pelo sistema do direito para evitar que o fator tempo cause uma instabilidade na produção de relações jurídicas. Nessa linha de pensamento, os enunciados que veiculam o princípio da irretroatividade, a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a decadência, a prescrição etc. perseguem o valor “segurança jurídica”.

Eis o Direito, por intermédio da coisa julgada, a criar suas próprias realidades intrassistêmicas e a garantir o cumprimento do que por ele é instituído.

³³⁸ MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional. *In: Segurança jurídica na tributação e estado de direito*, BARRETO, Aires Fernandino *et al.* São Paulo: Noeses. p. 48.

4. A (IN)TANGIBILIDADE DA COISA JULGADA PERANTE DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 APRESENTAÇÃO DA PROBLEMÁTICA: DELIMITAÇÃO DO OBJETO DE ESTUDO

Neste capítulo analisaremos a constitucionalidade do parágrafo 15 do artigo 525 do CPC/2015, ao tratar da possibilidade de decisão futura proveniente do controle de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal, ao permitir a abertura de ação rescisória para rediscutir a matéria sobre a qual recaiu a coisa julgada.

A questão é de todo fundamental, na medida em que se traz à tona a intangibilidade da coisa julgada em face de posterior declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O ponto central é saber, pois, se decisão de inconstitucionalidade prolatada pelo Supremo Tribunal Federal pode desconstituir a norma coisa-julgada-material anteriormente formada. Em outras palavras: poderia a decisão realizada pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado ou mesmo difuso retroagir para atingir a norma-coisa-julgada?

Há precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de permitir ação rescisória fundamentada em “violação literal de lei” (art. 485, V do CPC/73), mesmo após a formação da norma-coisa-julgada-material:

EMENTA: Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação

controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória³³⁹.

O Código de Processo Civil de 1973 previa, em seus enunciados prescritivos § 1º, artigo 475-L e parágrafo único do artigo 741, a possibilidade de, em oposição de execução de sentença, arguir-se a inexigibilidade do título em virtude de lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundados em aplicação ou interpretação da lei tidas pelo Supremo como incompatíveis com a Constituição. Nesse sentido, prescrevem os dispositivos legais correspondentes:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

(...)

II – inexigibilidade do título;

(...)

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

(...)

II - inexigibilidade do título;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal.

Não havia, à luz daquele diploma legal, limite temporal para arguição da inexigibilidade do título judicial fundado em lei declarada inconstitucional pelo Supremo. Bastava haver manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade ou aplicação tida por incompatível com a Constituição Federal para que se pudesse questionar a exigibilidade do título judicial.

³³⁹ RE 328812 ED, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/03/2008, DJe-078 DIVULG 30-04-2008 PUBLIC 02-05-2008 EMENT VOL-02317-04 PP-00748 RTJ VOL-00204-03 PP-01294 LEXSTF v. 30, n. 356, 2008, p. 255-284.

O Código de Processo Civil de 2015 mantém semelhante mandamento no § 12 do artigo 525 e prescreve, no § 14 do mesmo dispositivo, que a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser *anterior* ao trânsito em julgado da decisão exequenda. Nesse sentido os enunciados prescritivos correspondentes enunciam:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no [art. 523](#) sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

(...)

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a [Constituição Federal](#), em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

(...)

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

Nossa problemática, porém, encontra-se no § 15 do artigo 525, segundo o qual será franqueado prazo de dois anos para ajuizar ação rescisória a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal:

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Vê-se, desde logo, que há a fixação de critérios temporais distintos: enquanto o § 14 prescreve que a decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, o § 15 trouxe novel – e inconstitucional – previsão de abertura de prazo para ação rescisória, prazo esse que será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Imaginemos uma decisão prolatada, cujo trânsito em julgado se deu no dia 02/02/2016. Em execução de sentença, no dia 10/02/2017, houve decisão proferida

pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de inconstitucionalidade da lei sobre a qual transitou em julgado a decisão que estava sendo executada. De acordo com o § 15 do artigo 525, poderá o executado ajuizar ação rescisória no sentido de afastar a aplicação da norma que já era considerada indiscutível e imutável.

Diante do cenário proposto, a problemática central desta pesquisa é saber se tal dispositivo legal é compatível com a Constituição Federal e com todo o ordenamento jurídico. Em outro dizer: é possível, nos termos da Constituição Federal, a coisa julgada material ser desconstituída a qualquer tempo por decisão posterior prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle difuso, seja em controle concentrado de constitucionalidade?

Algumas considerações prévias, porém, devem ser feitas antes mesmo de enfrentarmos a problemática apresentada.

4.2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Neste item faremos algumas considerações sobre o controle de constitucionalidade das normas jurídicas, tanto no que se refere aos seus sistemas (se difuso ou concentrado), quanto no que se respeita aos seus efeitos. Objetivaremos com isso estipular premissas necessárias à análise do § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil.

4.2.1 Controle de constitucionalidade das normas jurídicas

Aqui visamos a apresentar as formas com que o controle de constitucionalidade das normas jurídicas se dão no ordenamento jurídico brasileiro (tanto no controle difuso quanto no controle concentrado de constitucionalidade).

PAULO DE BARROS CARVALHO³⁴⁰ explica que nossa Constituição da República prescreve duas situações de as regras jurídicas violarem seus enunciados: (i) inconstitucionalidade por ação e (ii) inconstitucionalidade por omissão. A primeira existe quando há produção de atos legislativos ou administrativos em divergência com as prescrições constitucionais. A segunda ocorre quando o legislador não emite ato de fala exigido pela Constituição da República.

Nosso foco, por uma questão de corte metodológico, se dará apenas na primeira daquelas situações listadas pelo professor PAULO DE BARROS CARVALHO, qual seja, a inconstitucionalidade por ação. E mais: debruçar-nos-emos sobre as duas formas de controle desse tipo de inconstitucionalidade, a saber: (a) controle abstrato³⁴¹ e (b) controle concreto de constitucionalidade³⁴².

O controle abstrato, também denominado de controle concentrado, tem o questionamento da constitucionalidade da norma jurídica como objeto da ação; tem ele a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma como pedido principal. São exemplos de ações pelo controle abstrato a ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade), ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) e a ADPF (Arguição de Descumprimento de Dever Fundamental). Já o controle concreto, ou também chamado controle difuso de constitucionalidade, é exercido em meio a uma demanda na qual se argui a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica de forma incidental. Todos os órgãos do Poder Judiciário têm o dever de julgar a constitucionalidade da norma ao caso concreto³⁴³.

Pelo prisma do controle abstrato de constitucionalidade, a norma será expulsa do sistema em que fora constituída inconstitucional, porém permanecerá válida nos

³⁴⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. Controle de constitucionalidade: eficácia do crédito-prêmio do IPI em face da resolução do senado n. 71/2005. In: _____. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. Vol. I. São Paulo: Noeses, 2011. p. 124.

³⁴¹ Por todos consultar a obra de CLÈVE. Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

³⁴² Sobre os instrumentos de controle de constitucionalidade no Brasil, ver: PONTES, HELENILSON CUNHA. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, pp. 29-30. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. Saraiva: São Paulo. 2009, pp. 408-415.

³⁴³ Ver STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. pp. 572-582.

Sistemas de Direito Positivo anteriores como bem explicaram CARLOS ALCHOURRÓN e EUGÊNIO BULYGIN³⁴⁴:

Todo lo que hay, son una serie de diferentes conjuntos de proposiciones y una proposición p dada puede pertenecer a algunos de tales conjuntos y no a otros. Si p pertenece a un cierto conjunto, nunca deja de pertenecer a el, pero puede ocurrir que no pertenezca al conjunto siguiente. Lo que hacemos es tomar en momentos diferentes conjuntos diferentes como puntos de referencia para nuestras aserciones de que ciertas proposiciones (o estado de cosas) son obligatorias, prohibidas o permitidas: esto produce la ilusión de cambio temporal. Pero en realidad las proposiciones normativas son atemporales, pues se refieren siempre a un sistema determinado. Por lo tanto, la proposición “p es obligatorio em A1” es verdadera o falsa, pero si es verdadera, lo será siempre, aun después de la derogación de p.

Por outras palavras: toda modificação da base axiomática do sistema leva a outro sistema distinto do anterior³⁴⁵, assim como as normas produzidas sob os Sistemas do Direito Positivo anteriores jamais deixarão de a eles pertencer.

Já no caso do controle concreto, teremos a não aplicação da norma tida como inconstitucional para as partes envolvidas na ação, mas não teremos sua expulsão do sistema jurídico. A não ser que o Senado, por meio de “Resolução” e, após a declaração de inconstitucionalidade difusa pelo Supremo Tribunal Federal, suspenda a eficácia técnica da norma até que o órgão competente que a promulgou a expulse do sistema em que fora criada. É essa a hipótese do artigo 52, X³⁴⁶ da Constituição da República Federativa do Brasil. Assim, a norma permanecerá válida no sistema, porém sem eficácia técnica neste caso.

