



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
ADVOCACIA GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Procedência: Secretaria de Estado da Fazenda

Interessado: Secretaria de Estado da Fazenda

Número: 16.455

Data: 17 de maio de 2022

Classificação Temática: CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

Ementa:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO QUE DISCIPLINA RELAÇÃO JURÍDICA CONTINUATIVA. EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM CONTROLE DIFUSO. COISA JULGADA. EFEITOS FUTUROS. STF. TEMAS 881 E 885.

Referências normativas: Constituição Federal. Art. 337, §§ 2º e 4º, art. 502, art. 505, art. 927, arts. 1.036 a 1.041, todos do CPC/2015.

RELATÓRIO

1. Trata-se de consulta originada da Secretaria de Estado da Fazenda sobre os efeitos de decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a legitimidade de exigência tributária, em relação a situações de contribuintes que, anteriormente ao posicionamento final da Suprema Corte, obtiveram em seu favor decisão judicial transitada em julgado no sentido da ilegitimidade da incidência.

2. Por meio do Ofício SEF/SRE nº 16/2022 (42590483), relata a Consulente que foi reconhecida à Fundação [REDAZIDO], CNPJ nº [REDAZIDO], por decisão transitada em julgado, proferida na Ação Declaratória nº [REDAZIDO], imunidade em relação ao ICMS incidente sobre as operações com mercadorias adquiridas pela referida Entidade para a realização de suas atividades filantrópicas.

3. Informa que *“outras entidades de assistência social, sem fins lucrativos, situadas no Estado, também ajuizaram ações com igual propósito, conforme planilha referente ao evento SEI 42269957, algumas das quais obtiveram decisões favoráveis, transitadas em julgado, como, a exemplo, a Fundação [REDAZIDO], CNPJ nº [REDAZIDO].”*

4. Especificamente no caso da Fundação [REDAZIDO] tendo em vista o trânsito em julgado de decisão favorável ao pleito imunitário, a Secretaria de Fazenda de Minas Gerais inclusive emitiu, em 26/01/2015, certidão atestando que a entidade *“obteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, transitada em julgado (Apelação Cível nº [REDAZIDO]), reconhecendo a imunidade objetiva, em relação ao ICMS, na aquisição, no Estado de Minas Gerais, de mercadoria efetuada pela Fundação e destinadas à realização de suas atividades filantrópicas, no âmbito do Estado de Minas Gerais.”* (Certidão SEF 36382359)

5. Com isso, os contribuintes inscritos no Estado que nessas condições remetessem mercadoria à Fundação ficaram dispensados da retenção do imposto respectivo e, por consequência, passaram a ter que promover o estorno dos créditos relativos àquela mercadoria, *“nos termos do disposto no art. 71, I do Regulamento do ICMS”*.

6. Não obstante, em 2017, o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 608.872/MG, sob o rito da repercussão geral, fixou tese distinta à que amparou as entidades filantrópicas, *in verbis*:

A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido.

7. Prossegue a SEFAZ afirmando que, apesar da decisão contrária do Supremo Tribunal Federal, a Fundação [REDAZIDO] continua a usufruir da imunidade em virtude de possuir a seu favor decisão judicial transitada em julgado.

8. Informa que *“a Entidade, inclusive, invoca a certidão emitida pela SEF como argumento no processo judicial que trata de pedido de restituição do valor do ICMS incidente nas aquisições de mercadorias, referente ao período de 2012 a 2017”*.

9. Notícia a Consulente que, diante dessa realidade, questionou a Advocacia-Geral do Estado sobre os efeitos da decisão do STF em relação às decisões judiciais transitadas em julgado em favor de Entidades Filantrópicas, que, em posicionamento preliminar e caráter não formal, assim se manifestou: (SEI nº 1080.01.0065163/2019-22):

A DOLT/SUTRI da SEF/MG reitera manifestação solicitada à AGE/PTF em 2018 (cf. cadeia de mensagens abaixo). Solicitei ao Diretor da PTF apurar o ocorrido, já que pelo teor da mensagem agora recebida a AGE/PTF não teria se manifestado sobre a questão.

Não obstante, desde logo apresento abaixo manifestação a respeito do questionamento da SEF. Caso o GAB/AGE esteja de acordo, solicito encaminhar resposta ao questionamento da DOLT/SUTRI.

Trata-se de questão que foi recentemente examinada pela AGE/PTF, em que se entendeu pela “flexibilização” ou “relativização” da coisa julgada, adotando-se o entendimento firmado Parecer PGFN/CR 492/2011, que concluiu que: “(i) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF em sendo favorável ao Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido”, com o qual me manifesto de acordo.

Abaixo reproduzo manifestação em caso absolutamente idêntico (doc. anexo), *verbis*:

“... a AGE está aplicando, neste e em outros casos (ou em qualquer caso que a comporte), a tese da “relativização” ou “flexibilização” da coisa julgada” (como o caso ██████████ p.ex.), considerando que o STF, ao julgar o RE-635688, decidiu o tema n. 299 da repercussão geral, firmando tese no sentido de que a “redução da base de cálculo de ICMS equivale à isenção parcial, o que acarreta a anulação proporcional de crédito relativo às operações anteriores, salvo disposição em lei estadual em sentido contrário”, de modo que a partir de tal decisão a coisa julgada formada no processo em questão não mais opera efeitos, em vista de posterior decisão do STF no sentido da constitucionalidade da norma. Veja, a respeito: a) manifestação no caso DMA, elaborada por ocasião de negociação para adesão a PRCT; b) artigo de Procuradora Federal.

(.....)

A propósito, necessário mencionar que o STF está para examinar (não se sabe quando) questão que poderá refletir na questão sob exame, qual seja o Tema n. 881: “Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado”.

No caso em exame, tendo em vista o pronunciamento do col. STF no RE 608.872/MG com repercussão geral reconhecida, não subsiste a coisa julgada obtida pela Fundação da Fundação [sic] ██████████ ██████████ para adquirir mercadorias para seu uso com imunidade do ICMS.

Por outro lado, ainda que fosse o caso de imunidade, certo é que o alcance da mesma encontra-se limitado aos “... insumos necessários à realização de seu estatuto” e não a toda e qualquer mercadoria ou produto adquirido, como se depreende das seguintes passagens da decisão proferida pelo TJMG, *verbis*:

10. A manifestação da AGE, referida pela Consulente, resultou de consulta também informal, encaminhada pela DOLT/ SUTRI da SEF/MG diretamente à PTF por e-mail, respondida pelo então Procurador-Chefe daquela especializada em outubro de 2019, com o “de acordo” do então Advogado-Geral Adjunto do Estado, Dr. Luciano Neves de Souza, originando o processo SEI 1080.01.0065163/2019-22 (cf. cadeia de e-mails doc. 42588339).

11. Pondera a Consulente que “*atualmente se encontra [sic] em discussão no STF os temas nº 881 e 885, que versam, o primeiro, sobre o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF e, o segundo, se e como as decisões do STF em controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.*”

12. Considerando que os recursos extraordinários respectivos tiveram seu julgamento adiado pelo STF para 11/05/22, passa a enumerar as questões objeto da Consulta:

1. Há alteração no entendimento externado pela AGE no documento de SEI 1080.01.0065163/2019-22 (documento SEI 42588613), de que após decisão do STF em sentido contrário, em sede de repercussão geral, não mais prevaleceriam os efeitos de decisões transitadas em julgado em desfavor da Fazenda Pública, as quais reconheceram a imunidade tributária nas operações de aquisição de mercadorias por Entidades Filantrópicas?

2. Sendo positiva a resposta ao quesito anterior:

2.1. A partir de que data não mais deverão ser considerados válidos os efeitos das decisões judiciais transitadas em julgado, favoráveis às Entidades Filantrópicas, tendo em vista os efeitos da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG?

2.2. Poderá ser efetuado o lançamento do crédito tributário dos valores de ICMS eventualmente devidos, com os acréscimos legais, independentemente de autorização judicial específica para tal?

2.3. Há alguma recomendação da AGE no sentido de se aguardar a decisão do STF em relação aos temas 881 e 885, antes de qualquer procedimento no sentido de se desconsiderar as decisões judiciais transitadas em julgado anteriores à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608872/MG?

