

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LÍVIA TROGLIO STUMPF**

**COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Porto Alegre  
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**LÍVIA TROGLIO STUMPF**

**COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como exigência parcial à obtenção do grau de Mestre

Prof. Doutor Humberto Bergmann Ávila

Porto Alegre  
2012

Aos meus pais, pelo suporte ao longo dessa caminhada.  
Ao Professor Humberto Ávila, por todas as oportunidades.



## RESUMO

Uma das situações mais problemáticas causadas pela coexistência dos modelos de controle concentrado e difuso de constitucionalidade, no ordenamento jurídico brasileiro, com uma norma constitucional que estabeleça a inviolabilidade da coisa julgada, consiste certamente no fenômeno da “coisa julgada inconstitucional”.

Todavia, a aproximação desses modelos de controle com o que se tornou conhecido por “abstrativização” do controle difuso de constitucionalidade, ao invés de auxiliar na resolução da questão, tem tornado mais tormentosos os questionamentos sobre o tratamento a ser conferido às sentenças de mérito que adotam entendimento diverso daquele estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua função de guardião da Constituição.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo contribuir para a construção de uma fórmula capaz de conciliar a coisa julgada com o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Para tanto, foi escolhido o pano de fundo das obrigações tributárias, justamente porque, em razão de seu fundamento constitucional, nelas se apresenta de forma bastante evidente a necessidade de equilíbrio entre a segurança jurídica e da ordenação do processo, de um lado, e a supremacia da Carta Constitucional, das limitações ao poder de tributar e dos direitos fundamentais do contribuinte, de outro lado.

A investigação parte do exame da coisa julgada sob a perspectiva de sua função na Constituição Federal de 1988, indetificando-se os valores que esse instituto busca concretizar. Na sequência, pretende-se demonstrar o modo como a coisa julgada realiza suas finalidades, destacada sua importância na limitação dos poderes do Estado. A partir daí, propõe-se uma qualificação da norma constitucional protetiva da coisa julgada segundo os critérios fornecidos pela teoria dos direitos fundamentais.

A segunda parte do estudo analisa a atual configuração do controle de constitucionalidade no Brasil, tendo por objeto seu exercício diante de processos tributários. Nesse momento, a preocupação central está em definir com precisão os efeitos produzidos pelo juízo de validade da norma (em controle concentrado e difuso) sobre as relações jurídicas tributárias, conforme tenham elas sido objeto de decisão com autoridade de coisa julgada ou não.

A parte final desta dissertação, por sua vez, reúne os principais elementos resultantes da pesquisa sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade, para, enfim, limitarem-se as hipóteses em que há coisa julgada inconstitucional, e, então, sugerirem-se soluções para eventual conflito entre a coisa julgada e os efeitos do controle de constitucionalidade, sempre no contexto das relações tributárias.

Palavras-chave: controle de constitucionalidade, coisa julgada, direito tributário.

## ABSTRACT

One of the most significant issues triggered by the coexistence of diffuse and concentrated constitutional review in Brazilian law, and the constitutional provision that sets out the authority of *res judicata* is definitely the phenomenon of “unconstitutional *res judicata*”.

However, the approximation of these models of judicial review, due to what has been known as the “objectivation” of diffuse constitutional review, instead of assisting one to resolve the issue, has increased the number of tormenting questions regarding the treatment granted to judgments that have adopted different legal basis from the *rationes decidendi* set out by the Supremo Tribunal Federal while exercising its function as the Constitution Guardian.

In such context, this study aims to contribute toward the construction of a formula capable of reconciling *res judicata* and the Brazilian system of judicial review. To do this, tax obligations were chosen to serve as the background setting, for their deeply embedded constitutional roots show in a most significant way the need to reach a balance between legal certainty and order in judicial procedure, on the one hand, and the Supremacy Clause of the Constitution, the limitations on taxing authorities’ powers, and the taxpayer’s fundamental rights, on the other hand.

The study begins examining *res judicata* from the perspective of its role under the 1988 Federal Constitution, identifying the values that the institute seeks to achieve. In sequence, I intend to demonstrate how *res judicata* achieves these purposes, highlighting its importance in limiting State powers. Thereafter, I propose to the classify *res judicata* protection clause in accordance with the criteria provided by a theory of fundamental rights.

The second part of the study aims to analyze the current status of constitutional judicial review Brazil in light of tax litigation proceedings. At this point, the main concern is to accurately define the effects deriving from a ruling in favour of a norm’s validity (in both concentrated and diffuse review) onto tax relations, according to whether these have been decided upon with the authority of *res judicata* or not.

The final part of the thesis, on its turn, joins the main results from the prior research on *res iudicata* and judicial review to limit cases in which one can speak of “unconstitutional *res iudicata*”, and suggest solutions to a potential conflict between *res iudicata* and effects of judicial review, always in light of tax relations.

Key-words: judicial review, *res iudicata*, tax law and tax proceedings..

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>9</b>
<b>1 COISA JULGADA E INCONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>12</b>
1.1 DEFINIÇÃO DA COISA JULGADA .....	12
1.2 LIMITES DA COISA JULGADA .....	19
<b>1.2.1 Limites Subjetivos da Coisa Julgada</b> .....	<b>19</b>
<b>1.2.2 Limites objetivos da coisa julgada</b> .....	<b>24</b>
<b>1.2.3 Limites temporais da coisa julgada</b> .....	<b>24</b>
1.3 SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA .....	27
<b>1.3.1 Relação entre Segurança Jurídica e Coisa Julgada</b> .....	<b>27</b>
<b>1.3.2 Destinatários da proibição de modificação da coisa julgada</b> .....	<b>29</b>
<b>1.3.3 Refrações da segurança jurídica concretizadas pela coisa julgada</b> .....	<b>30</b>
<b>1.3.4 Natureza jurídica dos direitos protegidos pela coisa julgada</b> .....	<b>31</b>
<b>1.3.5 A Bi-dimensionalidade da proteção constitucional à coisa julgada</b> .....	<b>31</b>
1.4 A COISA JULGADA NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	34
<b>1.4.1 A coisa julgada como direito à ação negativa (direito de defesa)</b> .....	<b>35</b>
1.4.1.1 <i>A coisa julgada enquanto como direito à não-eliminação de posição jurídica abstrata</i> .....	36
1.4.1.2 <i>A coisa julgada como direito à não-eliminação de posição jurídica concreta</i> .....	38
<b>1.4.2 A coisa julgada como direito à organização e ao procedimento</b> .....	<b>39</b>
1.5 O MODO DE ATUAÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À COISA JULGADA .....	43
<b>1.5.1 Finalidade específica da proteção à coisa julgada na concretização da eficácia ex post da segurança jurídica</b> .....	<b>43</b>
<b>1.5.2 Finalidade específica da proteção à coisa julgada na concretização da eficácia ex ante da segurança jurídica</b> .....	<b>54</b>
<b>2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>62</b>
2.1 OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....	63
<b>2.1.1 As normas tributárias como objeto de controle concentrado de constitucionalidade</b> .....	<b>63</b>
<b>2.1.2 As normas tributárias como objeto do controle difuso de constitucionalidade</b> .....	<b>67</b>
2.2 EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE ....	72
<b>2.2.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado</b> .....	<b>72</b>
2.2.1.1 <i>Efeitos subjetivos do controle concentrado</i> .....	72
2.2.1.2 <i>Alcance dos efeitos Objetivos do controle concentrado</i> .....	76
<b>2.2.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso</b> .....	<b>79</b>
2.2.2.1 <i>Efeitos Subjetivos no controle difuso</i> .....	79
2.2.2.2 <i>Alcance dos efeitos objetivos no controle difuso</i> .....	83
2.3 EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE ..	84
<b>2.3.1 Efeitos temporais no controle concentrado</b> .....	<b>86</b>
<b>2.3.2 Efeitos temporais no controle difuso</b> .....	<b>89</b>
<b>3 COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E INCONSTITUCIONALIDADE</b> .....	<b>97</b>
3.1 DELIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES EM QUE HÁ COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL .....	97
<b>3.1.1 Critério do sentido da decisão</b> .....	<b>97</b>
<b>3.1.2 Critério da eficácia da decisão</b> .....	<b>101</b>

3.1.2.1 As diferentes eficácias da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.....	
3.1.2.2 Relação entre a literalidade da violação à Constituição provocada pela sentença e a eficácia da decisão .....	103
<b>3.1.3 Critério do pedido e causa de pedir.....</b>	<b>106</b>
3.1.3.1 Decisão sobre elementos mutáveis da relação jurídica tributária.....	107
3.1.3.2 Decisão sobre elementos permanentes da relação tributária.....	109
3.2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS.....	118
<b>3.2.1 Declaração de inconstitucionalidade pelo STF com efeito <i>erga omnes</i> anterior ao exaurimento dos efeitos de sentença sobre elementos mutáveis da relação tributária .....</b>	<b>118</b>
<b>3.2.2 Declaração de inconstitucionalidade pelo STF com efeitos gerais posterior à sentença sobre elementos imutáveis da relação tributária .....</b>	<b>126</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>139</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>146</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA .....</b>	<b>152</b>

## INTRODUÇÃO

A abundância de estudos dedicados à coisa julgada inconstitucional parece indicar ser este é um dos temas que mais inquietação tem provocado na doutrina e na jurisprudência brasileira. E esse não é um fenômeno recente. Não faltam obras de conteúdo invejável dedicadas à coisa julgada inconstitucional, como resultado da intensa investigação e reflexão que um tema de tamanha complexidade reclama. Em algumas delas, a abordagem da coisa julgada inconstitucional toma ares de uma verdadeira teoria geral sobre o assunto. Em outras, aprofunda-se à especificidade de relações substanciais específicas, como ocorre nos casos das relações de paternidade, das relações coletivas, e, como não poderia deixar de ser, também das relações jurídicas tributárias.

Ocorre, todavia, que apesar do nível atingido pelo debate sobre a coisa julgada inconstitucional, quer em análises gerais, quer em abordagens específicas, ainda parece estar longe a formação de um consenso sobre conceitos e elementos fundamentais ao enfrentamento científico do tema. Partindo de princípios constitucionais de destaque, a dogmática apresenta entendimentos sobre a coisa julgada inconstitucional que apontam para direções diametralmente opostas, impedindo a identificação da correta solução do impasse gerado por uma declaração do STF que estabelece a inconstitucionalidade da norma utilizada como fundamento por decisão que recebeu a autoridade de coisa julgada.

A balança ora pende para o lado da manutenção da coisa julgada, ora pende para o lado do reconhecimento da absoluta nulidade do que for contrário à Constituição, criando um *habitat* perfeito para o nascimento e o crescimento da insegurança jurídica.

As decisões no âmbito dos tribunais, embora já apresentem alguns elementos comuns, ainda não permitem que se chegue a uma resposta definitiva quando o assunto é o tratamento dispensado à coisa julgada inconstitucional.

Diante deste contexto de incerteza sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade com relação à sentença de mérito transitada em julgado, revela-se o interesse em desenvolver (mais) um trabalho científico a respeito do tema. O desafio de desvendar o fenômeno da coisa julgada inconstitucional implica invariavelmente deslindar a tensão entre garantias fundamentais como a segurança jurídica e a organização do processo judicial, de um lado, e, de forma genérica, a

máxima efetividade dos direitos fundamentais substanciais, de outro lado. Em vista disso, considerando-se as limitações inerentes à monografia dissertativa, dificilmente poderá dar-se a tarefa por cumprida neste estudo.

Já não fosse suficiente a dificuldade da problemática enfrentada, nesse estudo o ponto-chave está situado em um contexto que adota como plano de fundo o Sistema Constitucional Tributário, no qual se revela de forma tão acentuada a preocupação com os direitos fundamentais do contribuinte e os limites aos poderes do Estado. No entanto, desse modo viabiliza-se demonstrar de forma concreta como a incidência do comando da imutabilidade da coisa julgada, de acordo com a natureza da relação jurídica discutida em juízo, pode produzir efeitos mais ou menos desejáveis sob uma ótica global do ordenamento constitucional.

Assim, estudar a coisa julgada inconstitucional com foco no direito tributário confere um colorido especial ao caminho até a compatibilização entre a segurança jurídica e os direitos fundamentais. A análise científica da coisa julgada inconstitucional sob o ponto de vista do direito tributário, não resta dúvida, serve como prova real à certificação dos parâmetros utilizados para a resolução do problema, exigindo, por isso, especial precisão conceitual, sem dispor de uma observação global e sistemática da ordem constitucional.