Oportunas as lições de PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA³⁴⁷:

³⁴⁴ ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. La concepcion expresiva de las normas. *In: Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 134.

³⁴⁵ Mendonca, Daniel. **Exploraciones normativas**: hacia una teoria general de las normas. Fontamara: México, 2001. p. 50.

³⁴⁶ 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;

³⁴⁷ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 50.

Na perspectiva analítica, a decisão de inconstitucionalidade veicula uma norma invalidante, sancionatória, em cuja hipótese se identifica o descumprimento da Constituição e no mandamento a certificação da invalidade da norma inconstitucional, seguida ou não – dependendo do modelo de fiscalização (difuso ou concentrado) – da expulsão da norma do ordenamento. Dado o fato da existência de uma inconstitucionalidade, então deve ser a certificação de invalidade da norma inconstitucional e sua desaplicação ao caso concreto (controle difuso) ou a sua expulsão do ordenamento (controle abstrato).

Observamos que são dois tipos de controle de constitucionalidade com suas peculiaridades; não há entre eles hierarquia prevista constitucionalmente. Tanto o controle difuso quanto o controle concentrado possuem o mesmo *status* constitucional. Daí aduzir LUIZ GUILHERME MARINONI³⁴⁸: “A decisão em controle difuso de constitucionalidade é tão legítima quanto aquela do Supremo Tribunal Federal. Ambas provêm do Poder Judiciário e são legitimadas pela Constituição.”

Com isso mais uma premissa é estipulada: tanto o controle constitucional difuso quanto o controle constitucional concentrado têm patamar constitucional e, por isso, têm a mesma hierarquia constitucional. Um não se sobressai ao outro. Convivem juntos harmonicamente de forma mista no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.2 O controle difuso de constitucionalidade no ato decisório judicial

No sistema difuso de constitucionalidade, cabe a cada juiz o poder dever de analisar o caso concreto à luz da constitucionalidade das normas, de forma tal que, uma vez julgada determinada questão, se esteja analisando também se ela é ou não constitucional. Não por outro motivo leciona GILMAR FERREIRA MENDES³⁴⁹:

O controle de constitucionalidade concreto ou incidental, tal como desenvolvido no direito brasileiro, é exercido por qualquer órgão judicial, no curso de processo de sua competência. A decisão, “que não é feita sobre o objeto principal da lide, mas sim sobre questão prévia, indispensável ao julgamento do mérito”, tem o condão,

³⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

³⁴⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4 ed, rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 725.

apenas, de afastar a incidência da norma viciada. Daí recorrer-se à suspensão de execução pelo Senado de leis ou decretos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (CF 1967/69, art. 42, VII).

Queremos com isso dizer: mesmo que o juiz não se manifeste na decisão sobre a constitucionalidade de determinado dispositivo normativo, o fato de proferi-la significa que ele entendeu constitucional aquele determinado enunciado prescritivo que embasou a decisão. Assim, compete a cada juiz verificar se a lei soerguida pelo autor ou pelo réu é constitucional ou não, e é sua incumbência fazer tal verificação de forma incidental ao caso decidido. Daí afirmar LUÍS ROBERTO BARROSO³⁵⁰:

Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhes são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição.

No mesmo sentido, LUIZ GUILHERME MARINONI³⁵¹:

[...] o juiz e os tribunais brasileiros têm o poder de interpretar a questão constitucional, fazendo surgir uma norma jurídica para o caso concreto (decisão) completamente autônoma em relação à norma abstrata

Não é uma faculdade do juiz assim proceder. Não. É um dever atribuído a todo juiz realizar o controle de constitucionalidade de forma incidental. Tem ele o dever de negar aplicação a uma lei tida por inconstitucional³⁵². Dessa forma, toda vez que um juiz produz uma norma jurídica individual e concreta, realiza controle de constitucionalidade, mesmo que não se pronuncie explicitamente sobre a constitucionalidade de forma incidental. É que, ao aplicar a lei e não se pronunciar sobre a sua constitucionalidade, estará ele reputando a norma como se constitucional fosse.

³⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. 3 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 118.

³⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 18.

Bom lembrarmos, nos termos da lição de REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI³⁵³ que:

O objeto da ação não é a constitucionalidade em si, mas uma relação jurídica que, envolvendo a aplicação de uma lei, cuja validade frente à constituição é contestada, faz surgir a necessidade de apreciação da mesma, para enfim resolver a questão proposta. Assim, a alegação de inconstitucionalidade aparece incidentalmente em um processo judicial e é discutida na medida em que seja relevante para a solução do caso.

Qualquer juízo, no controle difuso de constitucionalidade, pode manifestar-se acerca da constitucionalidade de determinada norma discutida, e tal julgamento cingir-se-á apenas às partes do processo. Dessa forma, no momento em que o juiz reconhecer a inconstitucionalidade da norma ao caso concreto, não haverá afetação da sua validade, ou seja, ela não será expulsa do sistema, apenas deixará de ser aplicada para as partes envolvidas na ação. Como ensina PAULO DE BARROS CARVALHO³⁵⁴: “Por operar efeitos *inter partes*, a declaração não prejudica a validade ou a vigência da norma jurídica, que poderá ser aplicada em outras situações.”

Por este mesmo caminho percorre REGINA MARIA MACEDO NERY FERRARI³⁵⁵:

Cabendo ao juiz deixar de aplicar a lei considerada inconstitucional, a eficácia de tal procedimento restringe-se *inter partes*, sendo limitada ao caso em questão. A norma, assim, não é anulada, continua para os demais casos válida e, portanto, obrigatória, e com toda sua capacidade de produzir efeitos no mundo jurídico.

Tem-se, no controle difuso de constitucionalidade, ato de fala deôntico que instaura uma realidade por meio do qual o juiz exerce seu dever de controlar a constitucionalidade da lei. A decisão resultante do exercício daquele dever somente poderá ser desconstituída (após a incidência da coisa julgada, evidentemente) por

³⁵³ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 138.

³⁵⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Controle de constitucionalidade: eficácia do crédito-prêmio do IPI em face da resolução do senado n. 71/2005. In: _____. **Derivação e Positivção no Direito Tributário**. Vol. I. São Paulo: Noeses, 2011, p. 128.

³⁵⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 141.

meio de ação rescisória no prazo de dois anos em relação a vícios relativos *àquele* julgamento.

E mais: conforme será demonstrado nos próximos itens, com base nas premissas neste trabalho sedimentadas, não poderá decisão posterior do Supremo Tribunal Federal retroagir e atingir a coisa julgada material formada no processo onde houve a realização do controle de constitucionalidade difuso aqui mencionado.

4.2.3 Da validade da norma jurídica julgada inconstitucional e os efeitos *ex tunc* ou *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade

No presente item, focaremos no ato de expulsão do sistema do direito positivo da norma jurídica julgada inconstitucional por meio de uma decisão proferida em controle abstrato, em sede de ADIN ou em controle concreto, quando houver Resolução do Senado, nos moldes do inciso X do artigo 52 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Se trouxermos esse ato de expulsão para a Teoria do Direito, poderíamos assim relatar: X é norma válida no SDP1 e, em razão do ato de fala deôntico Y (decisão de inconstitucionalidade em controle abstrato ou resolução do Senado em controle difuso), não mais pertence ao subsequente Sistema de Direito Positivo 2 (SDP 2). Ou seja: norma jurídica válida, uma vez pertencente ao sistema (SDP1), poderá ser expulsa por meio de outra norma jurídica e em outro sistema subsequente (SDP 2). Não por outro motivo leciona HANS KELSEN³⁵⁶:

Portanto, a decisão não é “declaratória”, ou seja, ela não é, de maneira como se apresenta, uma declaração de nulidade; ela é uma anulação verdadeira, uma anulação com força retroativa. Deve existir algo juridicamente existente ao qual essa decisão se refere. Daí o fenômeno em questão não poder ser algo nulo *ab initio*, ou seja

³⁵⁶ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 232. Também em KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 143: “Do ponto de vista do direito positivo, isto é, da autoridade que decide sobre o ato supostamente nulo, nunca há nada mais que a anulabilidade, nem que apenas no sentido de que é possível apresentar a nulidade como um caso-limite de anulabilidade - uma anulação com efeito retroativo.

juridicamente nada. [...] O caso de nulidade absoluta está fora do Direito.

Nessa exata óptica está a lição de TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM³⁵⁷:

[...] o acórdão que “declara” a inconstitucionalidade em ação direta (somente ela será considerada aqui) não é mera declaração. Mais uma vez, está-se diante de ato de fala deôntico (veredictivo e exercitivo) que estabelece um novo estado legal de coisas. O acórdão em ação direta constitui a inconstitucionalidade, não a declara simplesmente.