3. A cassação da certidão emitida pela SEF para a Fundação ██████████ atestando a existência de decisão judicial transitada em julgado em seu favor, pode ser efetuada de ofício, mediante garantia do

exercício da ampla defesa e do contraditório, de acordo com os procedimentos erigidos da Lei nº 14.184/02?

4. Sendo positiva a resposta ao quesito 3, a AGE possui recomendações especiais para que o ato de cassação se revista de plena juridicidade?

5. A exigência do ICMS seria possível em relação ao período anterior à cassação da certidão da Fundação [REDACTED] compreendendo fatos geradores ocorridos posteriormente à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG?

Enfim, estas são as questões que a SRE deseja ver esclarecidas pela AGE do ponto de vista jurídico.

13. Passamos a analisar.

FUNDAMENTAÇÃO

14. A matéria sob consulta versa basicamente sobre os reflexos gerados pela alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à coisa julgada em matéria tributária.

15. No caso concreto sob análise, resta analisar os efeitos temporais da coisa julgada advinda de decisão judicial que declarou a inconstitucionalidade da incidência do ICMS sobre as mercadorias adquiridas por entidade filantrópica sem finalidade lucrativa – desde que destinadas a suas atividades essenciais –, após o reconhecimento da constitucionalidade desta exigência pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE-RG 608.872[1] e fixação de tese contrária àquela constante da decisão anteriormente transitada em julgado.

16. O debate sobre os efeitos temporais da coisa julgada em face de decisão posterior do STF em sentido contrário ao de sua formação, nas relações tributárias de trato continuativo, pende de análise no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente nos Temas 881 e 885.

17. No primeiro deles – Tema 881 – a Corte deverá se manifestar sobre *“o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.”*

18. Já no Tema 885 a abordagem importará em determinar *“se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.”*

19. De todo o exposto, conclui-se que a matéria não é pacífica, e qualquer conclusão que dela se extraia é passível de alteração após a conclusão do julgamento dos temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal.

20. No entanto, até que haja um posicionamento definitivo da Suprema Corte, cabe analisar com prudência a posição a ser adotada pelo Estado de Minas Gerais. Se não vejamos.

1. Do controle misto de constitucionalidade

21. Sobre as modalidades de controle de constitucionalidade existentes no Brasil e tratando exclusivamente do controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à forma ou modo pelo qual o controle é realizado, diz-se que o controle é a) incidental, ou por via de exceção, ou b) principal ou por via de ação.

22. No controle incidental, a questão relativa à constitucionalidade é colocada como uma questão prejudicial a ser enfrentada na análise de um caso concreto posto sob apreciação do Poder Judiciário, servindo tão somente como fundamento da decisão que julgará o pedido principal do autor.[2]

23. Já no controle concentrado a questão central a ser decidida é a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, sendo esse controle realizado pela via de uma ação específica – que pode ser a Ação Direta de Inconstitucionalidade ou a Ação Declaratória de Constitucionalidade – em que se discute exclusivamente a constitucionalidade da lei ou ato normativo.

24. Sobre o tema, leciona Bernardo Gonçalves Fernandes:

Quanto ao modo pelo qual o controle é realizado, temos a forma incidental, na qual a questão da constitucionalidade se coloca como incidente processual ou, como ensina a doutrina, uma “questão prejudicial” a ser enfrentada e deslindada no *iter* de um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário. Ainda que a utilização do termo “questão prejudicial” possa ser processualmente criticável, conforme analisado com profundidade no próximo capítulo, nessa forma de controle a questão da inconstitucionalidade é resolvida incidentalmente, servindo tão somente como fundamento da decisão que julgará o pedido principal do autor.

Nesses termos, o objeto do processo não é a questão relativa à constitucionalidade de uma lei, mas uma questão de fundo, que pode ser de natureza penal, civil, empresarial, tributária, previdenciária, ambiental etc. A questão da constitucionalidade, portanto, será meramente resolvida como fundamento da decisão a ser proferida no julgamento da questão principal, sendo, por esse motivo chamado, o modo incidental de **controle por via de exceção**.

Já o modo ou maneira principal é o realizado em uma ação autônoma cujo objeto, a questão central é a que envolve a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo. Nesse sentido, a questão principal é a que envolve a constitucionalidade ou não de um ato normativo, não sendo esse controle realizado por meio de um mero incidente em um caso concreto. Daí falar-se em via principal ou via de ação, pois haverá

ações específicas (Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade, por exemplo) só para discutir a constitucionalidade de leis. Nessa espécie de controle, haverá um processo objetivo, com uma série de particulares tratadas posteriormente na obra, no qual se discute tão somente a validade em si de uma lei, visando, portanto, à preservação da harmonia do sistema jurídico com a eliminação de normas que sejam inadequadas em relação à Constituição.[3]

25. Com relação aos efeitos dessas decisões, deve-se esclarecer que somente as decisões emanadas do STF em controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADC) terão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal (art. 102, §2º, da CRFB/88)[4]. Além dessas hipóteses, apenas as Súmulas Vinculantes têm eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal (art. 103-A, CRFB/88).

26. Já as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso têm efeito apenas *inter partes* e, embora sinalizem que a Corte adotará o mesmo entendimento em casos semelhantes, não vinculam sequer os demais órgãos do Poder Judiciário, à exceção das decisões proferidas em recurso extraordinário com repercussão geral, que terão efeito vinculante **somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário** (art. 927, CPC)[5].

27. Essa distinção se faz relevante uma vez que, no caso sob apreciação, após o trânsito em julgado de decisão que reconheceu a imunidade em relação ao ICMS incidente sobre as operações com mercadorias adquiridas pela Entidade Filantrópica para a realização de suas atividades essenciais (por entender aplicável à hipótese a imunidade prevista no art. 150, VI, c da Carta da República), o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso análogo (RE nº 608.872), entendeu que, por se tratar de uma imunidade tributária subjetiva, a previsão do art. 150, IV, c só *“se aplica a seus beneficiários na posição de contribuintes de direito, mas não na de simples contribuintes de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a discussão acerca da repercussão econômica do tributo envolvido.”*

28. Tal constatação nos levaria a concluir que, não tendo sido a decisão do RE nº 608.872 proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e inexistindo Súmula Vinculante sobre a matéria, não haveria que se falar em efeitos *erga omnes*, nem em caráter vinculante dessa decisão em face da Administração Pública.

29. Não obstante, referido recurso extraordinário foi julgado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia, cabendo sobre isso tecer algumas considerações.

2. Recursos extraordinários e Temas da Repercussão Geral

30. A chamada Reforma do Judiciário, implementada pela EC nº 45/2004, inovou em matéria de cabimento do recurso extraordinário ao prever o ônus do recorrente de demonstrar *“a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”* como condição para sua admissibilidade.[6]

31. Regulamentada pela Emenda Regimental 21 do Supremo Tribunal Federal, a exigência de demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso como mais um requisito do recurso extraordinário foi prevista na Lei 11.418/2006, que acrescentou o art. 543-A ao Código de Processo Civil de 1973, *in verbis*:

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

§ 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão.

32. Na mesma oportunidade, implementou-se no direito processual brasileiro a técnica de julgamento de casos repetitivos, com o objetivo de produzir um precedente “obrigatório” para os demais órgãos do Poder Judiciário, de forma a conferir racionalidade e coerência à solução a ser dada a processos que tratassem da mesma matéria, com observância à isonomia e à segurança jurídica. Assim é que passou a dispor o CPC/73, em seu art. 543-B:

Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da

Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

33. Referida técnica processual foi posteriormente estendida aos recursos especiais pela Lei nº 11.672/2008[7], formando-se o que a doutrina chamou de microsistema de julgamento de casos repetitivos, inicialmente destinado a uniformizar a jurisprudência dos Tribunais Superiores e estimular o Poder Judiciário a conferir tratamento isonômico a casos semelhantes.