A metodologia escolhida para o desenvolvimento do assunto proposto tem como base primordial a doutrina especializada, sem prejuízo da análise da jurisprudência pertinente, e das normas relacionadas ao tema.

Uma vez justificada a pertinência da proposta de dissertação, definido seu objeto e exposto o método científico empregado, resta agora apresentar a forma como o tema é abordado.

O primeiro capítulo é dedicado ao estudo da coisa julgada. Nele se trata de sua definição, fundamento jurídico, bem como de sua relação com o princípio da segurança jurídica. Adiante, analisa-se como atua a proteção da coisa julgada, propondo-se uma diferenciação conforme o sujeito a que se imponha a norma constitucional, se o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário. Por fim, pretende-se situar a coisa julgada na teoria dos direitos fundamentais, demonstrando sua função como direito de proteção e ainda destacando um segundo importante fundamento, paralelo ao valor segurança, qual seja, a ordenação do processo.

O segundo capítulo propõe-se a traçar um panorama geral sobre o controle de constitucionalidade no Brasil, analisando sua relação com processos que tenham

por objeto obrigações tributárias. Examinam-se, também, os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso, atentando para todas as dimensões de eficácia dessa decisão (objetiva, subjetiva e temporal).

No último capítulo promove-se a reunião das conclusões extraídas do estudo da coisa julgada e do controle de constitucionalidade, propondo-se uma solução para eventual conflito de normas constitucionais provocados pela incompatibilidade entre a decisão do STF e o fundamento da decisão com autoridade de coisa julgada. Para tanto, parte-se da identificação dos *reais* casos de coisa julgada tributária inconstitucional, para que, em seguida, se equacionem os princípios constitucionais da supremacia da Constituição, da legalidade tributária, da igualdade tributária e da liberdade de concorrência, ilustrados em situações hipotéticas frequentes no cotidiano das relações tributárias.

## 1 COISA JULGADA E INCONSTITUCIONALIDADE

### 1.1 DEFINIÇÃO DA COISA JULGADA

Uma das grandes questões que, desde sempre e hoje ainda, mais atormentam os contribuintes e o fisco consiste em que atitude tomar quando a interpretação ou a lei aplicadas na decisão transitada em julgado se tornam incompatíveis com juízo de constitucionalidade formulado pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Em tais situações, por um lado o contribuinte sente-se injustiçado por ter pago tributo indevido, enquanto que, por outro lado, o fisco vê frustrada a legítima fonte de recursos para os cofres públicos.

Diante disso, surgem questionamentos a respeito da possibilidade de relativização da coisa julgada, tais como, essencialmente: a Constituição admite a relativizar a coisa julgada? Em caso afirmativo, quem está autorizado a violar a coisa julgada? Por que meio tal pretensão poderia ser veiculada? Em que condições seria possível limitar a força imutável do comando sentencial? Quais motivos o contribuinte tem a seu favor para pleitear a relativização? E, ainda, todas as decisões do STF em controle de constitucionalidade contrárias ao que foi decidido com força de coisa julgada tornam necessariamente a coisa julgada inconstitucional?

Para responder a todas essas perguntas, faz-se necessário inicialmente compreender o papel desempenhado pela coisa julgada na Constituição. Para tanto, há que se partir do verdadeiro significado da expressão coisa julgada, limitando-se, assim o objeto da análise. Em seguida, há que se analisar qual o fundamento que levou o Constituinte a incluir tal instituto na Carta Fundamental. A partir disso, faz-se possível analisar o *modus operandi* estabelecido pela Constituição para garantir a inviolabilidade da coisa julgada, bem assim os valores a ela imanentes. Nesse contexto, começam a se materializar as respostas sobre a viabilidade ou não da relativização da norma constitucional, abrindo-se o caminho para, em seguida, analisarem-se, no contexto específico das relações jurídicas tributárias, os direitos fundamentais dos contribuintes em choque com a imutabilização dos efeitos de uma sentença tributária inconstitucional. Finalmente, há que se analisar a eficácia deflagrada pelas decisões do STF no controle de constitucionalidade, verdadeiramente reformulada nos dias atuais, para que seja possível compreender

se existe verdadeiramente colisão entre uma decisão do STF em sentido contrário daquele adotado pela decisão individual, e, ainda, nos casos de verdadeiro conflito, quando deve prevalecer a coisa julgada e quando deve prevalecer a decisão do STF.

Com efeito, a proteção à coisa julgada possui tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro a ponto de integrar o título em que são estabelecidos os direitos e as garantias individuais fundamentais. Assim dispõe expressamente o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Brasileira:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Esse dispositivo esgota as referências ao instituto em sede constitucional. Como se observa, o constituinte assenta com clareza a inviolabilidade da coisa julgada diante da lei<sup>1</sup>, sem, no entanto, esclarecer seu conteúdo ou limitações, de modo que transfere ao legislador infraconstitucional a importante incumbência de definir o regime jurídico adequado ao cumprimento de sua missão institucional.

Diante disso, faz-se necessário buscar o significado da expressão incorporada pelo constituinte na legislação pré-constitucional e infraconstitucional, para que se possa esclarecer em que consiste, no direito brasileiro, esse integrante do patrimônio jurídico fundamental individual<sup>2</sup>.

Analisando-se a legislação anterior à Constituição de 1988, são encontradas múltiplas referências para a coisa julgada, cada uma oferecendo distinta definição.

A Lei de Introdução ao Código Civil, por exemplo, define a coisa julgada como “a decisão judicial de que já não caiba recurso<sup>3</sup>”. Já o Código de Processo Civil de

---

<sup>1</sup> Sobre os atos normativos em relação aos quais o constituinte buscou resguardar a coisa julgada, trataremos adiante, em momento oportuno.

<sup>2</sup> A inexistência de definição constitucional da coisa julgada é incontroversa na doutrina. A título de exemplo, tome-se a lição de José Souto Maior Borges: “O preceito constitucional é ponto de partida, não ponto terminal da hermenêutica jurídica. Não diz o que é coisa julgada, nem seu regime, efeitos e limites. É essa função que, à falta de determinação constitucional, incumbe à legalidade integrativa.” (BORGES, José Souto Maior. Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária: contribuição social sobre o lucro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 7, n. 27, p 170-194, abr./jul. 1999, p. 173).

<sup>3</sup> Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

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

1973, conceitua a coisa julgada como “a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário<sup>4</sup>”.

Dessa forma, tem-se, por um lado, a coisa julgada como a própria decisão judicial em que não se verifique mais hipótese de cabimento recursal, enquanto que, por outro, tem-se a coisa julgada como o efeito imutável que se agrega ao conteúdo da sentença, quando dela não se possa mais recorrer.

De certa forma, apesar de aparentar estar-se diante de uma contradição, em verdade, pode-se dizer que as definições são complementares. Isso se se entender que constante da Lei de Introdução do Código Civil representa a coisa julgada em sentido formal, ou seja, a derradeira preclusão ocorrida no processo, que extingue a faculdade da parte de recorrer daquela decisão<sup>5</sup>; e que o Código de Processo Civil estabelece a coisa julgada em sentido material, ou seja, como a estabilidade da resposta jurisdicional oferecida pelo estado diante do pedido da parte.

No primeiro sentido, a coisa julgada é entendida como fenômeno interno ao processo, decorrente da necessidade de que os litígios cheguem a seu fim. Sob esse aspecto, a coisa julgada é alheia à resolução do mérito da causa.

Já no segundo sentido, a coisa julgada projeta seus efeitos para fora do processo onde se formou, impedindo que novas demandas venham a contrariar o fato e o direito afirmados na sentença de mérito não mais suscetível a recurso. Diante disso, pode-se afirmar que a finalidade da coisa julgada material vai além do fim buscado pela coisa julgada formal, ainda que tenha essa como pressuposto necessário.

Destarte, enquanto a coisa julgada formal se preocupa essencialmente em pôr termo final ao processo, a coisa julgada material tem como objetivo permitir o gozo dos bens da vida e garantir o resultado do processo<sup>6</sup>, como já lecionava Chiovenda, à luz do direito romano, o que impõe necessariamente a resolução do mérito da causa.

A certeza sobre o direito aplicável às relações litigiosas, evidentemente, só pode ser alcançada no momento em que o processo atinge o fim, ou seja, quando se tem a garantia de que a lide caminha em direção a um momento determinável.

---

<sup>4</sup> Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

<sup>5</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 628.

<sup>6</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, v. 1, p. 447.

Por essa razão, para haver coisa julgada material, impreterivelmente há que se verificar previamente também a coisa julgada formal, com o esgotamento das instâncias recursais<sup>7</sup>.

De modo contrário, nem sempre que se verificar a coisa julgada formal haverá a formação da coisa julgada material, como nos casos em que a decisão do processo não decide o mérito da causa, subsistindo para o futuro a possibilidade de a questão vir a ser rediscutida em outro processo judicial<sup>8</sup>.

Voltando-se a atenção ao conceito de coisa julgada material constante do Código de Processo Civil (CPC), impende sejam tecidas algumas considerações a respeito da utilização pelo legislador da expressão *efeito* da sentença para designar que seja a coisa julgada.

O enquadramento da coisa julgada material dentre os *efeitos* da sentença, embora tenha vindo a se tornar texto da lei processual, certamente não é unanimidade dentre os estudiosos do processo civil.

A recepção pelo legislador brasileiro da coisa julgada como efeito da sentença deve-se muito à doutrina alemã, que influenciou Pontes de Miranda e, tempos depois, também Celso Neves. Este último defendeu que “coisa julgada é o *efeito definitivo* da sentença sobre o mérito da causa que, pondo termo final à controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial.<sup>9</sup>”

Paralelamente, na Itália, o tema foi de igual forma alvo de intensa controvérsia. A posição *tradicional*, sob influência romanística, sustentava que a coisa julgada equivalia à eficácia declaratória da sentença, que, por sua vez, correspondia ao único efeito do *iudicatum*. Nesse contexto, a imposição ao vencido de obrigação equivalente às demais *obligationes* era garantida pela consumação

---

<sup>7</sup> Em sentido contrário posiciona-se Carnelutti. Para o processualista italiano, a imutabilidade da sentença, o que equiparava à coisa julgada formal, só seria alcançada a partir do momento em que a sentença se tornasse imperativa, situação dependente da verificação da coisa julgada material. Desta forma, para Carnelutti, a configuração da coisa julgada formal dependia de prévia ocorrência de coisa julgada material. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1936, v. 1, p. 270-313, principalmente, 278 e 305.).

<sup>8</sup> Nesse sentido o comentário de Pontes de Miranda ao art. 467 do CPC, senão vejamos: "a alusão do art. 467 tinha de ser também à coisa julgada formal, e não só à coisa julgada material. O legislador só se referindo à coisa julgada material, entendeu que a adjetivação bastaria, uma vez que a coisa julgada material, contém aquela, ao passo que nem toda a decisão dotada de eficácia de coisa julgada formal produz coisa julgada material." (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 5 (arts. 444-475), p. 144).

<sup>9</sup> NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 443.

processual, e não pela qualidade de intangibilidade agregada à decisão. Assim, a coisa julgada equivalia à eficácia da sentença, coincidindo com a vontade concreta da lei<sup>10</sup>.

Contra-pondo-se a essa concepção, Liebman buscou distinguir a coisa julgada do efeito declaratório da sentença em razão do reconhecimento de que a decisão poderia apresentar efeitos de mais de uma natureza, sendo injustificado que efeito diverso do declaratório ficasse a descoberto do selo da coisa julgada, carecendo, portanto, o comando da definitividade fornecida pelo instituto<sup>11</sup>. Sustentou tratar-se a coisa julgada não de efeito que se agrega à sentença de que não mais caiba recurso, mas de *qualidade especial* da decisão de mérito definitiva, capaz de tornar imutável qualquer efeito produzido pela decisão; qualidade esta que atingiria também o conteúdo do *decisum* para torná-lo imutável<sup>12</sup>.

Na Itália foi seguido por Fazzalari, que inspirado também em Garbagnati, assentou que “il passaggio in giudicato conferisce *stabilità* all’efficacia della sentenza”<sup>13</sup>.