Recordemos que norma jurídica válida significa norma que pertence a determinado sistema do direito positivo. Recordemos também que uma norma pode pertencer a um sistema direito positivo (por exemplo ao SDP 1) e deixar de pertencer em outro sistema (SDP 2, por exemplo); porém, uma vez possuindo relação de pertinência a determinado sistema, ela jamais deixará de a ele pertencer, conforme as já mencionadas lições de CARLOS ALCHOURRÓN e EUGÊNIO BULIGYN.

As normas jurídicas válidas sempre têm validade em relação a determinado sistema jurídico. Significa isso dizer que uma norma só tem sua validade cassada por outra norma e, toda vez que se realiza tal cassação, novo Sistema de Direito Positivo é criado. Como muito bem consignou PAULO DE BARROS CARVALHO³⁵⁸, “[...] continua pertinente a afirmação segundo a qual u’a norma só tem sua validade cortada mediante outra norma que o determine. Confirmação eloquente desse asserto está na disposição do art. 52, X, do Texto Constitucional vigente”.

A essa altura, é necessário nos atermos a um ponto importante: a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica não retroage de forma automática e infalível (efeito *ex tunc*)³⁵⁹. Caso se queira atingir atos realizados

³⁵⁷ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**, 2005, p. 239.

³⁵⁸ CARVALHO, Paulo de Barros. Controle de constitucionalidade: eficácia do crédito-prêmio do IPI em face da resolução do senado n. 71/2005. In: _____. **Derivação e Positivização no Direito Tributário**. Vol. I. São Paulo, Noeses, 2011. p. 123.

³⁵⁹ Também no mesmo sentido: DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2014, 55: “Problema debatido é o dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, cujo deslinde depende da solução da grave controvérsia sobre a *natureza do ato inconstitucional* : se é inexistente, nulo ou anulável. Buzaid acha que toda lei, adversa à Constituição, é *absolutamente nula*, não *simplesmente anulável*. Ruy Barbosa, calcado na doutrina e jurisprudência norte-americanas, também dissera que toda medida, legislative ou executive, que despreze preceitos constitucionais é, de sua essência, nula. Francisco Campos sustenta que um

sob a vigência da norma tida como inconstitucional (SDP1), será necessária a produção de um novo ato de fala deôntico. Nessa linha, explica TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM³⁶⁰:

Os efeitos da aplicação da lei A podem ser anulados, observados os prazos estabelecidos pelo próprio sistema normativo para tal.

Isso não significa que a ação direta de inconstitucionalidade tenha aptidão de retirar a validade e a vigência da norma objeto de impugnação *ab initio*. Os efeitos não são *ex tunc*.

O caráter constitutivo do acórdão prolatado em ação direta de inconstitucionalidade é tão evidente que todas as normas individuais e concretas expedidas com fundamento de validade na norma declarada inconstitucional permanecem válidas no sistema normativo até que sejam expulsas por ato de fala competente.

Não por outro motivo, doutrina GILMAR FERREIRA MENDES³⁶¹:

Acentua-se, desde logo, que no direito brasileiro, jamais se aceitou a ideia de que a nulidade da lei importaria na eventual nulidade de todos os atos que com base nela viessem a ser praticados. [...] não se deve supor que a declaração de inconstitucionalidade afete todos os atos praticados com fundamento na lei inconstitucional.

[...]

De qualquer sorte, os atos praticados com base na lei inconstitucional que não mais se afigurem suscetíveis de revisão não são afetados pela declaração de inconstitucionalidade.

Por isso é que normas individuais e concretas produzidas com fundamento de validade na norma revogada ou tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não saem automaticamente do Ordenamento Jurídico. É sempre preciso novo ato de fala deôntico para expulsar a norma individual e concreta outrora

ato ou uma lei inconstitucional é inexistente. A nós nos parece que essa doutrina privatística da invalidade dos atos jurídicos não pode ser transposta para o campo da inconstitucionalidade, pelo menos no sistema brasileiro, onde, como nota Themístocles Brandão Cavalcanti, a declaração de inconstitucionalidade em nenhum momento tem efeitos tão radicais, e, em realidade, não importa por si só na ineficácia da lei.” Em sentido oposto, ou seja, no sentido de serem *ex tunc* os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, por todos, ver obra de CLEVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 167. “Porque o ato inconstitucional, no Brasil, é nulo (e não simplesmente anulável), a decisão judicial que assim o declara produz efeitos repristinatórios. É que, sendo nulo, do ato inconstitucional não decorre eficácia derogatória das leis anteriores.”

³⁶⁰ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. 2005, p. 240.

³⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. pp. 376-377.

construída. Interessante observação feita por LUÍS ROBERTO BARROSO³⁶² corrobora com o que se está aqui a dizer:

Por evidente, o reconhecimento da inconstitucionalidade – seja em controle abstrato, seja pela extensão dos efeitos da decisão em concreto – não afeta, direta e automaticamente, todas as situações preexistentes. Em nome da segurança jurídica, da justiça ou de outros valores constitucionais, haverá hipóteses protegidas pela coisa julgada, pela boa-fé, pela prescrição ou decadência ou outros bens e interesses que imponham ponderação, como já admitidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo antes das inovações legislativas que permitiram a declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade.

Ilustra essa questão o fato de tributos pagos, enquanto determinada norma era válida, não serem automaticamente devolvidos pela Receita Federal. Não. Será necessária norma individual e concreta posterior (ato de fala deôntico) que desconstitua o pagamento realizado com fundamento de validade em norma tida por inconstitucional. Tratando deste assunto TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM³⁶³ aduz: “Certamente, continuarão válidas no sistema normativo normas individuais e concretas editadas com lastro na norma “declarada” inconstitucional”.

Entrementes, o argumento de que continuarão válidas no sistema essas normas individuais e concretas é reforçado, segundo o autor supracitado³⁶⁴, nas hipóteses em que o desfazimento dos efeitos da aplicação não retroceder até o momento em que passou a ter vigência a norma. Isso demonstra que não há efeito *ex tunc*, na medida em que o desfazimento não vai, necessariamente, até à data de entrada em vigência da norma no ordenamento jurídico.

Um exemplo fornecido por esse autor³⁶⁵ deixa claro o que se está a afirmar aqui. Levando o direito tributário em consideração, o citado autor interroga: se uma possível lei A, promulgada e criada em 31 de outubro de 1992, tem sua inconstitucionalidade “declarada” em setembro de 2004, até quando podem ser

³⁶² BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 6 ed. rev. e atual. 3 tiragem. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 158.

³⁶³ MOUSSALLEM, Tárék Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**, 2005, p. 241.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 240.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 241.

desconstituídos os efeitos dessa lei? A resposta é de cinco anos. O período anterior até a entrada em vigência da mencionada lei foi tragado pelo tempo.

Outro entrave, de caráter eminentemente constitucional, a impedir a retroação da decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a inconstitucionalidade em controle abstrato ou em controle difuso, quando há resolução por parte do Senado Federal, é a existência da coisa julgada formada no processo em que houve o controle difuso de constitucionalidade. Neste exato sentido, atente-se na lição de LÊNIO LUIZ STRECK³⁶⁶: “Nossa CF vigente [...] em seu art. 5º elenca a coisa julgada como garantia individual do cidadão – com maior razão, portanto, não pode ser desconstituída pela decisão de inconstitucionalidade.”

Afora isso, é importante frisar que, até o momento em que sua constitucionalidade é “declarada”, a norma permaneceu válida no ordenamento jurídico, de modo que não se pode cogitar na hipótese de norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (seja por intermédio de controle difuso, seja abstrato) vir a desconstituir decisão sobre a qual houve competente juízo de controle difuso de constitucionalidade.

4.3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO 15 DO ARTIGO 525 DO CPC: DA IMPERTINÊNCIA DESSE DISPOSITIVO COM O SISTEMA DO DIREITO POSITIVO E COM O ORDENAMENTO JURÍDICO

4.3.1 O parágrafo 15 do artigo 525 do CPC e o desrespeito ao rito do controle de constitucionalidade

Conforme consignamos no item 4.2, há duas formas de controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro: o controle de constitucionalidade difuso e o

³⁶⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. P. 564.

controle de constitucionalidade abstrato. Aquele realizado por qualquer juiz ou Tribunal; este realizado apenas pelo Supremo Tribunal Federal.

Vê-se que não apenas o Supremo Tribunal Federal realiza o controle de constitucionalidade. É também dever do juiz ou os Tribunais recusar aplicação à lei em desconformidade com a CF/88³⁶⁷.

Voltemo-nos, com base nessas premissas, mais uma vez aos parágrafos 12 e 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no [art. 523](#) sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

[...]

§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a [Constituição Federal](#), em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

[...]

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Nestes dispositivos vemos o seguinte: já há uma decisão proferida por juízo dotado do poder-dever de realizar o controle de constitucionalidade difuso; e mais: já há, além de uma decisão prévia de controle de constitucionalidade de forma difusa, também a incidência da coisa julgada material sobre a decisão exequenda.

³⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 18.

Em outro dizer: existe previamente decisão transitada em julgado sobre a qual se debruçou determinado juiz ou tribunal acerca da sua constitucionalidade ou não com determinado sistema de direito positivo.