34. Nesse primeiro momento, não se podia falar ainda em eficácia vinculante dos precedentes, uma vez que os tribunais de origem, como aliás constava expressamente do próprio CPC, poderiam manter eventual decisão divergente nos recursos sobrestados após o julgamento do caso paradigma pelo Tribunal Superior.[8]

35. O Código de Processo Civil de 2015 aprimorou a regulamentação então existente e tratou de forma unificada a tramitação dos recursos repetitivos nos arts. 1.036 a 1.041.[9] Embora o procedimento pareça bastante similar ao constante dos arts. 543-B e 543-C do CPC/1973, algumas mudanças importantes foram implementadas no sentido de consolidar um sistema de precedentes obrigatórios no Brasil.

36. De fato, o art. 927 do CPC/2015 inova ao estabelecer um rol de precedentes obrigatórios, destacando-se entre eles os acórdãos proferidos em julgamentos de recursos extraordinários ou especiais repetitivos, bem como a orientação do plenário do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.[10]

37. Assim, com o novo Código de Processo Civil, o recurso extraordinário passa a ser não só um instrumento para a solução do caso do recorrente, como ainda pode se prestar à definição de precedente obrigatório sobre a questão constitucional nele versada.[11]

38. De todo o arcabouço normativo, observa-se que nem sempre há coincidência entre o reconhecimento da repercussão geral e o julgamento de casos repetitivos. Se de um lado, a existência de recursos repetitivos sobre matéria constitucional sinaliza para a existência de repercussão geral[12], é possível haver repercussão geral sem que haja repetição, quando, então, o recurso extraordinário será julgado por uma das Turmas do STF. Nesse caso, não há que se falar em efeito *erga omnes* nem em efeito vinculante da decisão.

39. No entanto, havendo reiteração de recursos sobre a mesma matéria de índole constitucional, *“os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual (...), distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido.”*[13]

40. Nesses casos, a decisão proferida no acórdão paradigma será vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, transcendendo os limites subjetivos da causa do qual surgiu, seja em razão do disposto no inciso III, seja no inciso V do art. 927 do Código de Processo Civil.[14]

41. Ao julgar esses paradigmas, o Supremo Tribunal Federal costuma fixar “teses” que nada mais são do que enunciados sintéticos que traduzem em breves linhas o entendimento da Corte sobre a matéria, de modo a facilitar a identificação dos casos semelhantes e a aplicação do precedente pelos juízes e tribunais inferiores.

42. No caso sob análise, foi fixada a Tese de Repercussão Geral nº 342, que estabelece:

Tese 342. A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido.

43. Embora assumam a forma de enunciados prescritivos, à semelhança das leis, as “teses” com elas não se confundem, porque fixadas a partir de um caso concreto e, portanto, sem a generalidade e abstração típicas dos diplomas legais.

44. Fixadas que são pelo Poder Judiciário, ainda que se lhes possa atribuir caráter normativo, as “teses” e os precedentes distinguem-se das leis quanto ao tempo de sua aplicação. Enquanto o legislador trabalha voltado para o futuro, colocando normas que buscam transformar a realidade, *“do ponto de vista do tempo, tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário estão voltados para o passado, para o input do sistema, para o que pôs o legislador, atuando em estrita vinculação à lei, à Constituição, ao Direito.”*[15]

45. No entanto, a decisão judicial consagrada na “tese” confere uma determinada interpretação ao Direito aplicável e, ao adotá-la, exclui as demais possibilidades de sentido do texto legal, criando o que MISABEL DERZI com percuciência denomina de “norma judicial”. E sobre as expectativas geradas a partir dessa “norma judicial”, leciona a ilustre Professora:

Na verdade, criada a norma judicial, a partir da interpretação de um texto legal para aplicação a um grupo de casos semelhantes, impõe-se a **igualdade de todos perante a lei**, a rigor, simples imparcialidade na aplicação da lei. A temporalização da igualdade e da segurança precipitam o vazar da sentença dada a um

caso líder individual para os demais casos similares, do mesmo grupo. Onde quer que se pretenda existir democracia, a tendência será semelhante.^[16]

46. É certo que a formação das expectativas normativas não ocorre da mesma forma nos controles concentrado/abstrato e difuso/concreto de constitucionalidade. Mesmo porque, como já se disse, somente as decisões emanadas do STF em controle concentrado de constitucionalidade (ADI e ADC), ou as Súmulas Vinculantes terão eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, distrital, estadual e municipal (art. 102, § 2º e art. 103-A da CRFB/88). Já as decisões tomadas em sede de controle difuso têm efeito apenas *inter partes* e, embora sinalizem que a Corte adotará o mesmo entendimento em casos semelhantes, não vinculam sequer os demais órgãos do Poder Judiciário.

47. Não obstante, as decisões proferidas em sede de recursos repetitivos ou pelo plenário do Supremo Tribunal Federal também terão efeito vinculante, **mas somente em relação aos órgãos do Poder Judiciário**, conforme previsão expressa do art. 927 do CPC.

48. Feitas estas observações, resta saber como a norma judicial gerada por uma decisão do STF em sede de recurso extraordinário repetitivo, e, portanto, no exercício do controle concreto/difuso de constitucionalidade, atua sobre decisão judicial anterior já transitada em julgado.

3. Proteção constitucional à coisa julgada

49. A ordem constitucional brasileira protege expressamente a coisa julgada como forma de garantir a estabilidade das relações humanas e a segurança jurídica. Assim é que prevê a Constituição da República que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”* (art. 5º, XXXVI).

50. A seu turno, dispõe o Código de Processo Civil que *“há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”* (art. 337, § 4º), sendo *“uma ação idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido”* (art. 337, § 2º).

51. O estatuto Processual define, ainda, os efeitos da coisa julgada material, considerada esta como *“a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”* (art. 502).

52. Lecionam DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA que essa indiscutibilidade opera em duas dimensões:

Em uma dimensão, a coisa julgada impede que a mesma questão seja decidida novamente – a essa dimensão dá-se o nome de efeito negativo da coisa julgada. Se a questão decidida for posta novamente para apreciação jurisdicional, a parte poderá objetar com a afirmação de que já há coisa julgada sobre o assunto, a impedir o exame do que fora decidido. A indiscutibilidade gera, nesse caso, uma defesa para o demandado (art. 337, VII do CPC).

Na outra dimensão, a coisa julgada deve ser observada, quando utilizada como fundamento de uma demanda – a essa dimensão dá-se o nome de efeito positivo da coisa julgada. O efeito positivo da coisa julgada determina que a questão indiscutível pela coisa julgada, uma vez retornando como fundamento de uma pretensão (como uma questão incidental, portanto), tenha de ser observada, não podendo ser resolvida de modo distinto. O efeito positivo da coisa julgada gera a vinculação do julgador (de uma segunda causa) ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. O juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo.^[17]

53. Além de indiscutível, a coisa julgada é imutável, o que significa dizer que ela não pode mais ser alterada, revista ou desfeita, ressalvadas as hipóteses legais.

54. E não somente a lei e a decisão judicial devem respeito à coisa julgada. A imutabilidade e indiscutibilidade da sentença passada em julgado também são opostas ao administrador e aos administrados, que, por sua vez, lhe devem absoluto respeito. Não é por outra razão que o Código Tributário Nacional diz que a decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário (art. 156, X), bem como veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial (art. 170-A).

55. Pela definição da coisa julgada e de seus efeitos, observa-se que para a verificação de sua existência é preciso que haja tríplice identidade entre os elementos da demanda. Isso porque, ao disciplinar a objeção da coisa julgada, o Código de Processo Civil a define como a repetição de ação já decidida por decisão transitada em julgado, considerando-se idênticas as ações onde houver identidade de partes, causa de pedir e pedido.

56. É por esta razão que o CPC estabelece que *“nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide”* (art. 505), revelando a intenção de restringir essa objeção às causas que versem demanda idêntica à já julgada em todos os seus elementos constitutivos (partes, causa de pedir e pedido).^[18]

57. Esta observação também justifica a ressalva constante do inciso I do art. 505, *in verbis*:

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.