Barbosa Moreira concordou com a construção de Liebman no sentido de que a coisa julgada se caracterizava como uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença. No entanto, afastou-se da doutrina do jurista italiano, para sustentar que essa qualidade não tornava os efeitos da decisão mutáveis<sup>14</sup>, mas tão somente o

---

<sup>10</sup> CHIOVENDA, 1969, v. 1, p. 374.

<sup>11</sup> É digna de transcrição a passagem em que Liebman expõe os motivos de sua oposição à doutrina tradicional, senão vejamos: “Considerar a coisa julgada como efeito da sentença e ao mesmo tempo admitir que a sentença, ora produz simples declaração, ora efeito constitutivo, assim de direito substantivo, como de direito processual, significa colocar frente a frente elementos inconciliáveis, grandezas incongruentes e entre si incomensuráveis. Seria, pois, a coisa julgada um efeito que se põe ao lado deles e no mesmo nível ou se sobrepõe a eles e os abrange? Ou é, pelo contrário, antes uma qualidade desses efeitos, um modo de ser deles, a intensidade com que se produzem?” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945 com notas relativas ao direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 5).

<sup>12</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>13</sup> FAZZALARI, Elio. Il camino della sentenza e della cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 43, n. 3, p.589-597, jul./set.1998, p. 592.

<sup>14</sup> Sobre a questão é precisa a advertência levantada por Sérgio Porto, no sentido de que os efeitos da sentença podem ser modificados não por sentença posterior, mas por novo negócio jurídico estabelecido entre os afetados pelo comando judicial, situação esta que refugiria ao alcance da coisa julgada. Pondera o processualista gaúcho, que, diferentemente, caso se esteja diante de decisão que verse sobre direitos indisponíveis, não haveria qualquer possibilidade para alteração da eficácia da sentença, na medida em que estaria vedado as partes transigirem sobre direitos de tal natureza. Nesta hipótese, o autor acompanha Liebman, sustentando que a coisa julgada é qualidade que torna os efeitos da sentença imutáveis, divergindo de Barbosa Moreira, para quem a coisa julgada se aplicaria ao conteúdo do decisório, pois que os efeitos da sentença seriam *sempre* mutáveis. (PORTO, Sérgio. Classificação de ações, sentenças e coisa julgada. *Revista da*

conteúdo formado pela soma das suas eficácias, dessa forma tornando imutável a situação jurídica criada pela sentença<sup>15</sup>. Nesse sentido, pode-se entender que a linha de argumentação proposta pelo processualista brasileiro representa um retorno à concepção da coisa julgada como elemento interno à sentença, pois que inerente a seu conteúdo, rompendo com a proposta de Liebman no que concerne à autoridade da coisa julgada como qualidade projetada de fora para dentro da sentença.

A classificação da coisa julgada como qualidade especial da sentença recebeu também críticas de Pontes de Miranda, que sustentava tratar-se a *qualidade* de conceito desconhecido pelo direito<sup>16</sup>. O jurista defendeu posição em muito semelhante à da doutrina tradicional, na medida em que afirmou a coincidência entre a coisa julgada material e o efeito declaratório da sentença. Inovou, entretanto, no sentido de reconhecer a aptidão de sentença com carga de eficácia preponderante distinta da declaratória para produzir coisa julgada material desde que nela esteja presente a carga declaratória ao menos em nível mediato. Nesse sentido, destacou a imprescindibilidade de eficácia declaratória para a configuração da coisa julgada material, bem como a importância da imodificabilidade do elemento declaratório da sentença para a certeza do direito<sup>17</sup>.

Uma posição alternativa, construída, sobretudo, a partir da integração das doutrinas de Liebman, Pontes de Miranda, e de Barbosa Moreira, foi proposta por Ovídio Baptista da Silva. O catedrático gaúcho concordou com Liebman no que se aplica à classificação da coisa julgada como *qualidade* especial que torna imutável a sentença, mas, por outro lado, alinhou-se a Pontes de Miranda para definir que a autoridade da coisa julgada tem por objeto tão somente a *eficácia declaratória* da decisão, tornando-a definitiva. No entanto, alinhou-se a Barbosa Moreira para reconhecer que os demais efeitos da decisão poderiam vir a ser alterados sem que houvesse violação à coisa julgada<sup>18</sup>.

---

*Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 34-62, 1994).

<sup>15</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 416, p. 9-15, jun. 1970.

<sup>16</sup> MIRANDA, 1997, t. 5 (arts. 444-475), p. 157.

<sup>17</sup> Nesse sentido esta passagem: "O peso de eficácia declarativa não precisa ser preponderante (5) para haver coisa julgada material: basta que seja de eficácia declarativa imediata (4), ou mediata". (Ibidem, art. 467, nota 2, p. 144).

<sup>18</sup> Sobre o assunto, confirmam-se as palavras textuais de Ovídio Baptista da Silva "[...] desaparecendo os efeitos constitutivos, ou executivos, ou condenatórios que são absolutamente mutáveis, e mesmo assim a imutabilidade correspondente à coisa julgada permanecendo inalterada, a conclusão que se impõe é de que essa *qualidade* só se há de referir ao efeito declaratório [...]."

Ainda, Baptista da Silva, com fundamento em Liebman, esclareceu que não há correspondência absoluta entre a eficácia declaratória existente na decisão e a coisa julgada, pois pode haver declaração sem necessariamente haver formação da coisa julgada. Comprova a correção de sua tese trazendo o exemplo dos procedimentos de jurisdição voluntária, em que, apesar de o juiz realizar um juízo sobre a incidência da norma legal ao caso, declarando-a sua aplicabilidade ao caso (ou não), o ordenamento não estende a esta declaração a imodificabilidade da coisa julgada, em razão da inexistência de um conflito atual<sup>19</sup>.

Em obra mais recente, Baptista da Silva aborda a coisa julgada no sentido de que seus efeitos atuam sobre a declaração emitida pelo juiz ao decidir o direito aplicável sobre determinada relação jurídica, ou seja, de que a *res judicata* age sobre esta enunciação de certeza a respeito do direito aplicável ao caso. Por conseguinte, a coisa julgada, a seu ver, tem por objeto o ato normativo individual emitido pelo juiz diante do caso concreto, independentemente da natureza preponderante da tutela buscada pela parte. Sobre essa questão, é digna de destaque a seguinte passagem:

Qual o sentido da proposição 'limites objetivos da coisa julgada'? Estabelecido, como ficou, a ser a coisa julgada a qualidade adquirida pelo efeito declaratório da sentença, que se torna indiscutível e, portanto, imodificável aquilo que o juiz haja declarado como a "lei do caso concreto", pesquisar a extensão de seus limites objetivos será determinar o alcance que a declaração contida numa dada sentença pode efetivamente possuir. Noutras palavras, a investigação terá por fim determinar sobre que ponto ou questões litigiosas operou-se a coisa julgada.<sup>20</sup>

Assim, de um apanhado geral das lições de Ovídio Baptista da Silva sobre a coisa julgada, pode-se sintetizar seu pensamento em três ideias fundamentais, a saber: (1) a coisa julgada equivale à inalterabilidade da declaração contida na sentença, (2) conferindo certeza sobre a relação jurídica afirmada no processo, (3) independentemente da espécie de tutela pretendida pela parte ao ingressar com o pleito.

A síntese das principais considerações sobre a definição da coisa julgada, certamente não exaustiva, mas exemplificativas da polêmica deveras infundável que circunda o assunto, serve para se compreender quais os fins desempenhados pela

---

(SILVA, Ovídio Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006b, p. 81).

<sup>19</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 480.

coisa julgada no processo, e abrir o caminho para se determinar quais limitações devem ser observadas na realização de tais finalidades.

Deste modo, se compreendemos que a coisa julgada serve para dar fim ao processo (coisa julgada formal), assentando a certeza sobre a relação jurídica litigiosa e tornando-a indiscutível pelas partes em novas ações (coisa julgada material), adotando-se como expediente a proibição de alteração da eficácia declaratória essencial a qualquer sentença, posto revelar o direito aplicado a uma dada circunstância fática. Não se trata, portanto, de um efeito da sentença, mas de efeito de todas as sentenças que reproduzam uma resolução de mérito, capaz de assentar a estabilidade do direito aplicável sobre a relação jurídica levada a juízo.

## 1.2 LIMITES DA COISA JULGADA

Uma vez estabelecido o conceito de coisa julgada, para que se conheça, finalmente, o objeto da proteção constitucional, cumpre identificarem-se os limites desse conceito, em seus mais diversos aspectos.

### 1.2.1 Limites Subjetivos da Coisa Julgada

Em sentido subjetivo, o CPC estabelece que a coisa julgada se projeta perante as partes (art. 472), sem beneficiar ou prejudicar terceiros. Com efeito, não há dúvida de que aí esteja a regra geral sobre os sujeitos à autoridade da coisa julgada. Essa primeira baliza pode ser extraída dos princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa (art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição). A limitação se justifica, portanto, na medida em que não seria razoável, ao menos *a priori*, permitir que alguém pudesse sofrer prejuízos em seu patrimônio jurídico em decorrência de decisão em processo em que não teve oportunidade de integrar, para expor e comprovar sua versão dos fatos e do direito controvertido (*inter alios*).

Para sua completa compreensão, essa regra deve ser interpretada tendo-se em vista a situação jurídica dos terceiros com relação à coisa julgada. Nesse sentido, é consenso a classificação proposta por Betti<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> BETTI, Emilio. *Tratatto dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerta: Bianchini, 1922, p. 175. Fique claro que o consenso se refere à correção da classificação, e não das

Há os *terceiros juridicamente indiferentes*, estranhos à relação e sujeitos de relação compatível com a decisão. Nesse caso, a sentença é juridicamente irrelevante aos terceiros, mas faz coisa julgada válida para outrem, podendo, inclusive, lhes gerar prejuízos de fato.

Situando-se essa categoria no contexto das relações jurídicas tributárias, poderia exemplificar essa espécie de terceiro o contribuinte que pede em juízo o reconhecimento do direito ao crédito tributário sobre as diferenças entre o preço de venda e o preço presumido para efeitos de substituição tributária e tem seu pedido indeferido. Esse contribuinte, ainda que concorrente seu haja proposto ação em que é discutida idêntica questão, mas, diversamente, obtém o deferimento de seu pedido, nada poderá fazer, pois inexistente relação jurídica entre os dois contribuintes que torne as sentenças incompatíveis, ainda que expressem comandos em sentido contrário. A priori, não há nada que o primeiro contribuinte possa fazer, seja no sentido de pretender se valer da coisa julgada de terceiro ou de afastar a coisa julgada da decisão em seu processo, devendo suportar os prejuízos de fato gerados pela divergência entre as decisões (quer por não ter obtido êxito, quer porque seu concorrente o obteve) em razão da autoridade e dos limites subjetivos da coisa julgada.

Existem também os *terceiros juridicamente interessados, não sujeitos à exceção de coisa julgada*, mas titulares de relações incompatíveis com a sentença. Estes estão autorizados a desconhecer a coisa julgada que se formou diante das partes no processo. No que interessa às relações jurídicas tributárias, pode-se imaginar na condição dessa espécie de terceiro o ex-sócio e diretor de empresa que não conste da Certidão de Dívida Ativa<sup>22</sup> emitida posteriormente à sua saída da sociedade, contra quem é redirecionada a execução fiscal, após o trânsito em julgado da sentença que decide pela improcedência dos embargos do devedor opostos pela empresa. Assim, ainda que pudesse ser considerado responsável tributário por débitos contraídos enquanto gerenciava a empresa em razão de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos

---

conclusões que o autor italiano extraiu diante dela, deveras criticadas pela doutrina.

<sup>22</sup> Sobre esse caso não tem aplicação o entendimento firmado no Recurso Especial n. 1.104.900/ES, (BRASIL. STJ. Primeira Seção. Recurso Especial n. 1.104.900/ES. Relatora Ministra Denise Arruda. Julgamento 25 mar. 2009. *D.J.e* 1º abr. 2009), sobre a possibilidade de inclusão dos representantes da pessoa jurídica, cujos nomes *constam* da CDA, no pólo passivo da execução fiscal, sujeitando-lhes o ônus de provar que não agiram dentro das hipóteses autorizadoras da responsabilização pessoal (art. 135, CTN).