Ora, se assim é, não é possível a uma decisão posterior, seja ela realizada em controle difuso, seja em controle concentrado de constitucionalidade, ao trânsito em julgado da decisão exequenda desconsiderar juízo legítimo difuso de constitucionalidade outrora realizado. Nesse sentido, ensina LUIZ GUILHERME MARINONI³⁶⁸ ao se debruçar sobre a redação do § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil:

No sistema em que todo e qualquer juiz tem dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei, nulificar a sentença transitada em julgado que se fundou em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal significa retirar do juiz o próprio poder de realizar o controle difuso de constitucionalidade. Significa que a tese da retroatividade da decisão de constitucionalidade sobre a coisa julgada é completamente incompatível com o sistema difuso de controle de constitucionalidade.

Antes mesmo dessa modificação legislativa, já doutrinava BRUNO NOURA DE MORAES RÊGO³⁶⁹:

O efeito vinculante tem efeitos prospectivos, isto é, a partir da decisão do STF estão os juízes vinculados a ela. Admitir a rescisória consiste em vincular *a priori* uma interpretação constitucional aos demais juízes. Assim, toda sentença proferida no controle difuso ficaria sujeita à condição de somente ser válida se conforme ao pronunciamento posterior do STF; caso contrário, sujeitar-se-ia à rescisão.

Admitir que decisão posterior do Supremo Tribunal Federal exerça efeitos sobre decisão tomada anteriormente em controle difuso inviabilizará a convivência entre o controle difuso e o concentrado como viu MISABEL ABREU MACHADO DERZI³⁷⁰:

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 20.

³⁶⁹ RÊGO. Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2001. p. 352.

Pretender transformar, posteriormente, a ação rescisória em instrumento de uniformização jurisprudencial é ofensivo à Constituição Federal não apenas porque destrói a garantia da coisa julgada – e os princípios que ela concretiza -, mas também porque se anulam as características peculiares de nosso sistema de controle misto. Dessa forma, indiretamente, se torna inútil a competência outorgada a cada magistrado e a cada tribunal para, *incidenter tantum*, reconhecerem a inconstitucionalidade dessa ou daquela lei. Ou seja, se inviabiliza, na prática, a convivência do controle difuso com o concentrado, plexo que singulariza nosso sistema.

Com efeito, se por intermédio do controle difuso o juiz cria (enuncia) norma jurídica individual e concreta, exercendo seu legítimo juízo acerca da constitucionalidade de determinado enunciado prescritivo, tal ato, após a incidência da norma coisa julgada, não pode ficar à mercê de futura e incerta decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em *outro processo*, sob pena de desconsideração total do juízo realizado em controle difuso pelo juiz. Oportunas as lições de HELENILSON CUNHA PONTES³⁷¹:

Não há o fenômeno da “coisa julgada inconstitucional” quando o juiz no livre exercício do ofício jurisdicional, ao decidir regularmente a lide, confere determinada interpretação a uma questão constitucional e em momento posterior o Supremo Tribunal Federal vem manifestar diferente entendimento para a mesma questão.

Por sua vez MISABEL ABREU MACHADO DERZI³⁷² destaca, em outra passagem, a convivência constitucional das duas formas de controle de constitucionalidade:

Podemos concluir que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade das leis é *peculiar, misto, próprio*, em que a eventual contradição entre decisões jurisprudenciais é aceita, pressuposta e absorvida pela Constituição. O cerne em que se assenta é a *coisa julgada*, garante da certeza, da estabilidade e da previsibilidade das relações jurídicas, princípios tão caros ao Direito Tributário.

Por tudo isso, está demonstrado o primeiro aspecto que evidencia a inconstitucionalidade do § 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil, uma vez

³⁷⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do direito no direito tributário. *In*: MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 204.

³⁷¹ PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 150.

³⁷² DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do direito no direito tributário. *In*: MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**, 1997, p. 204.

que o juízo exercido de forma incidental não pode ser desconsiderado *posteriormente* em virtude de uma nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal em *outro* processo.

4.3.2 O parágrafo 15 do artigo 525 do CPC, as hipóteses de ação rescisória e a segurança jurídica

A coisa julgada, como visto no item 3.8 deste trabalho, tem o escopo de pôr fim ao debate jurídico e, com isso, garantir, por meio da estabilidade das relações criadas pelo direito, a segurança jurídica. Para isso existe não apenas a coisa julgada, mas também o ato jurídico perfeito, a decadência, a prescrição, entre outros expedientes jurídicos que visam a delongar as relações. Como leciona ANDRÉ RAMOS TAVARES³⁷³: “A coisa julgada é o corolário do princípio da segurança jurídica e estabilidade das relações sociais transportado para o campo judicial”.

Tem a coisa julgada *status* constitucional; prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, a coisa julgada tem força constitucional e, exatamente por causa disso, a lei infraconstitucional que dela tratar deve sempre analisá-la (criá-la) respeitando-se o princípio maior que ela salvaguarda, qual seja, a segurança jurídica das relações. É nesse sentido que instrui MISABEL ABREU MACHADO DERZI³⁷⁴:

Ora, ao assegurar a Constituição brasileira que a lei não retroagirá, respeitando-se o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito, a expressão lei, utilizada no artigo 5º, XXXVI, tem alcance muito mais amplo para significar a inteligência da lei em determinado momento, ou seja, certa leitura da lei, abrangendo, assim, os atos que a ela se conformam, emanados do Poder Judiciário e do Executivo.

³⁷³ TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 655.

³⁷⁴ DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do direito no direito tributário. *In*: MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**, 1997, p. 183.

É a coisa julgada, portanto, um direito fundamental que visa a garantir o sobreprincípio da segurança jurídica. Segundo a doutrina de LEONARDO GRECO³⁷⁵:

[...] parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento indispensável à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

A coisa julgada, todavia, como todo direito fundamental constitucional, não é absoluta. Há previsão, em legislação infraconstitucional, de hipótese excepcional para desconstituir-se a coisa julgada: a ação rescisória prevista no artigo 966 do Código de Processo Civil.

A previsão de que a coisa julgada pode ser desconstituída, por meio de ação rescisória prevista no artigo 966 do Código de Processo Civil, não significa que a coisa julgada não esteja protegida pela Constituição. Isso porque, conforme leciona LUIZ GUILHERME MARINONI³⁷⁶, [...] nenhuma destas hipóteses permite a revisão da decisão ou uma nova análise da interpretação judicial, mas sim e apenas a desconstituição da coisa julgada em razão de situações excepcionais.”

As restritas hipóteses de rescisória, previstas no artigo 966 do Código de Processo Civil, são as seguintes:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

³⁷⁵ 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**. Vol. 5, p. 199.

³⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4 ed, rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58.

- IV - ofender a coisa julgada;
- V - violar manifestamente norma jurídica;
- VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
- VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
- VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Todas essas hipóteses de rescisória referem-se, todas elas, a fatos relacionados e formados em sistema de direito positivo *anterior*, no qual se formou a coisa julgada. São hipóteses excepcionalíssimas que sempre se referem a um determinado sistema de direito positivo *pretérito*.

Em outras palavras: há vício na coisa julgada formada em sistema SDP1; referem-se sempre a eles tais vícios e neles estão contidos. Note-se que não se trata de uma *nova interpretação* que enseja a ação rescisória. Não. Trata-se de vícios graves, contidos na própria decisão, sobre a qual incidiu a coisa julgada, capazes de permitirem a rescisória.

Interpretação *nova*, exarada no SDP2, não pode pretender retroagir e atingir coisa julgada formada em SDP1, sob o flagrante risco de violação do princípio da segurança jurídica.

Sim, porque entender-se cabível a rescisória em caso de *nova interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal* significa pôr a coisa julgada formada em SDP1 sob condição resolutória sem fim. A coisa julgada, no caso em questão, será sempre condicionada ao novo entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Deixando bem claro: a norma produto de uma ação rescisória julgada procedente sempre se referirá a fato passado e certo, fato esse que se pautará pela data no fato evento ocorrido em SDP1. Com isso percebemos que a segurança jurídica, nesse caso, não foi abalada. Muito ao contrário. Ela foi mantida e reiterada pela aplicação de um outro princípio, qual seja, a certeza do direito.

Caso assim não fosse, seriam permitidas situações como a seguinte. Imagine-se, por exemplo, coisa julgada formada em 2010, e que em 2020 o Supremo Tribunal

Federal entende (em controle difuso ou abstrato de constitucionalidade) ser inconstitucional a lei sobre a qual aquela decisão exequenda se baseou. Abrir-se-ia, a partir de 2020, prazo de dois anos para ajuizamento da ação rescisória a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos do parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil. Diante dessa hipótese, clara fica a flagrante inconstitucionalidade do citado dispositivo, em virtude de violar a segurança jurídica das relações.