58. Isso porque sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, altera-se a causa de pedir, que nada mais é do que os fatos e o fundamento jurídico do pedido.^[19]

59. Segundo FIDÉLIS, “o fato é o que se denomina ‘causa remota’ e constitui a narração daquilo que ocorreu ou está ocorrendo, com as necessárias circunstâncias de individualização. Os fundamentos jurídicos vêm a ser a própria demonstração de que o fato narrado pode ter conseqüências, das quais se pode concluir a existência de uma ou mais pretensões.”[20]

60. Ora, alterando-se os fatos ou os fundamentos jurídicos do pedido, altera-se a causa de pedir e, portanto, não se está mais diante da mesma lide, a atrair a objeção da coisa julgada. Nesse mesmo sentido, lecionam MARINONI e MITIDIERO:

Rigorosamente, quando sobrevém modificação no estado de fato ou de direito acobertado pela coisa julgada, o juiz, instado a fazê-lo, não decide “novamente” sobre a mesma lide. Decide a respeito de nova lide – oriunda de um novo contexto fático jurídico. Observe-se que, se o substrato fático-jurídico logrou alteração, não se repete ação “que já foi decidida por sentença” (art. 301, § 3º, CPC), porque a causa de pedir obviamente não é a mesma (art. 301, § 2º, CPC). Novos fatos dão origem a uma nova situação litigiosa – que requer de seu turno nova disciplina jurisdicional.[21]

4. Da norma jurídica judicial

61. Na obra que consagrou sua tese de titularidade na Faculdade de Direito da UFMG, MISABEL DERZI ressalta o papel do Judiciário como criador do Direito.[22] Ancorada na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhman, esclarece que o Poder Judiciário se localiza no centro do sistema jurídico, o que lhe atribui um relevante papel para a confiança sistêmica. Dentro das mudanças contínuas da realidade e da sua alta complexidade, os riscos são tão elevados que o papel do Direito passa a ser o de generalizar para estabilizar as expectativas normativas de comportamento. A positividade crescente do Direito resulta justamente da necessidade de o sistema se apresentar como um programa de solução de conflitos.[23]

62. A diferença entre o legislador e o operador do direito é que o operador é posto em face dos interesses colocados pelo legislador e olha para o *input* do sistema, onde se situam as fontes de produção legais. Ele não trabalha com interesses, mas com conceitos, ordenações e classificações em que se converteram aqueles interesses. Isso é o que chamamos de fechamento operacional do sistema.

63. Enquanto o juiz atua com fatores jurídicos autorreferentes, transformados em conceitos e classificações extraídos da Dogmática e das fontes de produção, o legislador sofre heterorreferência, “*enformando as leis e conciliando interesses*”.

64. No entanto, alternativas abertas de interpretação deixadas pelo legislador (abertas de sentido, ambíguas ou obscuras) que ele mesmo ordena sejam preenchidas, fazem com o sistema jurídico se abra ao ambiente exterior, ou se acople. Por isso, leciona DERZI que o Poder Judiciário é um verdadeiro poder, uma vez que ele é criador de normas jurídicas.[24] A sentença é um ato normativo criativo!

65. Prossegue a Professora mineira trazendo as considerações feitas por Riccardo Guastini sobre a expressão “*os juízes criam o direito*”. Uma delas nos interessa em particular:

(...) Aquele autor, em sua obra “*Das Fontes às Normas*”, saca quatro significados diferentes para a expressão, a saber:

(a) em uma primeira acepção, a partir da eficácia geral *erga omnes* atribuída às sentenças, o que se pode depreender das decisões judiciais em determinadas ordens positivas é que a função jurisdicional, nesse aspecto, em razão da eficácia, seria similar às funções legislativas. Assim ocorre com as sentenças normativas da Justiça do Trabalho e os efeitos atribuíveis às declarações do Supremo Tribunal Federal, por exemplo. Mas tudo em caráter excepcional e autorizado pelas leis ou pelo Direito positivo.

Nesse caso, o caráter “criativo” estaria definido pela própria ordem positiva e restringir-se-ia aos casos, limites e circunstâncias, postos por ela. (...) [25]

66. Os acórdãos do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recursos extraordinários repetitivos enquadram-se exatamente nessa primeira acepção que Guastini empresta à expressão “*os juízes criam o direito*”:

Aliado a isso, o sistema brasileiro impõe a observância de precedentes do Plenário do STF em matéria constitucional (art. 921, I, II, III e IV do CPC).

Boa parte desses precedentes obrigatórios advém de julgamento de recurso extraordinário.

O recurso extraordinário passa a servir como um instrumento para a solução do caso do recorrente e para a definição do precedente obrigatório sobre a questão constitucional nele versada.

Como o recurso extraordinário é o principal instrumento do controle difuso de constitucionalidade, os precedentes do Pleno do STF em tais casos passam a ter eficácia obrigatória, transcendendo os limites subjetivos da causa da qual surgiu. A solução do caso vale apenas para as partes (coisa julgada, art. 506 do CPC); mas o precedente tem eficácia *erga omnes*. [26]

67. Embora não se possa falar em eficácia obrigatória (afinal, as decisões em sede de recursos repetitivos só têm efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário, como já se demonstrou), o CPC de 2015 aprimorou o processo de objetivação do recurso extraordinário, conferindo àqueles recursos julgados pelo Plenário da Suprema Corte transcendência para além do processo em que proferida a decisão, e, portanto, atribuindo à decisão eficácia de verdadeira norma jurídica judicial, no sentido apontado por Guastini.

68. Assim, no caso sob análise, ao julgar o RE-RG nº 608.872/MG, conferindo ao art. 150, VI, c da Constituição da República interpretação no sentido de que a imunidade ali prevista não alcança as operações em que a entidade filantrópica esteja na qualidade de contribuinte de fato do imposto, o Supremo Tribunal Federal criou uma nova norma jurídica, diversa daquela que

embasou o pedido e a decisão na Ação Declaratória nº 1506111-81.2004.8.13.0313, em momento posterior ao trânsito em julgado daquela decisão.

69. Aqui não se pode falar sequer em relativização da coisa julgada, como pretendem alguns. Isso porque, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de direito, sendo inoponível, no caso, a objeção da coisa julgada.

70. Por outro lado, determina o CPC que, nessas hipóteses, “*poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença*” anterior, dando a entender que seria necessária nova manifestação judicial a fim de afastar os efeitos “eternos” da decisão proferida na ação declaratória.

71. Mas não é isso que se dá. A alteração das circunstâncias jurídicas existentes ao tempo da prolação daquela decisão judicial faz surgir uma relação jurídica tributária nova, que, por essa razão, não é alcançada pelos limites que balizaram referida decisão.

72. Imaginemos que, após o trânsito em julgado da decisão que reconheceu a imunidade às entidades filantrópicas, sobreviesse Emenda à Constituição que acabasse com a imunidade prevista no art. 150, VI, c. Ninguém em sã consciência cogitaria da necessidade de ajuizamento de ação judicial pelo Fisco para amparar a cobrança do tributo a partir de então, porque alterados os pressupostos jurídicos. A norma jurídica em que se amparava a decisão anterior não mais persiste.

73. Do mesmo modo, com a interpretação conferida pelo STF ao preceito imunitório, surge no mundo jurídico uma nova norma que, a par de reconhecer validade do art. 150, VI, c, determina que “*a imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido*” (Tese 342 da Repercussão Geral).

74. Importante aqui abrir um parêntese para destacar que a norma judicial aqui gerada, por não se confundir com a norma legal – conforme destacado no tópico precedente – não tem o condão de revogar ou derogar uma lei, cuja presunção de constitucionalidade/validade só pode ser afastada, com efeito *erga omnes*, por decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, ou cuja declaração seja objeto de Súmula Vinculante (art. 102, § 2º e art. 103-A da CRFB/88).

75. Afinal, não se poderia mesmo imaginar que uma norma judicial individual e concreta tivesse o condão de revogar uma norma legal geral e abstrata. Mas no caso em análise, a norma legal foi reconhecida pelo STF como constitucional e legítima, sendo objeto de confirmação pela mais alta Corte do País! E mais: o precedente trata exatamente da legislação mineira, que, na linha do que restou confirmado pelo STF, determina que a imunidade prevista no art. 150, VI, c, da Constituição Federal, não se aplica às operações em que a entidade filantrópica esteja na qualidade de contribuinte de fato do imposto.