(art. 135, III, do Código Tributário Nacional – CTN), o ex-sócio e diretor não está sujeito à autoridade da coisa julgada da decisão proferida nos embargos caso não tenha tido seu nome incluído na Certidão de Dívida Ativa. Assim, pode desconhecer a coisa julgada, apresentando como matéria de defesa não somente o não cometimento dos atos que autorizam o redirecionamento da execução contra o sócio, mas também os aspectos constitutivos da obrigação tributária em toda sua extensão, uma vez que não pode ser prejudicado pela coisa julgada em processo de que não fez parte, sequer indiretamente, uma vez que durante a discussão do débito não mais integrava os quadros da empresa, com impossibilidade absoluta de realizar sua defesa.

Por fim, revelam-se os *terceiros juridicamente interessados, sujeitos à exceção de coisa julgada*. A tais sujeitos a coisa julgada se estende como se fosse sua, ou seja, a eles se comunica. Isso se justifica na medida em que participam, mediata ou imediatamente, da relação jurídica decidida, de modo que têm efetivo interesse na coisa julgada de terceiros. Os terceiros juridicamente interessados sujeitos à exceção de coisa julgada encontram-se em uma relação de subordinação com relação às partes determinada pelo direito material.

Nessa última classificação estão incluídos os casos de sucessão e substituição processual, conexão incidível e dependência necessária.

Tendo em vista o objeto do presente estudo, o problema contrariedade entre o juízo de constitucionalidade e a coisa julgada, parece mais importante aprofundarem-se as questões da sucessão e da substituição processual.

Com efeito, tanto o substituído, por titular do direito material discutido, na legitimação extraordinária, quanto o sucessor da parte no processo, que também vem a titularizar o direito material em litígio, não podem ser considerados propriamente terceiros, nem, por isso, buscar afastar aquilo que foi julgado com força de coisa julgada<sup>23</sup>. Nesses casos não há propriamente extensão da coisa julgada a terceiros, uma vez que os substituídos e sucessores são compreendidos pelo conceito de parte<sup>24</sup>, em seu sentido material, de modo que sofrem a incidência direta do comando do art. 472 do Código de Processo.

---

<sup>23</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução dos textos posteriores à edição de 1945, com notas relativas ao direito brasileiro vigente. Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 112-113.

<sup>24</sup> LIEBMAN, 2007, p. 95

Pensando o dia a dia das relações tributárias, é fácil perceber como seria irrazoável no caso de sucessão processual, que o terceiro à relação originária, mas nela sucessor, pudesse dessa condição se valer para esquivar-se do que foi decidido com força de coisa julgada. Assim, por exemplo, diante do surgimento de nova pessoa jurídica por fusão, incorporação ou cisão (art. 132, CTN), ou, ainda, diante da aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento (art. 133) haverá não somente a sucessão nas dívidas tributárias conforme determina o Código Tributário Nacional, e pela mesma e com ainda maior razão haverá sucessão com relação às dívidas tributárias reconhecidas com força de coisa julgada, créditos tributários verdadeiramente definitivos em razão da autoridade que lhe confere até mesmo a lei constitucional. O sucessor tributário, portanto, não poderá se opor ao pagamento sob o argumento de que não integrou o processo em que o débito foi discutido, na medida em que assume a posição do devedor originário, titularizando aquela mesma relação jurídica de direito material.

Agora, especificamente no que se aplica aos casos de legitimação extraordinária, é possível afirmar que a substituição processual não teria sentido se os substituídos não estivessem sujeitos à autoridade da coisa julgada, como bem adverte Tesheiner, mormente tendo em vista que não é ao substituto processual que o julgado atinge, mas o substituído, de modo que em se negando a este a coisa julgada, seria absoluta ilógica e inútil a prestação jurisdicional<sup>25</sup>.

Tem-se admitido a substituição processual em determinadas ações envolvendo matéria tributária. Nesses casos, há que se reconhecer a autoridade da coisa julgada sobre os substituídos. A título de exemplo de situação em que isso pode ocorrer, podem ser referidos os casos em que sindicatos propõem mandados de segurança coletivos<sup>26</sup>, ações ordinárias com pedido de declaração de inexistência de relação jurídica tributária, ações ordinárias com pedido de repetição de indébito

---

<sup>25</sup> TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 83

<sup>26</sup> No que se aplica aos mandados de segurança coletivos, o STJ já decidiu, inclusive, que basta à empresa que pretende se beneficiar de direito reconhecido em mandado de segurança coletivo anteriormente impetrado por entidade de classe ou associação comprovar tão-somente que pertence ao grupo, à categoria ou à classe que se beneficiou do writ coletivo, sendo desnecessária sua associação na entidade que atuou no pólo ativo do *mandamus* (BRASIL. STJ. Primeira Turma Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.35.851/PE. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento 06 maio 2003. *D.J.* 19 maio 2003, p. 130).

tributário, para discutir direitos individuais homogêneos de índole tributária de seus membros<sup>27</sup>.

Diante dessa situação, é de grande valia a ressalva de Talamini no sentido de que a sujeição do substituído à coisa julgada deve ser cuidadosamente analisada para que seus direitos de acesso à justiça, ao devido processo, ao contraditório e à ampla defesa não sejam prejudicados por alguém que sem sua autorização já agiu em juízo<sup>28</sup>. Com essa preocupação, propõe sejam observados determinados critérios para que se possa concluir pela submissão do substituído à coisa julgada, senão vejamos:

- (i) se o sujeito teve a prévia oportunidade de exercer a ação e não o fez, é razoável que, em certos casos, a lei atribua a legitimidade a outrem para atuar em juízo e vincular o substituído. Afinal, se a lei poderia até prever a perda do direito ou da pretensão, pelo decurso do tempo, não há o que impeça essa outra solução, menos grave; ou
- (ii) se o sujeito tinha (ou, conforme parâmetros de razoável diligência, deveria ter) ciência do processo em que ocorria sua substituição, também é legítimo que a coisa julgada o atinja,
- (iii) especialmente nessa segunda hipótese, a extensão da coisa julgada ao substituído fica ainda condicionada à possibilidade de ele, querendo, participar do processo como assistente<sup>29</sup>.

Assim, atendidos esses requisitos, pode-se concluir pela submissão do contribuinte individual à coisa julgada no processo coletivo em que sindicato age em regime de substituição processual, tendo em vista direitos individuais homogêneos da categoria envolvendo matéria tributária.

Atente-se, no entanto, que nos casos em que o integrante de categoria tenha proposto ação anteriormente à ação do sindicato em regime de substituição processual discutindo idêntica questão<sup>30</sup>, o juízo formulado na ação coletiva não se aplicará ao caso discutido anteriormente na demanda individual, preservada a autoridade da coisa julgada anterior.

---

<sup>27</sup> O STJ já vem admitindo inclusive a atuação dos sindicatos em regime de representação processual na liquidação e a execução de sentenças proferidas em ações condenatórias na quais atuaram como substitutos processuais, caso não venham a ser promovidas pelos substituídos. Confira-se a respeito o Recurso Especial n. 760.840/RS (BRASIL. STJ. Primeira Turma. Recurso Especial n. 760.840/RS. Julgamento 16 set. 2008. Relator Ministro Luiz Fux. *D.J.*e 02 out. 2008).

<sup>28</sup> TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 114.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>30</sup> Posteriormente será aprofundada a questão da identidade de demandas ocasionadora de violação à imutabilidade da coisa julgada, tendo em vista especialmente a abrangência do pedido formulado em cada ação.

Em conclusão, diante do que se expôs, tem-se que os limites subjetivos da coisa julgada tributária correspondem com aqueles estabelecidos pelo CPC. Assim, a autoridade da coisa julgada alcança as partes (em sentido amplo, para abranger as partes no sentido da relação jurídica material), não prejudicando juridicamente a terceiros, os quais se, na prática, vierem a sofrer prejuízo, a eles, em regra, não poderão se opor.

### **1.2.2 Limites objetivos da coisa julgada**

Em sentido objetivo, a autoridade da coisa julgada afeta o dispositivo da sentença. Por conseguinte, relaciona-se com o fato afirmado e o fundamento jurídico concreto (causa de pedir), com a tutela do direito material e com a forma de tutela jurisdicional pedida, assim como com as questões decididas incidentalmente, na medida e tão somente no que influenciam o comando emanado da sentença.

Diferentemente, a coisa julgada não abrange a motivação, a veracidade dos fatos e a apreciação de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo (exceto se a parte o requerer, e a matéria estiver dentro do âmbito de competência do juiz da causa e, ainda, desde que necessária ao julgamento da lide).

Tal exclusão faz sentido se compreendermos a coisa julgada a partir da construção anteriormente apresentada, de que a imutabilidade protege a norma jurídica individual construída pelo juiz diante do caso, expressa fundamental e exclusivamente no dispositivo sentencial.

Para tanto, a coisa julgada vale-se da presunção de que foram deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido, sob pena de admitir por vias oblíquas a modificação da sentença de mérito transitada em julgado, toda vez que se encontrassem fundamentos não apresentados pelas partes oportunamente, ou seja, que não compuseram as razões originais da demanda.

### **1.2.3 Limites temporais da coisa julgada**

Uma abordagem simples sobre os limites temporais da coisa julgada faz-se possível a partir da definição da natureza dos interesses do autor da demanda, diferenciando-lhes entre duráveis ou instantâneos. Assim, identificam-se os casos em que a coisa julgada tem seu objeto delimitado por fatos pretéritos específicos, bem como aqueles em que se buscou justamente através da autoridade da coisa julgada a segurança sobre a licitude de comportamentos relacionados a situações jurídicas futuras.

Segundo Remo Caponi, interesse instantâneo é basicamente o interesse de conseguir um bem que o sujeito deseja, mas não o tem. Por outro lado, durável é o interesse de conservar um bem que o sujeito já tem à sua disposição e de defendê-lo contra a ingerência de outros (primeira espécie de interesse durável), e também o interesse de conservar um bem que o sujeito não tem, mas cuja aquisição se relaciona a um estado jurídico novo (segunda espécie de interesse durável)<sup>31</sup>.

No contexto do processo tributário, será instantâneo, por exemplo, o interesse do contribuinte quando buscar a anulação de débito fiscal.

Diferentemente, se o contribuinte pretender a certeza sobre o regime jurídico tributário aplicável a determinado fato, sem defini-lo no tempo, estará demonstrando a existência de um interesse durável. Isso pode ocorrer, na primeira hipótese de interesse durável, em ações com pedido de declaração de inexistência de obrigação tributária, de não incidência de determinado tributo, de imunidade tributária, de isenção fiscal, de ocorrência de prescrição; hipóteses em que se materializa a primeira espécie de interesse durável. Já a segunda hipótese de interesse durável se verifica quando impetrar preventivamente mandado de segurança para ver reconhecido seu direito à compensação de tributos indevidamente recolhidos.

A identificação da natureza do interesse em jogo na demanda, portanto, auxilia para que se conheça o limite temporal da coisa julgada nela formada. Isso, todavia, ainda não é o suficiente para que haja uma definição absoluta sobre as relações jurídicas que serão regidas conforme definido na sentença transitada em julgado.

Especificamente nos casos envolvendo interesses duráveis, nem mesmo a coisa julgada é capaz de garantir que a norma jurídica individual do caso concreto

---

<sup>31</sup> CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Giuffrè, 1991, e, mais recentemente, em ensaio dedicado ao professor Egas Moniz de Aragão Disponível em: <[http://judicium.it/news/ins\\_19\\_01\\_05/caponi%20dirproc.html#\\_edn1](http://judicium.it/news/ins_19_01_05/caponi%20dirproc.html#_edn1)>. Acesso em: 14 fev. 2012.

será aplicável eternamente, pois determinadas circunstâncias são capazes de alterar o estado de coisas existentes quando do julgamento trânsito em julgado.

Sob esse aspecto, a imutabilidade da coisa julgada não impede a modificação de regimes jurídicos futuros, ao ponto de estender-se sobre situações surgidas posteriormente, que, por impossibilidade lógica, não foram, nem podiam ser objeto de coisa julgada, uma vez que não integraram a coisa litigiosa a que se relacionam. Assim sendo, “se fatos posteriores geram outro pedido, ou outra causa de pedir, a pretensão que neles se ampare é distinta da que fora originalmente julgada”, conforme leciona Egas Moniz de Aragão<sup>32</sup>.

Como consequência, a coisa julgada será incapaz de manter inalteradas questões já decididas sobre interesse durável em relação jurídica continuativa, caso sobrevenha modificação no estado de fato ou de direito e em outros casos prescritos em lei, uma vez que tais circunstâncias inexistiam ao tempo do processo, muito embora pudessem influenciar definitivamente seu resultado final.