Portanto, a segurança jurídica é salvaguardada quando a ação rescisória visar a corrigir vícios *anteriores e contidos na própria decisão* prolatada em SDP1. Nova interpretação veiculada em SDP2 não poderá modificar o que fora decidido em SDP1, sob pena de violação clara e inquestionável à segurança jurídica.

4.3.3 O parágrafo 15 do artigo 525 do CPC, a coisa julgada e o tempo do direito

Há incontestável ligação entre a coisa julgada, a segurança jurídica e o tempo. Nas lições de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR³⁷⁷:

Segurança tem que ver com a consistência da duração, isto é, com o evitar que um evento passado (o estabelecimento de uma norma e o advento de uma situação normada), de repente, torne-se algo insignificante, e o seu futuro, algo incerto, o que faria do tempo do direito mero tempo cronológico, uma coleção de surpresas desestabilizadoras da vida.

O tempo do direito, para que traga segurança jurídica às relações, precisa ter constância de duração; é preciso que a situação normatizada seja respeitada em qualquer tempo e em qualquer situação, salvo o excepcionalíssimo caso de ação rescisória por vícios graves existentes no *interior* da decisão. E isso, claro, dentro do prazo de dois anos a partir do trânsito em julgado da decisão, sob pena de não mais ser possível arguir-se o vício.

³⁷⁷ FERRAZ JUNIOR. Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. Noeses, São Paulo: 2014. p. 12.

É exatamente, para que o tempo não se esvaia em mero tempo cronológico, que existe a coisa julgada. Ela põe fim à discussão travada em determinado processo e impõe a umas das partes o direito reconhecido. Essa a dinâmica do direito. Por artifício legal (coisa julgada) a positivação do direito chega a um fim reconhecendo vencedor e vencido.

Caso haja um juízo diverso do Supremo Tribunal Federal sobre determinada norma jurídica sobre a qual já incidiu a coisa julgada, tal entendimento deverá ter caráter *ex nunc* e não poderá, sob pena de constituir flagrante inconstitucionalidade, retroagir para atingir decisão outrora prolatada e sobre a qual recaiu a coisa julgada. E ainda que o efeito atribuído fosse o *ex tunc*, também não poderia afetar a coisa julgada, sob pena de violação ao princípio da segurança jurídica.

Ademais, a interpretação construída no SDP1 observou todo o regime jurídico vigente naquele tempo. Não se tratava à época de uma interpretação inconstitucional. Não. Foi na interpretação exercida por juízo competente com base nas palavras da lei existentes no tempo que a decisão foi proferida. O tempo do direito perpassa todo o direito, incluindo, por óbvio, as palavras da lei. Nesse sentido é a lição de EURICO MARCOS DINIZ DE SANTI³⁷⁸:

[...] a legalidade não pode impor-se como um ideal sem limites. Não se pode desvelar o verdadeiro sentido da lei, porque ainda que seja lei, a lei é a antes palavra, que para fazer sentido tem de passar pelo presente do tempo. A legalidade só “é” em função do tempo: um tempo significa uma legalidade; outro tempo pode significar outra legalidade.

Assim, na medida em que o parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil desfaz o tempo jurídico, quando condiciona a um evento futuro e incerto (declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal) a coisa julgada, bem como desconsidera a interpretação construída em SDP1 em observância ao princípio da legalidade, é possível concluirmos pela inconstitucionalidade desse dispositivo.

³⁷⁸ DE SANTI. Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 25.

CONCLUSÃO

1 - O objeto cultural tem um quê de perene e exerce influência sobre aqueles que com ele tomam contato.

2 – Retroalimentam-se socialmente homem e cultura assimetricamente, porque a cultura impõe comportamento e realidade ao participante social, e este, por sua vez, endereça a ela novas formas de realidades, num constante influxo alimentado pela linguagem.

3 - Não há cultura sem linguagem, e não há linguagem sem cultura. O existir sentido liga a cultura à linguagem de forma umbilical. Uma depende da outra para existir, de modo que a cultura somente se dá por intermédio da linguagem; sem essa aquela não subsiste.

4 – A cultura direciona a forma de ver o mundo por meio da linguagem, permitindo ao ser humano transformar circunstâncias em mundo.

5 – O objeto cultural tem vida enquanto há linguagem.

6 - A linguagem possibilita ao homem construir sua realidade à medida que aos objetos atribui signos (símbolos) nomeando-os. Existe relação simbiótica entre linguagem e cultura a ensejar visão de mundo ao homem.

7 - Cria-se a realidade por meio da linguagem somente para o homem e por este. Não significa com isso dizer que a linguagem cria os objetos materiais brutos do mundo. Os objetos materiais brutos independem da linguagem para existirem, porém, somente por meio da linguagem, eles passam a existir para o homem.

8 - Os fatos brutos, embora independam da linguagem para existirem fisicamente, dependem dela para serem elevados ao discurso, de modo que a linguagem perpassará todo esse procedimento de conhecimento, tornando-se, inclusive condição necessária e suficiente para o conhecimento.

9 - Como ser cultural, o homem habita um mundo linguístico e edifica sua realidade por intermédio da óptica desse mundo.

10 - O jogo da linguagem do direito, por ser um fato institucional, cria suas próprias realidades a ponto de não se poder falar em coincidência entre o mundo social e o mundo real.

11 - A ciência do direito possui função descritiva de seu objeto (Direito Positivo). O Direito Positivo, por outro lado, tem função de prescrever condutas. Aquela é meta-linguagem sobre essa última, e a linguagem da ciência do direito não é apta a mudar a linguagem do Direito Positivo.

12 - Ao falar em direito, cria-se o direito. O jurídico estará sempre onde houver norma, e onde houver norma sempre haverá ato de fala deôntico a autorregulamentar o Direito Positivo.

13 - “Dizer algo” é o ato locucionário; a realização de um ato ao dizer algo é o ato ilocucionário; e o efeito sobre os sentimentos, pensamentos ou ações é o a que se chamou de ato perlocucionário.

14 – Há no enunciado dois aspectos: um que contém as marcas (ou dêiticos) da enunciação (quem produziu; quando produziu; como produziu etc.) e um outro que não contém tais marcas e somente transmite a mensagem. Àquele denomina-se enunciação-enunciada, e a este se nomeou enunciado-enunciado.

15 - A enunciação em direito deve seguir as regras por ele mesmo estipuladas. A estas regras denomina-se fundamento de validade.

16 - O Direito é constituído por atos de fala, e sua temporalização transparece em seu ser, por intermédio da enunciação e do enunciado.

17 - O tempo do Direito é marcado pelo seu discurso (enunciação, enunciação-enunciado e enunciado-enunciado). O tempo físico é fugaz e somente por meio da linguagem o Direito o capta e o traz para seu âmbito.

18 - O Direito institucionaliza seu próprio tempo, mas dele depende, como ponto referencial e intrínseco, para poder institucionalizar o próprio tempo. Queremos com isso dizer que a institucionalização do tempo pelo Direito não admite criações sem referenciais ao próprio Ordenamento Jurídico. Não se admitem construções carregadas sem sentido deontico. Toda vez que não houver respeito ao sentido deontico do tempo, haverá afronta ao princípio da segurança jurídica.

19 – Princípios não são mais que normas que exercem força axiológica dentro do ordenamento jurídico, fazendo com que essas normas de caráter axiológico proeminente influenciem “vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica”.

20 - A observância do Direito Positivo como um todo, durante o processo de positivação - questionando sua racionalidade, respeitando seus prazos, analisando sua hierarquia interna, considerando a coordenação e a subordinação entre suas normas jurídicas, o respeito às decisões - são suficientes para notar a presença do princípio da segurança jurídica.

21 - É o conceito enunciado formulado a partir de uma linguagem, por isso ele é uma metalinguagem, por meio do qual se elegem algumas características do dado para distinguirem-se os xs, dos ys e dos zs.

22 - Investigar o conceito de direito é algo extremamente difícil, porquanto o direito é uma realidade complexa que pode ser objeto de diversos pontos de vista cognoscitivos.

23 – Direito é um conjunto de normas jurídicas válidas, em um átimo temporal e em determinado espaço, cujo descumprimento será juridicamente sancionado, e que se destina a regular condutas humanas possíveis e não necessárias intersubjetivamente.

24 – Sistema é o conjunto de elementos unidos e aglutinados e que têm em comum um único referencial.

25 – Não há contradição sintática no sistema. Ou se cumpriu determinada referência, e, assim, determinado elemento pertence a tal conjunto, ou não pertence esse elemento ao sistema.

26 - Os sistemas empíricos são constituídos por fenômenos físicos ou psíquicos, e os proposicionais distinguem-se em nomológicos e nomoempíricos.

27 - Ordenamento Jurídico é a sequência temporal de sistemas jurídicos.

28 - As normas jurídicas têm a finalidade de prescrever e dirigir condutas interpessoais, enquanto a ciência que dela se ocupa tem função descritiva e pretensão teórica de seu objeto de estudo, qual seja: as normas jurídicas. Aquelas valem ou não valem; estas são verdadeiras ou falsas.