76. Essa norma judicial, que confirma a norma legal, passa a valer para todos (*erga omnes*) a partir da publicação do acórdão que a fixou, conforme percutientes ensinamentos de TEREZA ARRUDA ALVIM:

Entretanto, os parâmetros para fixar o termo inicial da eficácia da decisão jurisdicional, enquanto precedente, i.e., no que diz respeito à sua carga normativa, não podem ser os mesmos. Afinal, os atingidos são os integrantes da sociedade.

A expectativa de que o caso entre A e B será julgado pelo Tribunal no dia X, gera uma espécie de "dever" de informação para as próprias partes, que faz presumir a ciência. Depende delas saber, ou não saber, o resultado do julgamento que as afeta.

Entretanto, os atingidos pela decisão, enquanto precedente (membros da sociedade, na mesma situação), não sabem ou podem não saber que será proferida decisão com carga normativa que lhes deverá afetar. Se há esta ciência, para este efeito, deve esta ser, sem dúvida alguma, considerada um acaso.

No que tange às partes, a ciência de que seu caso será julgado pelo Tribunal X, no dia X1, gera uma espécie de "dever" de informação, por parte delas, já que lhes cabe tomar ou não ciência do resultado. De todo modo, a decisão desde logo as atinge.

É diferente a situação no que diz respeito à eficácia da decisão enquanto norma. Já que a carga normativa da decisão judicial que é precedente, com elevado grau de vinculatividade, atinge todos, os critérios devem ligar-se à ciência (ou à possibilidade de) que todos tenham conhecimento do teor da decisão.^[27]

77. Prossegue a processualista esclarecendo o porquê da diferença entre o início da vigência da norma legal e o início da vigência da norma judicial:

Todos estão sujeitos à eficácia da lei, a que se dá publicidade no diário oficial; logo, publicidade com o mesmo alcance tem de ser dada a uma decisão (= precedente vinculante) para que se produzam os efeitos de norma jurídica.

A eficácia de um precedente obrigatório depende, inexoravelmente, da publicação da íntegra do acórdão que conferiu solução à questão jurídica, pois, somente assim, será possível aferir os exatos contornos daquilo que foi deliberado e do caminho que deverá ser seguido pelo particular, que deve respeito à carga normativa da decisão.

A necessidade da publicação do acórdão vai ao encontro da posição, que muitos sustentam, no sentido de que, em geral, o que vincula nos precedentes é a *ratio* e não a tese.

As teses vêm sendo formuladas como verdadeiros enunciados normativos, de que, muitas vezes, não consta a *ratio*. De fato, não há como se extrair a *ratio* de uma decisão, sem que esta seja lida e realmente compreendida, em sua essência, já que a *ratio*, no fundo, nada mais é que a essência da decisão, que, por isto, tem que ser interpretada.

Ademais, como se sabe, não cabe ao órgão decisor identificar a *ratio* de sua decisão. Esta delicada e difícil tarefa de identificar a *ratio* da decisão anterior para verificar se esta, ou não, precedente aplicável ao caso que está por decidir. Portanto, para os que sustentam que o que vincula nos precedentes é sempre a *ratio* (não é o nosso caso), tem-se mais uma razão para se considerar a publicação do acórdão *in totum* como requisito para a eficácia do precedente.

Se, de um lado, existe o dever de se agir conforme as pautas de conduta estabelecidas em leis e em precedentes judiciais, de outro há o direito de se saber, com precisão, o que se decidiu. [28]

78. No caso sob apreciação, tendo sido o acórdão do STF no RE-RG 608.872 publicado em 27/09/2017, entendemos que essa data deve ser o marco para o início da vigência da norma jurídica judicial.

5. Do início do julgamento dos Temas 881 e 885 no Supremo Tribunal Federal

79. Como se disse, o debate sobre os efeitos temporais da coisa julgada em face de decisão posterior do STF em sentido contrário ao de sua formação, nas relações tributárias de trato continuativo, pende de análise no âmbito do Supremo Tribunal Federal, mais especificamente nos Temas 881 e 885.

80. No primeiro deles – Tema 881 – a Corte deverá se manifestar sobre “*o limite da coisa julgada em âmbito tributário, na hipótese de o contribuinte ter em seu favor decisão judicial transitada em julgado que declare a inexistência de relação jurídico-tributária, ao fundamento de inconstitucionalidade incidental de tributo, por sua vez declarado constitucional, em momento posterior, na via do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade exercido pelo STF.*”

82. Já no Tema 885 a abordagem importará em determinar “*se e como as decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso fazem cessar os efeitos futuros da coisa julgada em matéria tributária, quando a sentença tiver se baseado na constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo.*”

83. Especificamente quanto ao Tema 885, que trata exatamente da hipótese sob exame, o julgamento, iniciado em 06/05/2022, foi interrompido após o pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes. Contudo, deve-se destacar que já votaram no sentido da tese defendida no presente parecer os Ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes:

Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), que negava provimento ao recurso extraordinário da União, reconhecia, porém, a constitucionalidade da interrupção dos efeitos futuros da coisa julgada em relações jurídicas tributárias de trato sucessivo, quando esta Corte se manifestar em sentido contrário em recurso extraordinário com repercussão geral, propunha a fixação da seguinte de repercussão geral (tema 885): “1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo. 2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das sentenças transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo”, e, por fim, propunha, com base no art. 27 da Lei nº 9.868/1999, que a tese firmada venha a ser aplicada, a partir da publicação da ata de julgamento deste acórdão, considerando o período de anterioridade nonagesimal, nos casos de restabelecimento de incidência de contribuições sociais, e de anterioridade anual e noventena, para o restabelecimento da incidência das demais espécies tributárias, observadas as exceções constitucionais, no que foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber e Dias Toffoli; e do voto do Ministro Gilmar Mendes, que dava provimento do recurso extraordinário para assentar que, em se tratando de relação jurídica de trato sucessivo, a superveniência de interpretação do Plenário do STF, em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, divergente com a exegese transitada em julgado em demanda individual ou coletiva, faz cessar a ultratividade da eficácia preclusiva da coisa julgada formal e material em relação aos efeitos futuros de atos pretéritos, além dos atos futuros, denegando a segurança, e, ao final, sugeria a fixação das seguintes teses de repercussão geral: “1) em se tratando de efeitos pretéritos ou pendentes de atos passados, quando se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, é cabível ação rescisória ou alegação de inexigibilidade do título executivo judicial quando este contrariar a exegese conferida pelo Plenário da Suprema Corte, tal como assentado na ADI 2.418, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 17.11.2016; no RE 730.462, Rel. Min. Teori Zavascki, Pleno, DJe 9.9.2015 (tema 733 da RG); e no RE 611.503, Redator p/acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 10.3.2019 (tema 360 da RG), além do disposto nos §§ 7º e 8º do art. 535 do CPC; e 2) quanto aos efeitos futuros de atos passados, bem ainda de atos futuros, ambos submetidos à relação jurídica de trato continuado, cessa a ultratividade de título judicial fundado em ‘aplicação ou interpretação tida como incompatível com a Constituição’, na situação em que o pronunciamento jurisdicional for contrário ao decidido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, seja no controle difuso, seja no controle concentrado de constitucionalidade, independentemente de ação rescisória ou qualquer outra demanda, diante da cláusula rebus sic stantibus, na linha do que assentado no RE 596.663, Redator p/ acórdão Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe 26.11.2014 (tema 494 da RG)”, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes.

84. Embora não encerrada a votação, razão pela qual as conclusões dispostas no presente parecer são passíveis de alteração após a conclusão do julgamento dos temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal, os votos já proferidos sinalizam no mesmo sentido ora exposto, devendo-se destacar que no caso sob análise nem mesmo se colocam obstáculos decorrentes de eventual modulação dos efeitos ou observância aos princípios da anterioridade, uma vez que, *in casu*, os beneficiários da decisão judicial não são contribuintes do imposto.