É nesse sentido que se admite que em relações jurídicas de trato sucessivo, como normalmente o são as relações tributárias, mesmo que, por exemplo, tenham sido objeto de decisão transitada em julgado que reconheça a exigibilidade de crédito fundado em determinados tributos, não mais sejam devidos tais créditos tributários, caso sobrevenham alterações na lei tributária ou no estado de direito aplicável ao fato<sup>33</sup>. Por outro lado, da mesma forma, pelo simples fato de que o contribuinte obteve o reconhecimento judicial de determinada isenção tributária, não terá garantido eternamente o direito ao não recolhimento do imposto, caso extinta a isenção pela via legislativa ou reconhecida a sua inconstitucionalidade pelo STF em decisão de eficácia transindividual. É certo que, todavia, até que ocorram tais alterações no universo jurídico, a situação permanecerá sendo regida de acordo com o que foi decidido com autoridade de coisa julgada, sob pena de aniquilação da segurança jurídica por ela produzida.

Dito isso, dá-se por cumprida a missão de identificar o limite temporal da sentença cuja inalterabilidade foi objeto do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição. Resta agora analisar-se de que forma esse direito deve interagir com outras regras e princípios constitucionais potencialmente conflitivos quando verificada a ocorrência

---

<sup>32</sup> ARAGÃO, Egas Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1982, p. 200.

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 354.

de coisa julgada inconstitucional no direito tributário. Para tanto, julga-se necessário, antes de mais anda, aprofundar a compreensão sobre os motivos que levaram o constituinte brasileiro a elevar a imutabilidade da coisa julgada à categoria de direito fundamental. É ao que se destina o item que segue.

### 1.3 SEGURANÇA JURÍDICA E COISA JULGADA

#### 1.3.1 Relação entre Segurança Jurídica e Coisa Julgada

O núcleo do princípio da segurança compõe-se de diversas refrações, cada uma delas responsável por realizar, em certa medida, tal princípio diante de determinadas situações concretas.

Em apertada síntese, o princípio da segurança consiste em norma essencial à certeza sobre o direito vigente, permitindo ao indivíduo o planejamento de condutas conforme seus interesses, e oferecendo-lhe a garantia de que não será surpreendido pela incidência de outro regramento sobre as relações jurídicas em que se envolveu<sup>34</sup>.

É, portanto, um instrumento a favor de que as decisões serão tomadas de acordo com a lógica das regras, e não com discricionariedade, porquanto assegura a aplicação das normas jurídicas vigentes ao tempo da ocorrência das relações, impedindo que a vontade individual se sobreponha ao direito de então<sup>35</sup>.

Atualmente, tem-se entendido que o conteúdo da segurança é resultado da integração de normas que estabelecem condutas diversas, que podem ser relacionadas à previsibilidade das consequências dos atos jurídicos ou à estabilidade do direito. A título de exemplo, pode-se dizer que isso se faz, por um lado, através da edição de normas jurídicas compreensíveis e claras, que permitam

---

<sup>34</sup> MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 76; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 257; ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 303-305; MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: FUNDAMENTOS do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 132.

<sup>35</sup> FRIAS, Pedro J. Estado de Derecho y seguridad jurídica. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, p. 246, jan./jun.2003. apud DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O\\_Princ%C3%ADpio\\_da\\_Seguran%C3%A7a\\_Jur%C3%ADdica.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf?sequence=4)>. Acesso em: 25 fev. 2011.

ao indivíduo calcular e controlar os reflexos jurídicos de suas ações, bem como através da garantia de irretroatividade e anterioridade das leis, e, por outro lado, pela proibição de alteração da coisa julgada.

Ocorre que, a despeito da influência da segurança jurídica sobre essas diferentes normas que, por fim, contribuem efetivamente para a concretização do Estado de Direito Democrático-Constitucional<sup>36</sup>, a Constituição Brasileira de 1988, que justamente determinou retorno do País à condição de democracia submissa ao direito<sup>37</sup>, não chega a elencar explicitamente esse princípio quando expõe seus preceitos fundamentais<sup>38</sup>. Todavia, por força de sua relevância, a doutrina e a jurisprudência nacionais encarregaram-se de identificar sua presença no espírito da Carta Constitucional, como norma implícita.

Dentre os autores nacionais que têm se dedicado atualmente ao estudo do princípio da segurança na ordem constitucional brasileira, especialmente atento à sua influência sobre relações jurídicas tributárias, mais uma vez, merece destaque Humberto Ávila, pela forma precisa e didática como expõe o modo de atuação desse princípio na Carta de 1988.

O jurista explica que, na atual Constituição Federal, a segurança jurídica firma-se como o resultado de duas construções distintas. Uma de índole dedutiva, que parte da norma que enuncia o princípio do Estado de Direito, donde se conclui à essencialidade do princípio da segurança para a garantia de submissão dos indivíduos e dos poderes públicos ao direito em vigor. Outra, de índole indutiva, que parte de outras normas constitucionais dentre as quais se destacam as regras da legalidade (art. 5º, II, geral, art. 150, I, tributária), da irretroatividade (art. 150, III, “a”) e da anterioridade (art. 150, III, “b”), bem como da norma que prescreve a proteção

---

<sup>36</sup> Para Canotilho, um Estado Constitucional não pode se contentar com ser apenas um Estado de Direito. Tem de ser um Estado de Direito Democrático. Nesse sentido, o Estado de Direito é menos do que o Estado Constitucional. Este é democrático, pois somente com a democracia resolve-se o problema da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político, através da soberania popular (CANOTILHO, 2007, p. 92-100).

<sup>37</sup> Assim o art. 1º da Constituição: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

<sup>38</sup> Em sentido contrário, DELGADO, 2011. e BARROS, Evandro da Silva. Coisa julgada inconstitucional e limitação temporal para a propositura da ação rescisória. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 12, n. 47, abr./jun. 2004, p. 55 et seq.) sustentam que o princípio da segurança conta com referência expressa na Constituição Federal, estando incluído na *segurança* a que se referem o preâmbulo e o caput do art. 5º, a qual representaria uma acepção ampla do termo, incluindo a segurança pública e outras formas de segurança, sem prejuízo da segurança jurídica.

ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI), em cuja essência subjazem as finalidades perseguidas pelo princípio da segurança<sup>39</sup>.

Tendo em vista o objeto deste estudo, faz-se necessário aprofundar especificamente o vínculo existente entre a segurança jurídica e a coisa julgada, para que se possa compreender de que maneira esta é capaz de promover aquela.

Uma primeira observação a ser feita, considerado aquilo que até aqui se expôs sobre os elementos que constituem a segurança jurídica (sobretudo, previsibilidade e estabilidade), refere-se à possibilidade de identificar-se uma relação de continência entre segurança e coisa julgada, em que esta está contida naquela (coisa julgada < segurança jurídica), uma vez que a coisa julgada não esgota o conteúdo da segurança, ainda que seja capaz de promover-lhe de mais de uma forma, como se verá adiante.

Para o desempenho de sua função na conformação da segurança, a coisa julgada exerce duas funções distintas. No entanto, a compreensão dessas funções pressupõe, antes de qualquer coisa, a identificação de três parâmetros de referência, quais sejam: o sujeito a quem se destina o comando estabelecido pela norma, o âmbito temporal de eficácia da segurança visado pela norma e a natureza do direito afetado.

### **1.3.2 Destinatários da proibição de modificação da coisa julgada**

No que se refere ao sujeito a quem se destina o comando proibitivo de modificação da coisa julgada, verifica-se como destinatário principal o estado, representado pelo poder judiciário, muito embora a proteção constitucional à coisa julgada seja prevista expressamente em face do poder legislativo.

Dessa forma, a coisa julgada favorece a segurança jurídica sobre os atos jurisdicionais, na medida em que impede o próprio Poder Judiciário de rever suas decisões alcançadas pelo manto da coisa julgada<sup>40</sup>, assim como quando proíbe ao poder legislativo editar leis que violem aquilo que foi decidido por sentença de mérito irrecorrível<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> ÁVILA, 2006, p. 303.

<sup>40</sup> Ibidem, p. 257.

<sup>41</sup> A percepção da coisa julgada em dois aspectos, um relacionado ao poder judiciário e outro ao poder legislativo já foi apresentada por Carmen Lúcia Antunes Rocha. Em sua investigação sobre o *modus operandi* da coisa julgada na Constituição, a autora destaca que o inciso XXXVI do art.5º é

Perante o poder legislativo, todavia, a proteção à coisa julgada como concretização da segurança jurídica poderia ser extraída do próprio princípio da legalidade e, especialmente no caso das relações jurídicas tributárias, da legalidade e da anterioridade tributárias, pois que determinam a definição da obrigação tributária não apenas por lei, mas lei anterior ao fato gerador. Diante disso, é razoável concluir que a limitação imposta pela autoridade da coisa julgada, ainda mais tendo em vista relações jurídicas tributárias, tem como destinatário o poder judiciário.

### 1.3.3 Refrações da segurança jurídica concretizadas pela coisa julgada

No que diz respeito ao âmbito temporal de eficácia da segurança pretendido pela coisa julgada, verifica-se outra divisão das funções da norma do art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição.

Assim, a coisa julgada protege imediatamente a eficácia *ex post* do princípio da segurança quando limita o exercício do poder jurisdicional<sup>42</sup>, ainda mais quando a demanda tiver por objeto interesses instantâneos. Nesse caso, a segurança jurídica é assegurada essencialmente com relação ao passado, pois que importa na estabilidade do direito objeto de relação litigiosa.

A coisa julgada, no entanto, repercute também sobre a eficácia *ex ante* da segurança jurídica quando a Constituição limita o exercício do poder legislativo no sentido de não poder atribuir consequências jurídicas a fatos passados que já foram alcançados pela coisa julgada, assim como quando limita o próprio poder judiciário a preservar as decisões sobre interesses duráveis. Sob esse aspecto, promove a segurança jurídica com relação ao futuro na medida em que atua sobre o prévio conhecimento do indivíduo a respeito dos efeitos irradiados por determinados fatos, ainda mais quando objeto de apreciação jurisdicional, impedindo que a lei futura

---

encarregado de duas funções na ordem de 1988: sob um aspecto, atribui aos indivíduos o direito de obter uma decisão terminativa do processo à qual se dê cumprimento regular; sob outro aspecto, confere aos indivíduos o direito de que não sobrevenha mudança em seus respectivos direitos que reverbere a decisão tomada e transformada em julgado (ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: CONSTITUIÇÃO e segurança jurídica (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada): estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 179).

<sup>42</sup> CANOTILHO, 2007, p. 164.

possa vir a alterá-los retroativamente. Trata-se, portanto, de norma essencial não somente à estabilidade, como também à previsibilidade do direito<sup>43</sup>.

#### **1.3.4 Natureza jurídica dos direitos protegidos pela coisa julgada**

No que diz respeito à natureza dos direitos protegidos pela norma constitucional em análise, pode-se afirmar que a coisa julgada está apta a promover a segurança tanto sobre o direito objetivo quanto sobre direitos subjetivos.

No que se refere à promoção de segurança ao direito objetivo, conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni, a coisa julgada atua no sentido de reconhecer às sentenças claro papel de fonte do direito, na medida em que expressam normas jurídicas individuais estáveis, por definitivas e imodificáveis.

Já no que se aplica aos direitos subjetivos, ainda seguindo o processualista paranaense, a coisa julgada serve de garantia ao cidadão que nenhum outro ato estatal poderá modificar ou violar a decisão que definiu o litígio, emprestando ao ato judicial plena confiança<sup>44</sup>.

#### **1.3.5 A Bi-dimensionalidade da proteção constitucional à coisa julgada**

Vê-se, de acordo com o que se expôs, que a coisa julgada na Constituição Brasileira se desdobra, quer com relação ao sujeito a que submete, quer com relação ao espaço de tempo a que se dirige, quer com relação à natureza do direito que estabiliza, cumprindo, assim, sua função na realização da segurança<sup>45</sup>.

Diante disso, não é exagero afirmar que o constituinte brasileiro se aproveitou de um único dispositivo para abranger duas proibições relacionadas à coisa julgada, sendo possível distinguir uma norma dirigida exclusivamente ao poder judiciário e outra ao poder legislativo e ao poder judiciário.

---

<sup>43</sup> O tema será oportunamente aprofundado no capítulo destinado à análise da coisa julgada como limitação à competência de legislativa.