29 - A norma jurídica completa é bímembre: compõe-se de norma jurídica primária e secundária, ambas com as mesmas características lógicas (sintáticas), porém com diferenças semânticas e pragmáticas.

30 - Havendo o cumprimento do que esteja estipulado no conseqüente da norma primária e o descumprimento da relação jurídica estipulada em seu conseqüente, surgirá a necessidade de uma atuação estatal no sentido de constituir juridicamente a relação jurídica instaurada.

31 - As normas de estrutura prescrevem as formas jurídicas no modo como as outras normas serão postas no sistema, quer gerais e abstratas, quer individuais e concretas. As normas de comportamento almejam impor condutas arrimadas nos modais deônticos “O”, “P” e “V”.

32 - A expressão “coisa julgada” é utilizada em diversos momentos pelo legislador brasileiro.

33 - A coisa julgada tem previsão na Constituição Federal, com *status* de cláusula pétreia, e tem por fim garantir a segurança jurídica às relações sociais.

34 - É possível constatar a existência de quatro principais correntes acerca do conceito de coisa julgada. São elas: (i) coisa julgada como *efeito da declaração da sentença* (HELLWIG, ROSEMBERG, CARNELUTTI, CHIOVENDA, PONTES DE MIRANDA, entre outros); (ii) coisa julgada como *qualidade/atributo da sentença* (LIEBMAN, DINAMARCO, EDUARDO TALAMINI, entre outros) (iii) coisa julgada como *situação jurídica*, que se caracteriza pela proibição de repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros (BARBOSA MOREIRA); (iv) coisa julgada como *qualidade da sentença, desde que tal "atributo" se restrinja à parte declaratória da sentença* (OVÍDIO BATISTA DA SILVA).

35 – Entende-se por conteúdo decisório o enunciado-enunciado no qual são resolvidas as questões levadas pelas partes para interior do processo.

36 - Haverá resolução (decisão) de mérito na decisão-enunciado-enunciado que: a) acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção; b) decidir sobre prescrição ou decadência; c) homologar o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção, da transação ou da renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção; d) juros legais, correção monetária e as verbas de sucumbência, inclusive honorários advocatícios.

37 – Entende-se por mérito como a decisão-enunciado-enunciado, que resolve o(s) pedido(s) formulado(s) pelo autor ou pelo réu (em reconvenção), com base, principalmente, nos artigos 322, § 1º e 487 do Código de Processo Civil, aplicando norma de conduta.

38 - Não há necessária correlação entre objeto do processo (mérito) e a existência de uma lide, aqui entendida no sentido carneluttiano de conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.

39 - Não há necessária ligação entre as espécies de cognição (exauriente ou sumária) e as espécies de tutela jurisdicional (provisória e definitiva).

40 - “decisão definitiva”, ou “decisão de que não caiba mais recurso” é a norma jurídica plasmada no bojo da decisão-enunciação-enunciado do qual não caibam mais recursos.

41 - Coisa julgada formal é conceito criado exclusivamente pela doutrina, não encontrando, por isso mesmo, conceituação no direito positivo. Isso não significa que seja impossível uma definição do conceito de coisa julgada formal. Apenas quer dizer que não há enunciado prescrito no direito positivo que conceitue tal espécie de coisa julgada.

42 - A coisa julgada material se projeta para fora do processo em que é produzida. Tal projeção, porém, também é verificada na coisa julgada formal.

43 - A coisa julgada formal, oriunda da imutabilidade e indiscutibilidade da decisão, transitada em julgado, que não resolveu o mérito pode ser reproposta, desde que o vício que a inquinou seja corrigido. Ora, se há necessidade de correção do vício à propositura de nova ação judicial é porque a coisa julgada formal exerce, sim, efeitos extraprocessuais, tais como na coisa julgada material.

44 - A coisa julgada formal projeta-se para fora do processo, enquanto a preclusão opera internamente ao processo.

45 - A coisa julgada sobre resolução de questão prejudicial é uma novidade trazida pelo Código de Processo Civil de 2015. Ela não amplia o objeto litigioso (pedido) do processo; ela aumenta o objeto do julgamento sobre o qual a coisa julgada incidirá.

46 - A relação da coisa julgada com o tempo é umbilical. Por meio dela o tempo no Direito eterniza-se. É a coisa julgada que coloca um ponto final ao debate jurídico instaurado num determinado processo.

47 - O Direito estipula um átimo temporal para impossibilitar infundáveis rediscussões dos argumentos em relação ao processo findo, qual seja: o trânsito em julgado da decisão. Com o trânsito em julgado dá-se a coisa julgada a impedir novas discussões sobre a mesma questão ou questões com relação às mesmas partes.

48 - Com a coisa julgada, o dever-ser reforça seu poder-ser permitindo aos acobertados pela autoridade daquele instituto jurídico cumprir a ação prevista ou mesmo omiti-la (conforme ficou firmado da decisão transitada em julgado).

49 - O controle abstrato, também denominado de controle concentrado, tem o questionamento da constitucionalidade da norma jurídica como objeto da ação; tem ele a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da norma como o pedido principal. Já o controle concreto, também chamado de controle difuso de constitucionalidade, é exercido em meio a uma demanda na qual se argui a inconstitucionalidade de determinada norma jurídica de forma incidental. Todos os órgãos do Poder Judiciário têm o dever de julgar a constitucionalidade da norma ao caso concreto.

50 - Há dois tipos de controle de constitucionalidade com suas particularidades e peculiaridades; não há entre eles hierarquia prevista constitucionalmente.

51 - É dever atribuído a todo juiz realizar o controle de constitucionalidade de forma incidental. Tem o juiz o dever de negar aplicação a uma lei tida por inconstitucional.

52 - As normas jurídicas válidas são sempre válidas em relação a determinado sistema jurídico. Significa isso dizer que uma norma só tem sua validade cassada por outra norma e, toda vez que se realiza tal cassação, novo Sistema de Direito Positivo é criado.

53 - A decisão que declara a inconstitucionalidade de uma determinada norma jurídica não retroage de forma automática e infalível (efeito *ex tunc*).

54 - Até o momento em que sua constitucionalidade é “declarada”, a norma permaneceu válida no ordenamento jurídico, de modo que não se pode cogitar na hipótese de norma posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ou por intermédio de controle difuso ou abstrato) desconstituir decisão sobre a qual houve competente juízo de controle difuso de constitucionalidade.

55 - Não é possível a uma decisão posterior, seja ela realizada em controle difuso seja concentrado de constitucionalidade, ao trânsito em julgado da decisão

exequenda desconsiderar juízo legítimo difuso de constitucionalidade outrora realizado.

56 – Se, por intermédio do controle difuso, o juiz cria (enuncia) norma jurídica individual e concreta, exercendo seu legítimo juízo acerca da constitucionalidade de determinado enunciado prescritivo, tal ato, após a incidência da norma coisa julgada, não pode ficar à mercê de futura e incerta decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em *outro processo*, sob pena de desconsideração total do juízo realizado em controle difuso pelo juiz.

57 - A previsão de que a coisa julgada pode ser desconstituída, por meio de ação rescisória prevista no artigo 966 do Código de Processo Civil, não significa que a coisa julgada não esteja protegida pela Constituição, na medida em que nenhuma dessas hipóteses permite nova interpretação.

58 - Interpretação *nova*, exarada no SDP2, não pode pretender retroagir e atingir coisa julgada formada em SDP1, sob o flagrante risco de violação do princípio da segurança jurídica.

59 - Na medida em que o parágrafo 15 do artigo 525 do Código de Processo Civil desfaz o tempo jurídico, quando condiciona a um evento futuro e incerto (declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal) a coisa julgada, bem como desconsidera a interpretação construída em SDP1 em observância ao princípio da legalidade, é possível concluirmos pela inconstitucionalidade desse dispositivo.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Mestre Jou, 1982.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AFTALIÓN, Henrique R.; OLANO, Fernando García & VILANOVA, José. **Introducción al Derecho**. 12. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

AGOSTINHO, Santo. **Confissões**. 11. ed. Porto: Apostolado da Imprensa, 1984.

ALCHOURRÓN, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. Definiciones y normas. *In*:_____. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. La concepcion expresiva de las normas. *In*: **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

_____. **Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales**. 5. reim. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2006.

_____. **Sistemas normativos**: introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. 2. ed. rev. 1 reim. Buenos Aires: Astrea, 2015.

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil**, vol. I: parte geral. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. *In*:_____. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo** (Edição Especial: 30 anos do Código de Processo Civil), 2003.

ASSIS, Araken de. Eficácia da coisa julgada inconstitucional. *In*:_____. **Revista Jurídica**. n. 301, Porto Alegre, Notadez, 2002.

AUSTIN, John L. **Quando dizer é fazer**: palavras e ação. Tradução de Danilo Marcondes de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Segurança Jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. 2. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *In*: _____. **Direito processual civil** (ensaios e pareceres). Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. *In*: _____. **Temas de direito processual**, 3ª Série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Conteúdo e efeitos da sentença: variações sobre o tema. *In*: _____. **Revista de Processo**, n. 40, 1985.