6. Particularidades do caso concreto – Proteção da confiança e boa-fé objetiva

85. Poder-se-ia objetar – como de fato vem sendo feito por parcela relevante da doutrina – que a decisão anterior transitada em julgado deveria projetar efeitos futuros *ad eternum*, não só em prol da segurança jurídica e da estabilidade das relações alcançadas pela coisa julgada, como ainda em respeito ao princípio da proteção da confiança e da boa fé objetiva do contribuinte, que obteve em seu favor o reconhecimento judicial da exoneração do dever de pagar o tributo, ainda que decisão posterior do Supremo Tribunal Federal tenha reconhecido que, em casos que tais, a exigência é constitucional.

86. No caso sob análise, ainda há um elemento adicional que certamente induziu nos contribuintes à confiança de que o ICMS não precisaria ser destacado e recolhido pelos fornecedores da Entidade Filantrópica, em virtude de decisão judicial que lhe era favorável. Trata-se da Certidão SEF (36382359) emitida em 26.01.2015 que atesta:

O SECRETÁRIO DE ESTADO DE FAZENDA, no uso de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Lei Federal nº 9.051, de 18 de maio de 1995, **CERTIFICA**, a pedido do interessado, com base em informação da Advocacia-Geral do Estado, que [REDACTED] inscrita no CNPJ sob o nº [REDACTED] com sede na [REDACTED] nº [REDACTED] MG, obteve decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, transitada em julgado (Apelação Cível nº [REDACTED], reconhecendo a imunidade objetiva, em relação ao ICMS, na aquisição, no Estado de Minas Gerais, de mercadorias efetuadas pela Fundação e destinadas à realização de suas atividades filantrópicas, no âmbito do Estado de Minas Gerais.

O contribuinte de ICMS inscrito no Estado que remeter mercadoria à **FUNDAÇÃO** [REDACTED] sem o destaque do imposto, com base na decisão supramencionada, deverá promover o estorno dos créditos de ICMS relativos à mercadoria, nos termos do disposto no art. 71, I, do Regulamento do ICMS (Decreto nº 43.080, de 13 de dezembro de 2002).

87. Embora referida certidão tenha sido emitida dois anos antes da decisão do Supremo Tribunal Federal no Tema 342, ela continua sendo utilizada pela Fundação para garantir a seus fornecedores que não necessitam destacar e recolher o ICMS nas operações de venda que tenham a entidade como destinatária, conforme notícia a Consulente no Ofício SEF/SRE nº. 16/2022.

88. O fato é que se pode considerar que referida certidão leva os fornecedores da entidade a deduzir que a própria Administração reconhece a não incidência tributária, o que faz com que, além de deixarem de recolher, deixem de destacá-lo no documento fiscal e, portanto, deixem de repassá-lo ao consumidor final, que *in casu*, é a entidade filantrópica.

89. Por outro lado, nessa operação, inexistente relação jurídica entre a Entidade (consumidor final) e o Fisco, fazendo com que o tributo não possa ser dela cobrado, uma vez que o seu fornecedor é quem é o sujeito passivo da operação.

90. Poderia o Fisco cobrar o tributo diretamente do Fornecedor? Ao nosso ver, tal medida configuraria situação de extrema injustiça, uma vez que ele deixou de recolher amparado em um ato administrativo válido que atestava a inexistência dessa obrigação. Ademais, ele não teria como repassar o ônus desse pagamento ao consumidor, uma vez já exaurida a relação de consumo e pago o valor das mercadorias adquiridas, sem o destaque do imposto.

91. Embora nossa Constituição não reconheça o princípio da irretroatividade em relação aos atos do Poder Executivo^[29], como devem respeitar e cumprir as leis estritamente, e como as leis não retroagem, porque isso é da natureza das leis, não podem tais atos retroagir.^[30]

92. Deve-se, contudo, diferenciar aqui os decretos, criadores de expectativas normativas mais fortes, dos atos complementares, cuja retroação se admite, sem a aplicação, no entanto, de juros e penalidades, conforme mitigação expressa no próprio Código Tributário Nacional:

Art. 100. São normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos:

I - os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas;

II - as decisões dos órgãos singulares ou coletivos de jurisdição administrativa, a que a lei atribua eficácia normativa;

III - as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas;

IV - os convênios que entre si celebrem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Parágrafo único. A observância das normas referidas neste artigo exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo.

93. No entanto, se o ato administrativo precedente traduzir interpretação favorável ao contribuinte, para parcela importante da doutrina, a posterior alteração de entendimento da Administração, por agravar a situação do contribuinte, não poderia, em prestígio ao princípio da proteção da confiança legítima e da boa-fé objetiva, retroagir. Socorremo-nos, novamente, das lições de MISABEL DERZI:

A questão se apresenta de forma diferente relativamente ao efeito dos erros, advindos nessas regulamentações, se eles eram favoráveis aos cidadãos-contribuintes. Evidentemente, tais erros podem e devem ser retificados, mas as consequências de tais correções serão diferentes. A Administração tributária, com base na mesma lei, após ter publicado normas regulamentares, mais favoráveis ao contribuinte, pode alterar seu entendimento, considerando o primeiro viciado. Ou mesmo, sem ter havido vício, poderá a Administração mudar as normas baixadas, para aperfeiçoar a legislação, adotando outra interpretação, admissível dentro do espaço compreensivo da lei? Aqui, sim, afloram os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, em plena força. Enfim, tais princípios ressurgem naqueles pontos em que as garantias se fragilizam, pois os atos modificativos representam um agravamento da situação do cidadão-contribuinte. Se ele confiou na legislação vigente e se comportou exatamente de acordo com ela, obedecendo aos comandos de seu credor, em razão dos atos indutores da confiança, praticados pelo próprio Poder Executivo, seria ético que fossem punidos retroativamente, ou, mesmo, em certas circunstâncias, não se mantivessem aqueles atos para o passado?

Será exatamente nas mudanças das normas editadas, para onerar mais intensamente o contribuinte, o administrado, embora se tivesse mantido iguais as mesmas leis que as fundamentam, é que emergem os princípios da irretroatividade, da proteção da confiança e da boa-fé.[\[31\]](#)

94. E, tratando especificamente dos atos administrativos individuais – a exemplo da certidão de que ora tratamos – pondera a autora:

O mesmo fenômeno poderá ocorrer, na concreção de tais normas, nos atos administrativos individuais de lançamento, cobrança e autuações, que estiverem em desacordo com as leis que os dominam. Os erros originários, se prejudiciais ao contribuinte, poderão ser corrigidos de ofício ou mediante provocação. A solução modificadora não envolve a invocação da retroatividade, da proteção da confiança ou da boa-fé. O que se apresenta é, a rigor, o retorno à legalidade. Mas diversas serão as consequências se as modificações, ditas corretivas, se fizerem em detrimento da posição do contribuinte. Nessas circunstâncias, das alterações dos atos individuais ou de sua revogação, agravadoras dos deveres do cidadão-contribuinte, novamente podem aflorar, de forma plena, a questão da irretroatividade (por analogia), da proteção da confiança e da boa-fé).[\[32\]](#)

95. Tal argumento vem reforçado no art. 146 do CTN, que consagra a irretroatividade dos critérios jurídicos utilizados para o lançamento:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

96. Embora o dispositivo, em tese, aparente legitimar a cobrança do ICMS que deixou de ser destacado e recolhido pelo fornecedor desde a publicação do acórdão do STF no RE-RG nº 608.872, a existência de uma certidão da SEFAZ que atestava a desoneração, ao nosso ver, atrai a aplicação da teoria da aparência no Direito Tributário (fundada e justificada na responsabilidade pela confiança gerada).

97. Inobstante, com a revogação expressa da certidão mencionada, não há que se falar em ato indutor de confiança, ou em boa-fé, sendo, portanto, ato que se impõe com a máxima urgência, uma vez que a norma judicial extraída da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já não mais sustenta os fundamentos que ensejaram no passado a sua expedição.

CONCLUSÕES

98. Diante exposto, passamos a sintetizar as respostas às questões colocadas para apreciação desta Consultoria Jurídica:

1. Há alteração no entendimento externado pela AGE no documento de SEI 1080.01.0065163/2019-22 (documento SEI 42588613), de que após decisão do STF em sentido contrário, em sede de repercussão geral, não mais prevaleceriam os efeitos de decisões transitadas em julgado em desfavor da Fazenda Pública, as quais reconheceram a imunidade tributária nas operações de aquisição de mercadorias por Entidades Filantrópicas?