<sup>44</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 67-68.

<sup>45</sup> GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e suas funções. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Atualizada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 187.

A aptidão de um único direito fundamental dar origem a múltiplos comandos jurídicos, todos eles com o fim de conferir-lhe maior eficácia, é reconhecida na teoria do direito.

Sobre as múltiplas posições jurídicas criadas por um único direito fundamental, são de extrema clareza as anotações de José Carlos Vieira de Andrade, como se pode observar:

Num mesmo direito fundamental unitariamente designado podemos encontrar combinados poderes de exigir um comportamento negativo (das potências públicas) com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem, poderes que têm muitas vezes recortes diferentes aos quais correspondem, conforme os casos, deveres de abstenção ou não intromissão, deveres de acção ou sujeições (deveres de tolerar). Por outro lado, os sujeitos passivos dos direitos podem ser, simultaneamente, mas em medida diversa, o legislador, a administração, o poder judicial ou, em certos casos, entidades privadas; tal como deparamos em certos direitos com faculdades ou poderes que cabem a todos os indivíduos, a par de outros que pertencem apenas aos que fazem parte de grupos específicos ou serão mesmo próprios de entidades colectivas ou comunidades<sup>46</sup>.

A partir dessa ideia, fica evidente a possibilidade de criação de um feixe de posições jurídicas voltadas à concretização de um mesmo direito fundamental<sup>47</sup>. Através da coisa julgada, então, a segurança jurídica impõe diferentes comandos: um a ser observado essencialmente pelo juiz, outro pelo legislador e pelo juiz.

É nesse sentido que Gustavo Sampaio Valverde, por exemplo, defende que a proteção à coisa julgada é “norma constitucional em toda sua extensão, isto é, como uma norma que vincula todos os agentes que tenham competência para produzir normas jurídicas no sistema (legislador, juiz, autoridade administrativa, particular)”<sup>48</sup>.

Reconhece, dessa forma, a existência de um impedimento constitucional no sentido de que não só o legislativo se abstenha de interagir com aquilo que foi decidido com trânsito em julgado, mas assim também o façam o judiciário, o executivo e os particulares. Cada qual, evidentemente, de formas distintas e alcançando resultados pontualmente diferentes com relação à concretização da segurança.

---

<sup>46</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p 188-189.

<sup>47</sup> A expressão é de ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 249.

<sup>48</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 150.

Diante disso, merece extensão teleológica o vocábulo “lei” utilizado pelo Constituinte quando estabelece a proteção da coisa julgada, para incluir todos os atos normativos produzidos pelos poderes de Estado capazes violar a coisa julgada, dentre os quais, principalmente, os emanados do poder judiciário e do poder legislativo, como forma de promover, em maior medida, a segurança jurídica

O entendimento de que o art. 5, XXXVI, da Constituição comporta duas normas sobre a coisa julgada pode ser justificado também a partir da concepção de que nem sempre a justificação da aplicação da norma é indicada pela generalização que constitui seu predicado fático. Em outras palavras, existem casos em que a escolha do legislador por uma determinada expressão para designar o objeto normativo, no caso, a “lei”, resulta que a norma se torne subincluente com relação à finalidade que lhe confere justificação<sup>49</sup>, no caso, a segurança jurídica.

Em razão disso, há que se buscar o correto sentido do texto formulado pelo legislador, para que se possa encontrar a norma protetiva da coisa julgada em toda sua extensão, o que é facilitado pela identificação da natureza dos interesses subjacentes ao dispositivo, de modo que o processo interpretativo conduza a um resultado capaz de promover, na maior medida possível, o fim que justificou a criação da norma<sup>50</sup>.

Não obstante, não se podem simplesmente ignorar as barreiras semânticas implicadas pelos termos empregados pelo constituinte. Nesse sentido, interpretar a “lei” como se fosse “todos os atos normativos produzidos pelo Estado” não configura transgressão ao que determina a linguística sobre o significado dessa expressão. É comum no Brasil o legislador, a jurisprudência e até mesmo a doutrina utilizarem a palavra lei para designar outros atos normativos diversos da lei em sentido estrito.

Valverde já realizou essa interpretação analisando o próprio inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, afirmando que nesse caso o significado do vocábulo deve ser compreendido com sentido amplo, como se pode observar:

Assim como a letra do inciso II, do art. 5º, da Carta Magna, utiliza a expressão ‘lei’ para se referir a todas as decisões de normatividade primária emanadas do Estado [...], a interpretação sistemática do mencionado art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição, segundo as regras de boa hermenêutica, demonstra que a coisa julgada deve ser respeitada não apenas pelo Poder

---

<sup>49</sup> SCHAUER, Frederick. *Las Reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 75-96.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 284-286.

Legislativo na edição de suas 'leis', mas também pelo Judiciário na edição de suas sentenças e acórdãos.<sup>51</sup>

Tércio Sampaio Ferraz Júnior também já se posicionou no mesmo sentido, asseverando que “a Constituição expressa e principalmente garante [...] a intangibilidade da coisa julgada diante do ato legislativo e também diante dos atos jurisdicionais<sup>52</sup>”.

Sabendo-se, então, que a coisa julgada afeta tanto o comportamento do poder legislativo e do poder judiciário, em conjunto, quanto o poder judiciário exclusivamente, resta analisar de que forma ela se concretiza em cada um desses casos. Antes disso, no entanto, já que se está desenvolvendo um estudo da coisa julgada a partir da Constituição, há que se analisar a coisa julgada sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais, tornando possível uma melhor compreensão, em seguida, de seu *modus operandi*.

#### 1.4 A COISA JULGADA NA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A coisa julgada, na teoria dos direitos fundamentais abrange, por um lado, um conjunto de direitos a ações negativas do Estado, e, por outro, um direito a ações positivas do Estado.

A coisa julgada, enquanto direito a ação negativa, é a mais frequentemente referida pelos estudiosos de suas funções na Constituição e no CPC. Todavia, não se pode olvidar que o instituto possui também o viés de direito a ação positiva do Estado, relacionado à ordenação do processo.

Confira-se, então, por que e como é possível o desdobramento da coisa julgada enquanto direito fundamental.

---

<sup>51</sup> VALVERDE, Gustavo Sampaio. Segurança jurídica e processo: recursos, coisa julgada, ação rescisória e ações de (in)constitucionalidade. In: SANTI, Eurico Marcos de (Coord.). Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 202.

<sup>52</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 125, p. 72-91, 2006, p. 79.

### 1.4.1 A coisa julgada como direito à ação negativa (direito de defesa)

A posição em que foi colocada a proteção à coisa julgada na Constituição Federal fornece importantes orientações sobre seu alcance e aplicabilidade. Na Constituição de 1988, a proteção à coisa julgada encontra-se entre os direitos e garantias individuais.

Com efeito, a inclusão da proteção à coisa julgada entre as normas que tratam dos direitos e garantias individuais revela tratar-se esta de um direito subjetivo fundamental na Constituição Brasileira<sup>53</sup>.

No entanto, de nada adianta reconhecer-se que a coisa julgada tem o significado de direito fundamental, se não se desmistificar o que isso efetivamente significa na Ordem Constitucional Brasileira. Para tanto, são de extrema valia determinados conceitos formulados pela teoria analítica dos direitos fundamentais.

De início, cumpre assentar a premissa de que o direito à inviolabilidade da coisa julgada, sob a perspectiva individual, exerce a função de direito de defesa. Nesse sentido, tem a missão de defender a pessoa humana e sua dignidade dos poderes do Estado<sup>54</sup>.

Os direitos de defesa, segundo Canotilho, atuam sob dupla perspectiva: no plano jurídico objetivo, são normas negativas de competência (liberdades positivas), enquanto que no plano jurídico-subjetivo são normas que conferem aos indivíduos o poder de exigir positivamente os direitos fundamentais e de exigir omissões dos poderes públicos (liberdades negativas)<sup>55</sup>.

Para o presente estudo, merece destaque a função da coisa julgada no plano jurídico objetivo, enquanto norma limitativa das competências legislativa e jurisdicionais do Estado.

Dentre os direitos de defesa, a coisa julgada classifica-se como um direito a algo<sup>56</sup>. Esta posição jurídica rotulada direito a algo é organizada sob a forma de uma

---

<sup>53</sup> Em sentido contrário, Carmen Lúcia Antunes da Rocha. A autora entende haver uma diferença essencial entre as funções desempenhadas pela segurança jurídica e a coisa julgada na ordem constitucional. Nesse sentido, sustenta dever-se tratar a segurança como um “direito constitucional (art. 5º, *caput*, da Constituição da República do Brasil) e como um direito nascido da Constituição e vivente nos limites e definições constitucionalmente abrigados”, no entanto, entende que o ordenamento não busca com a coisa julgada instituir um direito si, mas somente uma garantia de direitos. (ROCHA, 2004, p. 170-174).

<sup>54</sup> CANOTILHO, 2007, p. 407.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 408.

<sup>56</sup> Alexy separa os direitos fundamentais em três categorias distintas: liberdades, direitos a algo e competências. Sua formulação tem como base as diferenciações propostas por Bentham (direitos a

estrutura triádica da qual fazem parte o titular do direito, o destinatário do direito e o objeto do direito<sup>57</sup>.

Assim, no caso direito à inviolabilidade da coisa julgada, verifica-se no papel de titular, o indivíduo, uma vez que a Constituição dispôs a imutabilidade da coisa julgada no Capítulo dos Direitos e Garantias Individuais. O papel do destinatário da norma, por sua vez, é designado ao Estado, visto que a norma enuncia a proibição de legislar, compreendido como editar atos normativos, sejam gerais ou individuais, em prejuízo da coisa julgada. Por fim, o objeto normativo consiste na proibição de alteração da qualidade que torna imutável o efeito declaratório essencial de toda sentença de mérito irrecorrível.

Sob esse enfoque, a norma ordena a realização de uma ação negativa (abstenção) por parte de seus destinatários. Nesse sentido, a coisa julgada confere um direito à não-eliminação de determinada posição jurídica, estabelecida justamente pela sentença com autoridade de coisa julgada<sup>58</sup>. Cumpre, então, especificar quais as posições jurídicas protegidas pelas limitações de competência determinadas pela coisa julgada.

#### *1.4.1.1 A coisa julgada enquanto como direito à não-eliminação de posição jurídica abstrata*

Sob um aspecto, a posição jurídica protegida pela coisa julgada é a posição do jurisdicionado quanto à perspectiva de obter uma resposta jurisdicional definitiva sobre as controvérsias em que se envolver. Para tanto, a Constituição resguarda o instituto da coisa julgada em abstrato, impedindo que seja excluída do ordenamento jurídico, inclusive por Emenda Constitucional, já que se trata de cláusula pétrea do ordenamento<sup>59</sup>. Isso se deve precipuamente à sua importância com relação ao discurso judicial, enquanto garantia de fim do mesmo.

Nesse sentido, a Constituição utiliza-se da coisa julgada tendo em vista imediatamente a segurança do *direito objetivo*. Eis a coisa julgada como direito à

---

serviços, liberdades e poderes) e por Bierling (pretensão jurídica, simples permissão jurídica e faculdade jurídica).

<sup>57</sup> ANDERSON, Alan R. *Logic, norms and roles*, Ratio 4, 1962, p. 42 apud de ALEXY, 2008, p. 194.

<sup>58</sup> Ibidem, p.199-201.

<sup>59</sup> Art. 60

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:  
IV - os direitos e garantias individuais.

não-eliminação de posição jurídica abstrata, a posição relacionada ao direito de obter uma decisão judicial definitiva, na qual o jurisdicionado pode depositar sua confiança, justificando a procura do órgão jurisdicional estatal. Trata-se de garantia do devido processo legal e do direito abstrato de ação, enquanto direito à tutela jurisdicional estatal dissociado do direito material afirmado na pretensão.

A coisa julgada como direito à não-eliminação de posição jurídica abstrata, a priori, pode ser invocada como fundamento para tachar de inconstitucionalidade a edição de qualquer lei tendente a diminuir os contornos do instituto da coisa julgada. Essa conclusão, todavia, não se sustenta de forma absoluta.