_____. Coisa julgada e declaração. *In*: _____. **Temas de direito processual**. 1ª Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Notas sobre el contenido, los efectos y la inmutabilidad de la sentencia. *In*: _____. **Temas de direito processual**. 5ª Série. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Considerações Sobre a Chamada “Relativização” da Coisa Julgada Material. *In*: _____. **Temas de direito processual** – 9ª. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 6 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARTHES, Roland. **Elementos de semiologia**. Tradução de Izidoro Blikstein. 17. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21 ed. Saraiva: São Paulo. 2009.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Direito intertemporal**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BERMUDES, Sérgio. Coisa julgada ilegal e segurança jurídica. *In*: _____. **Constituição e Segurança Jurídica – direito adquirido, ato jurídico perfeito e**

coisa julgada. Estudos em Homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BLANC, Mafalda Faria. **Metafísica do tempo.** Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

_____. **Teoria geral do direito.** Tradução de Denise Agostinetti, 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BONATO, Giovanni. Algumas considerações sobre coisa julgada no novo código de processo civil brasileiro: limites objetivos e eficácia preclusiva. *In: Revista de Processo Comparado*, vol. 2. Jul - Dez / 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

BORGES, José Souto Maior. **Ciência feliz.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 14 jan. 2015.

BUENO, Cássio Scarpinella. Coisa julgada e sentença 'denegatória' em mandado de segurança. *In:_____*. **Revista de Processo**, ano 20, n. 80, out-dez, 1995.

_____. **Manual de direito processual civil.** Vol. Único, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULYGIN. Eugênio. Tiempo y validez. *In:_____* **Análisis Lógico y Derecho.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

CABRAL, Antônio do Passo. Alguns mitos do processo (II): Liebman e a coisa julgada. *In:_____*. **Revista de Processo.** v. 217, 2013.

_____. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. **Limites objetivos da coisa julgada**. Aide Editora: Rio de Janeiro, 1988.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CAPELLA, Juan Ramon. **El Derecho como Lenguaje: un análisis lógico**. Barcelona: Ariel, 1968.

CARACCIOLO, Ricardo. **El Sistema Jurídico: problemas actuales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1988.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Sentença mal fundamentada e sentença não fundamentada. *In*: _____. **Revista de Processo**. n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre derecho y lenguaje**. 6. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

_____. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. 2 reimp. Buenos Aires: Astrea, 2008.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de teoria geral do direito**. São Paulo: Noeses, 2009.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Fabiano. Ação rescisória como meio de controle de decisão fundada em lei declarada inconstitucional pelo STF. *In*: _____. **Revista de Processo** n. 170, São Paulo: Revista dos Tribunais.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 25. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito tributário, linguagem e método**. 5 ed. rev e ampl. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. CARVALHO, Paulo de Barros. Controle de constitucionalidade: eficácia do crédito-prêmio do IPI em face da resolução do senado n. 71/2005. *In*: _____.

Derivação e Positivção no Direito Tributário. Vol. I. São Paulo: Noeses, 2011.

_____. **Direito Tributário**: fundamentos jurídicos da incidência. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. A Prova no Procedimento Administrativo Tributário. *In*:_____. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 34 jul, São Paulo, p. 104-116.

_____. Princípio da Segurança Jurídica em Matéria Tributária. *In*:_____. **Revista de Direito Tributário**, n. 61, São Paulo, p. 74-90.

_____. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos. *In*:_____. **Revista de Direito Tributário**, n. 102, São Paulo, p. 18-28.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. **Instituições de direito processual civil**. v. I, Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CONRADO, Paulo Cesar. **Introdução à teoria geral do processo civil**. 2 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. **Processo tributário**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A causa petendi no processo civil**. 2 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Alcidez Munhoz da. Correlação lógica entre cognição, preclusão e coisa julgada. *In*:_____. **Revista de Processo**, ano 33, n. 163, set, 2008.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

DA SILVA, Ovídio A. Batista. **Sentença e coisa julgada: ensaios**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1979.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. **Decadência e prescrição no direito tributário**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Lançamento tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DE SANTI, Eurico Marcos Diniz; CONRADO, Paulo Cesar. Controle Direito de Constitucionalidade e Repetição do Indébito Tributário, *In*:_____. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 86, São Paulo, p. 27-33.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais, *In*:_____. NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.) **Coisa Julgada Inconstitucional**, 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A irretroatividade do direito no direito tributário. *In*: MELLO. Celso Antônio Bandeira de. **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**, São Paulo: Malheiros, 1997.

DIDIER, JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

_____. **Sobre a teoria geral do processo**, essa desconhecida. 3. ed. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Relativizar a Coisa Julgada Material, *In*: _____. **Revista de Processo**, n. 109, São Paulo.

_____. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016

EBENSTEIN, William. **La Teoria Pura del Derecho**. Traducción de J. Malagón e A. Pereña. México: Fondo de Cultura Económica, 1947.

ELIOT, T.S, **Notas para uma Definição de Cultura**. São Paulo: Perspectiva, 2013.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Batista Machado. 8 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FALCÃO. Raimundo Bezerra. **Hermêutica**. 1. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 4 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

_____. Segurança Jurídica e Normas Gerais de Direito Tributário. *In*: _____. **Revista de Direito Tributário**, ns. 17/18, julho-dezembro 1981.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FIORIN, José Luiz. A linguagem em uso. *In*: _____. (Org.). **Introdução à linguística**: objetos teóricos. vol. I. São Paulo: Contexto, 2005.

_____. **As astúcias da enunciação**: as categorias de pessoa, espaço e tempo. 2. ed. 4. Impressão. São Paulo: Ática, 2005.

FLUSSER, Vilem. **Língua e Realidade**. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2007.

GAVAZZI, Giacomo. **Norme Primarie e Norme Secondarie**. Torino: G. Giappichelli, 1967.

GAMA, João Felipe Calmon Nogueira da. **A coisa julgada e os seus limites objetivos no Código de Processo Civil de 2015**. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. 2016.

GIDI, Antônio. TESHEINER, José Maria Rosa e PRATES, Marília Zanella. Limites objetivos da coisa julgada no projeto de código de processo civil reflexões inspiradas na experiência norte-americana. *In: Revista de Processo*, v. 194, 2011.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “Relativização” da Coisa Julgada: Exame Crítico (Exposição de um Ponto de Vista Contrário) *In:_____*. DIDIER JR., Fredie (org.) **Relativização da Coisa Julgada**, 2. ed., 2 tiragem. Salvador: JusPODIVM, 2008.

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*. Vol. 5. São Paulo: Dialética, 2002.

GUASTINI, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUIBOURG, Ricardo. **Pensar en las normas**. Buenos Aires: Eudeba, 1999.

_____. **Derecho, sistema y realidad**. 1. Reimpressão. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

GUIBOURG, Ricardo; GUIGLIANI, Alejandro; GUARINONI, Ricardo. **Introducción al conocimiento científico**. 3. ed, Buenos Aires: Eudeba, 2004.

HALLIDAY, M.A.K. **El Lenguaje como Semiótica Social: la interpretación social del lenguaje y del significado**; Tradução de Jorge Ferrero Santana. México: Fondo de Cultura Económica, 2013.

HEGENBERG, Leonidas. **Saber de e Saber que: alicerces da racionalidade**, Petrópolis: Editora Vozes, 2001.

_____. **Definições: termos teóricos e significado**. São Paulo: Cultrix, Ed. da Univerdade de São Paulo, 1974.

HOSPERS, John. **Introducción al análisis filosófico**. Alianza: Madrid, 1984.

IVO, Gabriel. **Norma Jurídica: produção e controle**. São Paulo: Noeses, 2006.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1975.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Tradução de António Ulisses Cortês. 5 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

KELSEN, Hans. **El Método y los Conceptos Fundamentales de la Teoría Pura del Derecho**, tradução de Luís Legaz y Lacambra. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.

_____. **Sociedad y Natureza: una investigación sociológica**. Buenos Aires: Depalma, 1945.

_____. **Teoría pura del derecho: introducción a la ciencia del derecho**. Tradução Moisés Nilve. 13. ed. Buenos Aires: Eudeba, 1975.

_____. **Normas jurídicas e análise lógica**. Tradução de Paulo Bonavides. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed., 4ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Jurisdição constitucional**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KERBRAT-ORECCHIONI, Catherine. **Os atos de linguagem no discurso teoria e funcionamento**. Tradução de Fernando Afonso de Almeida e Irene Ernest Dias. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 1997.

LIEBMAN, Eurico Tullio. **Do arbítrio à razão. Reflexões sobre a motivação da sentença**. In:_____. Revista de Processo, n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Eficácia e autoridade da sentença**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. Limites da coisa julgada em matéria de imposto. In:_____. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1976.