99. Não. Com a devida ressalva de que não se trata de “relativização” ou “flexibilização” da coisa julgada, conforme demonstrado no item 4 *supra*, a alteração das circunstâncias jurídicas existentes ao tempo da prolação daquelas decisões judiciais transitadas em julgado faz surgir uma relação jurídica tributária nova, que, por essa razão, não é alcançada pelos limites que balizaram referida decisão. Assim, corroboramos o entendimento externado pela AGE no documento de SEI 1080.01.0065163/2019-22 (documento SEI 42588613), no sentido de que, “no caso em exame, tendo em vista o pronunciamento do col. STF no RE 608.872/MG com repercussão geral reconhecida, não subsiste a coisa julgada obtida pela Fundação da Fundação [sic] () para adquirir mercadorias para seu uso com imunidade do ICMS.”

2.1. A partir de que data não mais deverão ser considerados válidos os efeitos das decisões judiciais transitadas em julgado, favoráveis às Entidades Filantrópicas, tendo em vista os efeitos da decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG?

100. Com a interpretação conferida pelo STF ao preceito imunitório, surge no mundo jurídico uma nova norma que, a par de reconhecer validade do art. 150, VI, c, determina que *“a imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido”* (Tese 342 da Repercussão Geral).

101. Embora venha o STF constantemente se referido à publicação da ata de julgamento como marco temporal de eficácia de suas decisões, entendemos que essa norma judicial passa a valer para todos (*erga omnes*) a partir da publicação do acórdão que a fixou, que, no caso sob apreciação, se deu em 27/09/2017.

2.2. Poderá ser efetuado o lançamento do crédito tributário dos valores de ICMS eventualmente devidos, com os acréscimos legais, independentemente de autorização judicial específica para tal?

102. No caso sob análise, há um elemento que certamente induziu nos contribuintes a confiança de que o ICMS não precisaria ser destacado e recolhido pelos fornecedores da Entidade Filantrópica, em virtude de decisão judicial que lhe era favorável. Trata-se da Certidão SEF (36382359) emitida em 26.01.2015, que levou os fornecedores da entidade a deduzir que a própria Administração reconhecia a não incidência tributária.

103. Por outro lado, eventual lançamento deveria ser feito contra os fornecedores da instituição, uma vez que na operação de venda de mercadorias, inexistente relação jurídica entre a Entidade (consumidor final) e o Fisco, fazendo com que o tributo não possa ser dela cobrado, sendo seu fornecedor o sujeito passivo da operação.

104. Ao nosso ver, o lançamento do tributo diretamente contra o Fornecedor, por operações que já ocorreram e nas quais não seria mais possível o repasse do ônus financeiro ao consumidor final, configuraria situação de extrema injustiça, considerando-se que o não recolhimento foi amparado em um ato administrativo válido que atestava a inexistência dessa obrigação.

105. Ademais, consideramos que o princípio da irretroatividade também deve ser aplicado aos atos administrativos, argumento este que vem reforçado no art. 146 do CTN.

106. Embora o dispositivo, em tese, aparente legitimar a cobrança do ICMS que deixou de ser destacado e recolhido pelo fornecedor desde a publicação do acórdão do STF no RE-RG nº 608.872, a existência de uma certidão da SEFAZ que atestava a desoneração, ao nosso ver, atrai a aplicação da teoria da aparência ao Direito Tributário (fundada e justificada na responsabilidade pela confiança gerada).

107. Inobstante, com a revogação expressa da certidão mencionada, não há que se falar em ato indutor de confiança, ou em boa-fé, sendo, portanto, ato que se impõe com a máxima urgência, uma vez que a norma judicial extraída da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já não mais sustenta os fundamentos que ensejaram no passado a sua expedição.

2.3. Há alguma recomendação da AGE no sentido de se aguardar a decisão do STF em relação aos temas 881 e 885, antes de qualquer procedimento no sentido de se desconsiderar as decisões judiciais transitadas em julgado anteriores à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG?

108. Embora o julgamento dos temas referidos estivesse previsto para 11/05/2022, a apreciação da matéria foi novamente adiada em razão do pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes.

109. Por outro lado, conforme demonstrado na resposta à questão anterior, opinamos, por cautela, pela necessidade de revogação da certidão da SEF antes de se proceder a qualquer ato de cobrança efetiva do tributo.

110. Assim, não há qualquer recomendação da AGE no sentido de se aguardar a decisão do STF em relação aos temas 881 e 885, antes de se adotarem os procedimentos apontados nesse parecer, não no sentido de se desconsiderar as decisões judiciais transitadas em julgado, mas sim de considerá-las superadas por ulterior norma jurídica judicial, consubstanciada na decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG.

3. A cassação da certidão emitida pela SEF para a Fundação [REDACTED], atestando a existência de decisão judicial transitada em julgado em seu favor, pode ser efetuada de ofício, mediante garantia do exercício da ampla defesa e do contraditório, de acordo com os procedimentos erigidos da Lei nº 14.184/02?

111. Sim, pode e deve, uma vez que a norma judicial extraída da decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal já não mais sustenta os fundamentos que ensejaram no passado a sua expedição.

4. Sendo positiva a resposta ao quesito 3, a AGE possui recomendações especiais para que o ato de cassação se revista de plena juridicidade?

112. Acreditamos que, por se tratar de ato unilateral da Administração, não há quaisquer recomendações especiais para o ato de cassação da certidão, ressalvada a possibilidade de comprovação de que o destinatário do documento teve plena ciência dessa revogação.

5. A exigência do ICMS seria possível em relação ao período anterior à cassação da certidão da Fundação [REDACTED] compreendendo fatos geradores ocorridos posteriormente à decisão do STF no Recurso Extraordinário nº 608.872/MG?

113. Vide resposta à questão 2.3.

114. Por fim, deve-se ressaltar que como ainda não foi encerrado o julgamento dos temas 881 e 885 pelo Supremo Tribunal Federal, as conclusões dispostas no presente parecer são passíveis de alteração após a conclusão do referido julgamento.

115. Contudo, ainda que prevaleça a modulação proposta nos votos dos relatores, acreditamos que no caso sob análise não se colocariam obstáculos decorrentes de eventual modulação ou observância aos princípios da anterioridade, uma vez que, *in casu*,

os beneficiários da decisão judicial não são contribuintes do imposto.

116. É o parecer, salvo melhor juízo.

Belo Horizonte, 20 de maio de 2022.

Daniela Victor de Souza Melo
Procuradora do Estado
OAB/MG nº 78.287 – MASP 1001009-8

De acordo. Aprovado.

Wallace Alves dos Santos
Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica

Sérgio Pessoa de Paula Castro
Advogado-Geral do Estado de Minas Gerais

[1] RE 608872

Órgão julgador: Tribunal Pleno

Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI

Julgamento: 23/02/2017

Publicação: 27/09/2017

Ementa

EMENTA Recurso extraordinário. Repercussão geral. Imunidade do art. 150, inciso VI, alínea a, CF. Entidade beneficente de assistência social. Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Aquisição de insumos e produtos no mercado interno na qualidade de contribuinte de fato. Beneplácito reconhecido ao contribuinte de direito. Repercussão econômica. Irrelevância. 1. Há muito tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a imunidade tributária subjetiva se aplica a seus beneficiários na posição de contribuintes de direito, mas não na de simples contribuintes de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a discussão acerca da repercussão econômica do tributo envolvido. Precedentes. 2. Na primeira metade da década de sessenta, alguns julgados já trataram do tema, ensejando a edição da Súmula nº 468/STF. Conforme o enunciado, após a Emenda Constitucional 5, de 21/11/1961, o imposto federal do selo era devido pelo contratante não beneficiário de desoneração constitucional (contribuinte de direito) em razão de contrato firmado com a União, estado, município ou autarquia, ainda que a esses entes imunes fosse repassado o encargo financeiro do tributo por força da repercussão econômica (contribuintes de fato). 3. A Súmula nº 591, aprovada em 1976, preconiza que “a imunidade ou a isenção tributária do comprador não se estende ao produtor, contribuinte do imposto sobre produtos industrializados”. 4. Cuidando do reconhecimento da imunidade em favor de entidade de assistência social que vendia mercadorias de sua fabricação (contribuinte de direito), admite o Tribunal a imunidade, desde que o lucro obtido seja aplicado nas atividades institucionais. 5. À luz da jurisprudência consagrada na Corte, a imunidade tributária subjetiva (no caso do art. 150, VI, da Constituição Federal, em relação aos impostos) aplica-se ao ente beneficiário na condição de contribuinte de direito, sendo irrelevante, para resolver essa questão, investigar se o tributo repercute economicamente. 6. O ente beneficiário de imunidade tributária subjetiva ocupante da posição de simples contribuinte de fato – como ocorre no presente caso –, embora possa arcar com os ônus financeiros dos impostos envolvidos nas compras de mercadorias (a exemplo do IPI e do ICMS), caso tenham sido [...]