Primeiramente, impende analisar se a lei é efetivamente capaz de atingir o núcleo essencial do direito fundamental à coisa julgada. Em caso afirmativo, a lei será inconstitucional. Na sequência, caso constatado que a lei ordinária não afeta fundamentalmente a função da coisa julgada no ordenamento jurídico, mas causa alguma espécie de restrição à sua eficácia, há que se verificar se essa restrição tem fundamento na promoção de valores constitucionais. Se sim, a redução da segurança jurídica no caso concreto não pode ser considerada inconstitucional, sob pena de estar-se afirmando a hierarquia superior da coisa julgada com relação a outras normas expressas pela Carta Constitucional.

Em outras palavras, tem-se que verificar inicialmente se a lei tem aptidão para esvaziar o sentido da coisa julgada no sistema, e, em seguida, se o fundamento de uma redução tolerável de sua incidência é a busca da promoção de outros valores constitucionais. Se reprovada na primeira etapa da análise, evidentemente, a norma será inconstitucional. Diferentemente, se aprovada na primeira etapa, e ainda, se a norma infraconstitucional pretender tão somente disciplinar a coisa julgada, como forma de compatibilizar o fim a ela subjacente (segurança jurídica) com as demais finalidades protegidas pela Carta Constitucional, a norma não será inconstitucional.

Nesse sentido, a previsão no CPC de utilização da impugnação ao cumprimento de sentença e dos embargos do devedor para objetar a execução forçada, fundada em lei declarada inconstitucional por decisão do STF com eficácia transindividual, não deve ser considerada inconstitucional, uma vez que não atinge o núcleo essencial da coisa julgada, e também está ancorada em valores amparados pela Constituição.

Se essas regras, hipoteticamente, estabelecessem que decisão do STJ tomada diante de recursos repetitivos, decidindo questão sobre matéria

infraconstitucional, poderiam ser invocadas para reduzir a autoridade da coisa julgada, haveria aí, sem dúvida, inconstitucionalidade. Isso porque a restrição da eficácia da norma protetiva da coisa julgada não poderia ser diretamente fundamentada em valores constitucionais, restando insuficientemente justificada a diminuição do âmbito de incidência da autoridade da coisa julgada.

#### 1.4.1.2 A coisa julgada como direito à não-eliminação de posição jurídica concreta

A preocupação com a coisa julgada como instituto destinado à manutenção de posições jurídicas concretas é a mais frequentemente externada por aqueles que se dedicam ao estudo desse instituto. Sob esse ponto de vista, o constituinte busca proteger a coisa julgada como direito subjetivo.

Há autores, inclusive, que entendem seja o único sentido da norma do art.5º, XXXVI, da Constituição, como se pode observar:

A lei não pode prejudicar a coisa julgada', ou seja, a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após a formação da coisa julgada. Editada a sentença sobre determinado caso concreto, é irrelevante que a lei disciplinadora do tema seja alterada, dado que a solução prescrita pela sentença, ainda que tenha de produzir seus efeitos no futuro, é intocável, não se lhe podendo opor comando diferente. O bem jurídico da 'quietude', da 'segurança' e da 'paz' foi valorizado pelo legislador constituinte, que este interdito ao legislador ordinário editar normas agressoras a casos já decididos pelo Judiciário.<sup>60</sup>

Sob esse aspecto, o ato normativo que desconsidera o direito subjetivo à manutenção da inalterabilidade do dispositivo da sentença de mérito transitada em julgado deve ser considerado inconstitucional.

Assim, por exemplo, caso o ato pretenda atribuir novos efeitos jurídicos a fatos que foram considerados para a formação da decisão com coisa julgada, haverá uma espécie de irretroatividade qualificada, pois além de desrespeitar a lei vigente ao tempo da ocorrência do fato, ainda desrespeita a coisa julgada que lhe certificou a incidência. Nesse caso, a Constituição (falta verbo) a coisa julgada como um direito subjetivo de que o regime jurídico aplicável sobre situação que levou à apreciação do judiciário será aquele definido pela decisão final do processo.

---

<sup>60</sup> LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

Uma peculiaridade sobre o direito subjetivo à coisa julgada é a de que, apesar de estar previsto no capítulo que estabelece direitos individuais (do que se depreende que a preocupação principal do constituinte é a segurança jurídica sob o aspecto do indivíduo), também pode ser invocado pelo próprio estado, enquanto parte no processo judicial. A compreensão do estado dentre os titulares do direito subjetivo à imutabilidade da decisão de mérito transitada em julgada é essencial à concretização da segurança jurídica, necessidade do sistema constitucional como um todo.

Portanto, a proteção à coisa julgada, enquanto direito à não-eliminação de posições jurídicas concretas, protege todas as partes do processo, seja o indivíduo seja o ente estatal, preservando a segurança jurídica das esferas jurídicas individuais e públicas, por imposição do Estado de direito.

#### **1.4.2 A coisa julgada como direito à organização e ao procedimento**

Encerrada a análise da coisa julgada como direito fundamental a ação negativa do Estado, é vez de se estudar essa norma sob a perspectiva dos direitos a ações estatais positivas (direitos a prestações em sentido amplo).

A partir da constatação de Habermas no sentido da necessidade de reconhecer-se um *status activus processualis* relacionado ao devido processo dos direitos fundamentais, somado à proposta de Hesse de que a organização e o procedimento são com frequência o meio de se garantirem os direitos fundamentais<sup>61</sup>, passou-se a reconhecer a existência de uma relação entre os direitos fundamentais e as normas de direito processual.

Segundo Robert Alexy, as normas constitucionais que atribuem a titularidade de determinados direitos de natureza processual ao indivíduo e que têm como destinatário a figura estatal, visando à ordenação do processo para a realização dos direitos fundamentais materiais, compõem a categoria dos direitos fundamentais a organização e procedimento. O autor prossegue explanando que esses direitos abarcam tanto direitos à criação de determinadas normas procedimentais, quanto direitos a uma determinada interpretação e aplicação concreta de normas

---

<sup>61</sup> ALEXY, 2008, p. 470.

procedimentais, sempre com o fito de se promoverem, na maior medida possível, os direitos fundamentais substanciais.

Dentre os princípios que possuem papel mais proeminente na ordenação do processo para a realização dos direitos fundamentais, revela-se o que expressa a garantia de tutela jurisdicional. Segundo Canotilho, uma definição abrangente deste direito, complementar àquela fornecida pelo Código de Processo Civil Português, pode ser encontrada no Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais (Lei 15-2002 de 15-2, alterada pela Lei 4-A-2003, de 19-2), quando define que o direito à tutela jurisdicional efetiva compõe-se do:

direito de obter, em prazo razoável uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.<sup>62</sup>

A partir dessa ideia, pode-se sustentar que a coisa julgada integra o conteúdo do direito à tutela jurisdicional efetiva. Nesse sentido, quando a coisa julgada estabelece um fim à relação processual, não somente promove a segurança jurídica, mas também serve como meio para o jurisdicionado alcançar as finalidades perseguidas no momento em que levou a controvérsia ao judiciário.

Por essa razão, é que deve ser reconhecido, na norma constitucional protetora da coisa julgada, também um viés relacionado à organização e ao procedimento, e não pretender esgotar suas finalidades na promoção da segurança jurídica. Sob essa perspectiva, destarte, ela atua na garantia do devido processo legal e do acesso à tutela jurisdicional adequada.

Para uma melhor compreensão da coisa julgada enquanto norma de ordenação processual, mais uma vez, busca-se socorro nos ensinamentos de Canotilho. O jurista português leciona que a garantia de acesso à jurisdição, a par de uma perspectiva negativa, consistente especificamente na defesa dos direitos através dos tribunais, possui igualmente uma perspectiva positiva. No sentido prestacional, o acesso aos tribunais implica sejam criados órgãos judiciais e processos adequados (direitos fundamentais a dependentes da organização e procedimento) e asseguradas prestações (apoio judiciário, patrocínio judiciário,

---

<sup>62</sup> CANOTILHO, 2007, p. 495.

dispensa total ou parcial de pagamento de custas e preparos), que impeçam a denegação de justiça em razão de insuficiência de disponibilidade econômica.

A coisa julgada, nesse contexto, pode ser considerada integrante da categoria de normas que conferem adequação ao processo, pois que nada mais inadequado seria do que um processo que jamais encontrasse seu próprio fim.

A proteção constitucional à coisa julgada representa a essencialidade de valores formais como a ordem, a permanência e a coerência para a própria compreensão do fenômeno jurídico<sup>63</sup> <sup>64</sup>. Nesse sentido, exterioriza a preocupação das Constituições atuais com a criação de garantias jurídico-subjetivas, capazes de funcionar até mesmo como direitos de defesa frente aos poderes públicos, influenciando, portanto, a posição jurídico-material dos indivíduos perante os tribunais, estabelecendo princípios para a conformação do judiciário e do processo judicial<sup>65</sup>.

Nesse contexto, a escolha do constituinte brasileiro em proteger a coisa julgada como direito fundamental individual serve como exemplo do caráter fundamental das normas que ordenam o processo. Assim, através do estabelecimento do direito fundamental à não violação da coisa julgada, simultaneamente, ordena-se o processo para que chegue a um termo final determinável e estabeleça-se a certeza sobre o resultado deste mesmo processo, permitindo aos partícipes adotar com segurança condutas com ele coerentes.

A proteção constitucional à coisa julgada, primeiramente, utiliza-se da técnica da preclusão para dar fim às possibilidades de irresignação dos partícipes (coisa julgada formal). Porém, sua função ordenadora aí não se esgota (e é por isso que deve ser reconhecida ela própria como direito fundamental à ordenação do processo, senão para isso bastaria a existência da preclusão). A aptidão da coisa julgada para gerar efeitos extraprocessuais, capaz de estabilizar a relação litigiosa, mesmo fora do processo onde se formou, impedindo que venha a ser rediscutida a mesma lide em nova ação (coisa julgada material), não somente concretiza a segurança jurídica das decisões judiciais, mas também estabelece a própria lógica

---

<sup>63</sup> Com sua peculiar precisão, Alvaro de Oliveira, acompanhado por Daniel Mitidiero, sintetiza a ideia central do atual estágio da complexa relação entre a Constituição e o processo judicial, conforme se observa em passagem de obra recente: “com base nos valores e normas estabelecidos na Constituição dá-se a organização do processo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18)

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 132.

processual (fazendo mais do que a preclusão nesse sentido, pois que dotada de eficácia ordenadora extraprocessual). Atua, portanto, ordenando o processo judicial em uma visão ampla, protegendo a última decisão de mérito contra si mesmo e contra processos futuros (coisa que a preclusão não faz).

Eduardo Couture apresenta semelhante compreensão da coisa julgada quando refere que entre a autoridade da coisa julgada e a efetiva vigência do direito há uma relação de meio e fim. A coisa julgada, para o processualista, se concebe somente como meio para eliminar a incerteza do direito e como forma de fazê-lo coativo nos casos de resistência e omissão ao seu cumprimento<sup>66</sup>. A concepção do autor fica clara na passagem abaixo selecionada:

[...] la cosa juzgada, por sí misma, no se justifica; su singular energia vale como medio y no como fin. El fin no es, por supuesto, la imutabilidad. Los es la justicia, la paz, el orden, la seguridad, es decir, los *valores* a los cuales el derecho accede y sirve<sup>67</sup>.

Trata-se, portanto, de norma que utiliza não só a técnica preclusiva<sup>68</sup> para garantir a marcha do processo para frente (coisa julgada formal), mas que promove a irradiação de efeitos extraprocessuais para que um novo processo não ande no sentido contrário do que lhe antecedeu, tudo isso a fim de atribuir lógica ao processo judicial, garantindo que este um dia venha a se encerrar e não seja repetido no futuro, para que sejam, finalmente, alcançados os bens da vida através dele pretendidos.

Sob essa perspectiva, então, o fundamento da coisa julgada não é a segurança jurídica em si, mas a ordenação do processo judicial para a concretização de devido processo legal e do acesso à justiça.

---

<sup>66</sup> COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 39.

<sup>67</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>68</sup> Sobre a técnica no direito processual, consulte-se OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Técnica e formalismo. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b, p. 170-178). No texto, a expressão técnica vem empregada no sentido de “o conjunto de meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito” (Ibidem, p.171).

## 1.5 O MODO DE ATUAÇÃO DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À COISA JULGADA

De acordo com o que se viu nos itens anteriores, a função essencial da coisa julgada no ordenamento consiste em promover o valor segurança através da estabilização dos provimentos jurisdicionais, fornecendo certeza sobre o direito incidente na situação litigiosa. Tem, ainda, a função de organização do procedimento, conectando-se com a concretização do direito fundamental de ação, pela garantia de que não só os atos processuais marchem para frente, mas também que novos processos não provoquem um retrocesso na caminhada em direção à tutela jurisdicional.