LINS, Robson Maia. **Controle de Constitucionalidade da Norma Tributária: decadência e prescrição**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MACEDO, Alexander dos Santos. **Da Querela Nullitatis Sua Subsistência no Direito Brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas Tendências em Análise do Discurso**. Tradução de Freda Indursky. 2. ed. Campinas: Pontes Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? In:_____. **Revista de Processo** n. 133. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANSUR, Augusto de Andrade. **Garantia judicial de crédito tributário definitivo: o direito à expedição de certidão positiva de débito tributário com efeitos de negativa como produto processual da análise constitucional do artigo 206 do código tributário nacional**. Dissertação Mestrado, UFES, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A intangibilidade da coisa julgada diante da decisão de inconstitucionalidade**: art. 525, §§ 12, 13, 14 e 15, do CPC/2015. 4. ed, rev. atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINS, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

MAYNES. Eduardo Garcia. **La Definición del derecho**: ensayo de perspectivismo jurídico. México: Editorial Stylo, 1948.

_____. **Introducción al estudio del derecho**. 6. ed. México: Porrúa, 1955.

_____. **Lógica del raciocinio jurídico**. México – Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1964.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDONÇA, Cristiane. **Competência Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MENDONÇA, Christine. Segurança na ordem tributária nacional e internacional. *In*: **Segurança jurídica na tributação e estado de direito**, BARRETO, Aires Fernandino *et all*. São Paulo: Noeses.

MENDONCA, Daniel. **Exploraciones normativas**: hacia una teoría general de las normas. México: Distribuciones Fontamara, 2001.

_____. **Las claves del derecho**. Barcelona: Editorial Gedisa, 2008.

MORESO, José Juan. *Lenguaje jurídico*. *In*: _____. **El derecho y la justicia**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2000.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Revogação em Matéria Tributária**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. Fontes do Direito Tributário. *In*: _____. **Curso de Especialização em Direito Tributário**, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____ Função das súmulas e critérios para aferir sua validade, vigência e aplicabilidade. Inédita, 2005.

_____. **Fontes do direito tributário**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. **Coisa Julgada**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. Coisa Julgada e o Estado Democrático de direito. *In*: _____. **Revista Forense**, v. 375, p. 141-159.

_____. Eficácia preclusiva da coisa julgada – questão prejudicial. *In*: _____. **Revista de Processo**, ano XIII, n. 51, jul-set, 1988.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Entre têmis e leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

OLIVERCRONA, Karl. **Linguagem Jurídica e Realidade**. Tradução de Edson L. M. Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PARSON, Talcott. **Sociedades: perspectivas evolutivas e comparativas**. São Paulo: Biblioteca Pioneira de Ciências Sociais, 1969.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. **O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro**: aspectos constitucionais e processuais. São Paulo: Malheiros, 2010.

PINHO, Alessandra Gondim. **Fato jurídico tributário**. São Paulo: Noeses, 2001.

PINTO, Milton José. **As Marcas Linguísticas da Enunciação**: esboço de uma gramática enunciativa do português. Rio de Janeiro: Numen Editora, 1994.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. A sentença e a coisa julgada. *In*: _____. **Revista de Processo**, ano 11, n. 41, 1986.

PONTES, Helenilson Cunha. **Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade**. São Paulo: Dialética, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução do Professor L. Cabral de Moncada. 6 .ed. rev. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

_____. **Introdução à ciência do direito**. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAZ, Joseph. **O Conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. Tradução de Maria Cecília Almeida. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REALE JR, Miguel. **Paradigmas da Cultura Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1996.

RECÁSENS SICHES, Luís. **Tratado de Sociologia**. Porto Alegre: Editora Globo, 1970. v. 1.

RÊGO. Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2001.

ROBLES, Gregório. **O direito como texto**. São Paulo: Manole, 2005.

ROCCO, Alfredo. **La sentencia civil**. Traducción de Mariano Ovejero. México: Editorial Stylo, ?.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito processual civil**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

SCHELER, Max. **El Saber y la Cultura**. Tradução de J. Gomes de la Serna y Favre. Buenos Aires: Editorial La Pleyade, 1972.

SEARLE, John. **Mente, linguagem e sociedade: filosofia no mundo real**. Tradução de F. Rangel. Rio de Janeiro: Ciência Atual Rocco, 2000.

SENRA, Alexandre. **A coisa julgada no código de processo civil de 2015: premissas, conceitos, momento de formação e suportes fáticos**, Dissertação de Mestrado. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Preclusão processual civil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

SICHES, Rechásens. **Tratado de Sociologia**. 1. ed. 3ª impr. Vol. I e II, Porto Alegre: Editora Globo, 1970.

_____. **Introducción al estudio del derecho**. México: Porrúa, 2006. p. 27.

SCHREIER, Fritz. **Concepto y Formas Fundamentales del Derecho**: esbozo de una teoría formal del derecho y del estado sobre base fenomenológica. Tradução de Eduardo García Maynez. Buenos Aires: Editorial Losada, 1942.

SILVA, Ovídio A. Batista da. **Coisa Julgada Relativa?** In: _____. Fredie Didier Jr. (Org.) **Relativização da Coisa Julgada**. 2. ed., 2. tiragem., 2008.

SILVA, Yuri de Oliveira Dantas. **Anulação e controle das normas jurídicas: uma análise a partir da ação direta de inconstitucionalidade**. Campo Grande: Contemplar, 2017.

SOARES, Carlos Henrique. **Coisa julgada constitucional: teoria tridimensional da coisa julgada: justiça, segurança jurídica e verdade**. Almedina: Coimbra, 2009.

SPENGLER, Oswald. **La decadência de occidente**, bosquejo de una morfología de la historia universal. Tomo I. Tradução de Manuel G. Morente. 13. ed, Madrid: Espasa-Calpe, 1983.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

TALAMINI, Eduardo. A coisa julgada no tempo (os “limites temporais” da coisa julgada). *In*: _____. **Revista Jurídica**, n. 354, Porto Alegre: Notadez, 2007.

_____. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.). *In*: _____. **Revista de Processo**, ano 27, n. 106, abril-junho, 2002.

TAVARES. André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. **Direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TESHEINER, José Maria Rosa. Coisa julgada inconstitucional (art. 741 e 475-I do CPC) – reflexões em torno de um texto de Marinoni. *In*: _____. **Revista da Ajuris**, nº. 113, Porto Alegre: Ajuris, 2009.

TEUBNER, Gunter, **O Direito como Sistema Autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle, *In*: _____. **Revista dos Tribunais**, v. 795.

_____. A ação rescisória e o problema da superveniência do julgamento da questão constitucional. *In*:_____. **Revista de Processo**, ano 20, n. 79, jul-set, 1995.

_____. A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença. *In*:_____. **Revista Jurídica**, ano XLIV, n. 219, jan. 1996.

_____. Coisa julgada, ação declaratória seguida de condenatória. *In*:_____. **Revista de Processo**: ano 21, n. 81, 1996.

_____. Ação rescisória – matéria tributária – decisão incidental do STF – proclamação de constitucionalidade de lei anteriormente havida como inconstitucional – descabimento da rescisão. *In*:_____. **Revista de Processo**, ano 22, n. 87, 1997.

_____. A preclusão no processo civil. *In*:_____. **Revista dos Tribunais**, ano 90, V. 784, 2001.

_____. FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. *In*:_____. **Revista de Processo**, ano 30, n. 127, set, 2005.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOME, Fabiana Del Padre, **A prova no Direito Tributário**. São Paulo: Noeses, 2005.

_____. O Sistema Autopoiético do Direito e suas Implicações em Relação à Segurança Jurídica. *In*:_____. **Revista de Direito Tributário**, n. 104, São Paulo.

URBAN. Wilbur Marshall. **Lenguaje y realidad: la filosofía del lenguaje y los principios del simbolismo**. Tradução de Carlos Villegas e Jorge Portilla. México/Buenos Aires: 1952.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VERNEGO, Roberto José. **Curso de teoría general del derecho**. 2. ed. corrig. e aument. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 1989.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

_____. Sobre o conceito de direito. *In*:_____. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. V. 1. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003.

_____. Níveis de Linguagem em Kelsen: norma jurídica/proposição jurídica. São Paulo. *In*:_____. **Escritos Jurídicos e Filosóficos**. V. 2. São Paulo: IBET/Axis Mundi, 2003.

_____. Norma jurídica-proposição jurídica: significação semiótica. *In*:_____. **Revista de Direito Público**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 61.

_____. Analítica do dever-ser. *In*:_____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 2. p. 69.

_____. Notas para um Ensaio sobre a Cultura. *In*:_____. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: Axis Mundi, 2003. v. 2.

_____. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VON WRIGHT, Gerg Henrik. **Norm and action: a logical enquiry**. London: Routledge & Kegan Paul, 1971.

VON WRIGHT, Gerg Henrik. **Norma y acción: una investigación lógica**. Madrid: Editorial Tecnos, 1970.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **O Direito e sua Linguagem**. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1995.

WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4 ed. rev. ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.