Tema

342 - Imunidade de ICMS sobre produtos e serviços adquiridos por entidade filantrópica.

Tese

A imunidade tributária subjetiva aplica-se a seus beneficiários na posição de contribuinte de direito, mas não na de simples contribuinte de fato, sendo irrelevante para a verificação da existência do beneplácito constitucional a repercussão econômica do tributo envolvido.

[2] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed., atual., ampl., 2021, Salvador: JusPODVM, pág. 1992.

[3] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed., atual., ampl., 2021, Salvador: JusPODVM, pp. 1992-1993.

[4] Art. 102, § 2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

[5] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

[6] CF/88, art. 102, § 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

[7] Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.

[8] Art. 543-B, § 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

(...)

Art. 543-C, § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

[9] Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno.

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do *caput* do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

§ 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º.

§ 2º Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016.

§ 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do *caput*.

§ 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus .

§ 5º Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016.

§ 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036.

§ 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do *caput* contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do *caput*.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único .

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator.

Art. 1.038. O relator poderá:

I - solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno;

II - fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir o procedimento;

III - requisitar informações aos tribunais inferiores a respeito da controvérsia e, cumprida a diligência, intimará o Ministério Público para manifestar-se.

§ 1º No caso do inciso III, os prazos respectivos são de 15 (quinze) dias, e os atos serão praticados, sempre que possível, por meio eletrônico.

§ 2º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais ministros, haverá inclusão em pauta, devendo ocorrer o julgamento com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de *habeas corpus*.

§ 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida.

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

Parágrafo único. Negada a existência de repercussão geral no recurso extraordinário afetado, serão considerados automaticamente inadmitidos os recursos extraordinários cujo processamento tenha sido sobrestado.

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

Art. 1.041. Mantido o acórdão divergente pelo tribunal de origem, o recurso especial ou extraordinário será remetido ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.036, § 1º.

§ 1º Realizado o juízo de retratação, com alteração do acórdão divergente, o tribunal de origem, se for o caso, decidirá as demais questões ainda não decididas cujo enfrentamento se tornou necessário em decorrência da alteração.

§ 2º Quando ocorrer a hipótese do inciso II do caput do art. 1.040 e o recurso versar sobre outras questões, caberá ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, depois do reexame pelo órgão de origem e independentemente de ratificação do recurso, sendo positivo o juízo de admissibilidade, determinar a remessa do recurso ao tribunal superior para julgamento das demais questões.

[10] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[11] DIDIER Jr., Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. 13. ed. reescrita de acordo com o Novo CPC. Salvador: Jus Podivum, 2016, v. 3, p. 376. Embora os autores afirmem que “o recurso extraordinário passa a servir como um instrumento para a solução do caso do recorrente e para a definição do precedente obrigatório sobre a questão constitucional nele versada”, veremos que isso só ocorre com os recursos extraordinário julgados pela sistemática dos recursos repetitivos ou decididos pelo plenário do Supremo Tribunal Federal.

[12] Na linguagem do legislador a repetição de demandas em matéria constitucional leva à presunção da existência de repercussão geral:

CPC/2015

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

§ 1º O recurso tem efeito suspensivo, presumindo-se a repercussão geral de questão constitucional eventualmente discutida.

[13] Art. 326-A do Regimento Interno do STF. Caso o Presidente do STF entenda não ser o caso de se promover a afetação, o julgamento do recurso seguirá o rito normal, sendo distribuído a uma das Turmas do Supremo Tribunal Federal, e a decisão será comunicada à instância de origem e ao Superior Tribunal de Justiça, inclusive para que seja revogada a decisão de suspensão do trâmite dos processos que restaram sobrestados.

Art. 326-a. Os recursos indicados como representativos de controvérsia constitucional pelas instâncias de origem e os feitos julgados no Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática de recursos repetitivos serão registrados previamente ao Presidente, que poderá afetar o tema diretamente ao Plenário Virtual, na forma do art. 323 do regimento interno, distribuindo-se o feito por sorteio, em caso de reconhecimento da repercussão geral, a um dos ministros que tenham se manifestado nesse sentido. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

§ 1º Caso os recursos representativos de controvérsia constitucional ou os feitos julgados no stj sob a sistemática de recursos repetitivos não recebam proposta de afetação pelo Presidente e sejam distribuídos, poderá o relator proceder na forma do art. 326, caput e parágrafos. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

§ 2º A decisão proferida nos processos mencionados no § 1º será comunicada à instância de origem e ao Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, inclusive para os fins do art. 1.037, § 1º, do Código de Processo Civil. (Incluído pela Emenda Regimental n. 54, de 1º de julho de 2020)

[14] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

(...)

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

(...)

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[15] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 453.

[16] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Op. cit.*, pp. 203-204.

[17] DIDIER Jr., Fredie.; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. de. *Curso de Direito Processual Civil*. 11. ed. Salvador: Jus Podivum, 2016, v. 2, pp. 527-528

[18] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. 3, p. 322.

[19] CPC, Art. 319. A petição inicial indicará:

I - o juízo a que é dirigida;

II - os nomes, os prenomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

§ 1º Caso não disponha das informações previstas no inciso II, poderá o autor, na petição inicial, requerer ao juiz diligências necessárias a sua obtenção.

§ 2º A petição inicial não será indeferida se, a despeito da falta de informações a que se refere o inciso II, for possível a citação do réu.

§ 3º A petição inicial não será indeferida pelo não atendimento ao disposto no inciso II deste artigo se a obtenção de tais informações tornar impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça.

[20] FIDÉLIS, Ernani dos Santos. *Manual de Direito Processual Civil*, 15. Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 522.

[21] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil. Comentado artigo por artigo*. 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 450. As referências, feitas ao CPC/73, correspondem ao atual art. 337, §§ 2º e 3º do CPC/2015.

[22] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

[23] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 20.

[24] A autora, citando JEAN-CLAUDE MILNER, esclarece que a diferença entre Poder e autoridade é que enquanto um poder é criador de regras, uma autoridade faz respeitar as regras que ela não cria. *Op. cit.*, p. 50.

[25] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 62.

[26] CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 3, p. 376.

[27] ALVIM, Teresa Arruda. *O momento da eficácia de um precedente*. 4.set.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/332886/o-momento-da-eficacia-de-um-precedente>

[28] ALVIM, Teresa Arruda. *Op. cit.*

[29] O princípio da irretroatividade da lei tributária vem consagrado no art. 150, III, *a* da CF/88, *in verbis*:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

III - cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

[30] Essa ideia vem muito bem desenvolvida pela Professora Misabel Derzi em sua tese de titularidade. Cf. DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009, em especial no Capítulo IV, Parte A, item 7.4.

[31] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Op. cit.*, pp. 478-479.

[32] DERZI, Misabel Abreu Machado. *Op. cit.*, p. 479.

Aprovado em:



Documento assinado eletronicamente por **Daniela Victor de Souza Melo, Procurador(a) do Estado**, em 20/05/2022, às 08:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Wallace Alves dos Santos, Procurador(a) Chefe**, em 20/05/2022, às 09:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Sergio Pessoa de Paula Castro, Advogado Geral do Estado**, em 20/05/2022, às 17:42, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **46864525** e o código CRC **39A7AD97**.

Referência: Processo nº 1190.01.0019323/2021-70

SEI nº 46864525