Cumpra investigar de que modo específico a norma protetiva da coisa julgada atua para alcançar suas tais finalidades fundamentais ao ordenamento jurídico.

### **1.5.1 Finalidade específica da proteção à coisa julgada na concretização da eficácia *ex post* da segurança jurídica**

A partir da definição e da identificação da relação do instituto da coisa julgada com o princípio da segurança jurídica, reconheceu-se a importância de seu papel na estabilização e certificação do direito, especificamente aquele declarado no comando jurisdicional.

Nesse sentido, portanto, a garantia da coisa julgada tem como destinatário principal o poder judiciário, servindo de óbice para que a relação jurídica na qual foi aplicado o direito com autoridade de coisa julgada material seja alterada por uma nova decisão judicial, quer porque já foi proferida uma resposta final pelo órgão jurisdicional (coisa julgada formal), quer porque o judiciário está impedido de apreciar novamente o que foi objeto de coisa julgada (coisa julgada material).

Com a proibição de novo julgamento sobre causa idêntica, protege-se imediatamente a relação jurídica que foi objeto da norma individual do caso concreto, ou seja, o direito subjetivo do jurisdicionado. Mediamente, se finda por proteger também o direito objetivo, na medida em que se certifica a incidência de determinadas normas jurídicas sobre os fatos ocorridos em certo espaço de tempo.

Para a realização de seus fins com relação à eficácia *ex post* da segurança jurídica, a coisa julgada age de duas formas distintas: uma com sentido negativo; outra com sentido positivo.

A função negativa da coisa julgada verifica-se quando ela impede a repetição de nova demanda. Nesse sentido, produz efeitos sanatório e preclusivo.

Permite, assim, a utilização da oposição de coisa julgada como defesa contra o novo julgamento sobre questão que já foi anteriormente objetivo de decisão de mérito transitada em julgado<sup>69</sup>. Vale referir, que a *exceptio res judicata*<sup>70</sup> é inserida no bojo da contestação, como preliminar (art. 301, VI, do CPC<sup>71</sup>), ressalvada, todavia, a possibilidade de ser alegada a qualquer momento ou grau de jurisdição, sujeitando-se aí às sanções do art. 267<sup>72</sup> e do art. 22<sup>73</sup>, ambos do CPC.

Já a função positiva da coisa julgada consiste em encerrar o litígio e eliminar o estado de dúvida em que se encontram os litigantes no processo. Trata-se, segundo Moniz de Aragão, da função *nobre* da coisa julgada, porquanto é ela quem efetivamente dá fim às controvérsias entre autor e réu, através da imutabilidade da sentença<sup>74</sup>.

Ocorre que, apesar de sua relevância na concretização da segurança do direito subjetivo e do direito objetivo, alcançada através de sua dupla função, há situações em que a própria Constituição reconhece implicitamente a possibilidade de afastamento da autoridade da coisa julgada. A referência à ação rescisória, em pelo

<sup>69</sup> De acordo com o que ensina Couture, a invocação da coisa julgada como matéria de defesa evita o debate sobre o direito exposto na demanda. Assim, quem aduz a coisa julgada como defesa não discute o direito em si, mas ampara-se em um pronunciamento anterior a seu respeito que lhe é favorável e lhe salvaguarda de uma nova discussão. (COUTURE, 1958, p.118)

<sup>70</sup> A *exceptio res judicata*, em verdade, não constitui espécie do gênero das exceções substanciais. Trata-se, a despeito de consagrada expressão, de verdadeira oposição, pois apesar de, como as exceções, ser capaz de impedir o prosseguimento da ação, pode e deve ser do conhecimento de ofício do juiz, como matéria de ordem pública. A expressão exceção, desde o direito romano formulário sempre foi reservada às matérias que o juiz não poderia conhecer de ofício (NEVES, 1971, p. 18).

<sup>71</sup> Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:

VI - coisa julgada;

<sup>72</sup> Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

<sup>73</sup> Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

<sup>74</sup> ARAGÃO, 1982, p. 216.

menos três momentos na Carta Constitucional (a saber, art. 102, I, j<sup>75</sup>, art. 108, I, b<sup>76</sup> e art. 27, § 10 dos ADCT<sup>77</sup>), exemplifica essa situação.

Tendo-se em vista a admissibilidade de uma ação que tem por objetivo desconstituir a sentença de mérito transitada em julgado e fornecer novo juízo a respeito da relação jurídica subjacente, permite um importante questionamento a respeito da proteção constitucional à coisa julgada. A proibição de violação é coisa julgada, especificamente quando tem como preocupação a eficácia *ex post* da segurança jurídica, é uma norma com dimensão de princípio ou de regra?

Parecem mais corretos, tendo em vista a importância da coisa julgada para a concretização da segurança jurídica, os argumentos favoráveis à aplicação da norma constitucional como regra jurídica.

Nesse sentido, conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a abertura à relativização da coisa julgada, ressalvadas as hipóteses de rescindibilidade, inexistência, nulidade ou ineficácia da sentença, gera uma verdadeira *contradição em termos*. Isso se justifica, para o processualista,

porque é da essência do instituto a imutabilidade, se falta esta não se trata mais de relativizar a coisa julgada mas, realmente, de bani-la do sistema jurídico: a água é pura ou não é água, a coisa julgada consiste na imutabilidade do comando sentencial ou não é coisa julgada material<sup>78</sup>.

Em outras palavras, pode-se dizer que ou a há coisa julgada ou persiste coisa litigiosa, sem perspectiva de oferecer qualquer segurança ao patrimônio jurídico individual das partes no processo.

Nesse sentido, a relativização atinge o núcleo da forma empregada para conferir estabilidade ao direito objeto de sentença de mérito irrecorrível, bem como a própria aptidão da sentença para servir de fonte do direito, uma vez que tais funções

---

<sup>75</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

j) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados;

<sup>76</sup> Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

<sup>77</sup> Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal.

§ 10 - Compete à Justiça Federal julgar as ações nela propostas até a data da promulgação da Constituição, e aos Tribunais Regionais Federais bem como ao Superior Tribunal de Justiça julgar as ações rescisórias das decisões até então proferidas pela Justiça Federal, inclusive daquelas cuja matéria tenha passado à competência de outro ramo do Judiciário.

<sup>78</sup> OLIVEIRA, 2010a, p. 105.

dependem inevitavelmente da vedação de posteriores modificações da norma jurídica individual do caso concreto. Por conseguinte, somente pode ser admitida a relativização da coisa julgada em situações absolutamente excepcionais, sob pena de esvaziar-se o núcleo essencial do instituto.

Humberto Ávila, com a atenção voltada para as relações jurídicas tributárias objeto de coisa julgada, já se manifestou expressamente no sentido de que a coisa julgada deve ser aplicada com dimensão normativa de regra jurídica, como se observa na passagem selecionada:

A proteção da coisa julgada, mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, é uma forma de *regramento* do conflito entre a segurança e igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela<sup>79</sup>.

Esse entendimento também é defendido por Luiz Guilherme Marinoni, que, essencialmente, o fundamenta em quatro argumentos. Primeiro, que a coisa julgada consiste em condição necessária à existência do discurso jurídico. Segundo, que a coisa julgada constitui elemento indispensável à afirmação do poder estatal. Terceiro, que a coisa julgada representa corolário fundamental ao direito de ação (e, assim, à tutela jurisdicional efetiva). E, finalmente, quarto, que a coisa julgada atua como corolário fundamental ao princípio da segurança jurídica<sup>80</sup>. Assim, segundo o processualista, considerados todos esses argumentos, a norma em questão deve ser aplicada com dimensão normativa de regra, como forma de proteger de forma mais efetiva (definitiva) os valores em questão.

O reconhecimento da coisa julgada com dimensão normativa de regra traz como consequência que, em condições normais, toda vez que se configure concretamente o suporte fático da previsão, ou seja, o esgotamento das possibilidades recursais diante da decisão de mérito, há a incidência de seu consequente, ou seja, a proibição de alteração daquilo que foi decidido com autoridade de coisa julgada

Diante disso, podem ser formuladas outras importantes questões relacionadas à aplicação da norma constitucional sobre a coisa julgada tendo em vista a eficácia *ex post* da segurança jurídica. Em se tratando a imutabilidade da

---

<sup>79</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008b.

<sup>80</sup> Estes são os fundamentos apresentados por Luiz Guilherme Marinoni para justificar a aplicação da norma constitucional sobre a coisa julgada com dimensão normativa de regra (MARINONI, 2008).

coisa julgada de regra constitucional, seria a ação rescisória sua única exceção constitucionalmente admitida? Ou, ainda, é compatível com a Constituição a possibilidade de diminuição do âmbito de incidência da coisa julgada por outros instrumentos processuais previstos na legislação infraconstitucional?

Numa visão inicial, seria possível argumentar que a ação rescisória constitui o único e exclusivo meio pelo qual se admite a alteração de uma sentença de mérito válida, na medida em que a Constituição de 1988 só se referiu a este meio para a relativização da coisa julgada. Nesse sentido, quaisquer outras restrições ao âmbito de incidência da regra que prescreve a imutabilidade do caso julgado, previstas em ato de hierarquia infraconstitucional, deveriam ser consideradas inconstitucionais. Isso porque, nesse caso, haveria derrogação de regra constitucional por ato de hierarquia inferior, alterando-se matéria que foi disciplinada pela Constituição através do processo legislativo inadequado. Ou seja, haveria modificação do comando instituído pela regra constitucional, sem, no entanto, submeter-se ao procedimento legislativo previsto para alterar a regra original. Seguindo essa linha, somente seria admissível que o poder judiciário revisse a coisa julgada em casos previstos em normas de idêntica hierarquia a da norma que contém a proibição, ou seja, de ordem constitucional. Assim sendo, em se tratando a ação rescisória da única exceção à coisa julgada referida pela Constituição, neste instrumento se esgotariam as possibilidades de buscar-se a alteração do caso julgado por sentença válida.

Com esse ponto de vista, questiona-se a constitucionalidade da veiculação de pretensão de relativização à coisa julgada através de impugnação, conforme prevê o artigo 475-L, parágrafo 1º,<sup>81</sup> ou de embargos à execução contra a Fazenda Pública, segundo prevê o art. 741, parágrafo único<sup>82</sup>, segundo alteração no CPC determinada pela Lei nº 11.235 de 2005.

---

<sup>81</sup> Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

II – inexigibilidade do título;

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

<sup>82</sup> Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

[...]

II - Inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se também

Esses dispositivos estabelecem a possibilidade de a parte alegar a inexistência do título executivo judicial quando este for fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, por meio de impugnação ao cumprimento da sentença.

Pois, precisamente, a validade dessa regra foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3740, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em razão de estabelecer possibilidade de alcançar-se a desconstituição da coisa julgada civil por outra via que não a da ação rescisória. Merece destaque a passagem da Petição Inicial da ADI:

Admite-se, por certo, a sua desconstituição via ação rescisória. A possibilidade de sua constituição em tal hipótese, porém, **deriva do próprio texto constitucional**. Em diversos dispositivos, a Lei Fundamental, ao atribuir a tribunais competência para rescindir julgados, está, a toda evidência, permitindo sua rescisão em tais casos. Indispensável atentar-se, entretanto, para o fato de que o único instrumento contemplado **no nosso sistema constitucional capaz de conduzir a esse resultado- desconstituição da coisa julgada-, na jurisdição civil, é a ação rescisória. Não há outro!** Até mesmo a reclamação, que tem por escopo preservar, in concreto, a autoridade das decisões do STF e STJ, condiciona-se a ser ajuizada antes do trânsito em julgado do provimento que pretensamente violou o decidido por aqueles Tribunais (vide RCL 365). (grifos no original)

A petição inicial da ADI ainda apresenta como fundamento o fato de que o reconhecimento da validade da regra em questão nega aos juízes e tribunais a competência para realizar o controle difuso de constitucionalidade, porquanto todas as suas decisões no exercício desse poder seriam consideradas provisórias até que houvesse apreciação da causa pelo STF.

A Procuradoria-Geral da República apresentou parecer na ADI opinando pela procedência parcial do pedido, para dar-se interpretação conforme a Constituição à regra em questão, de modo que seja autorizada a utilização da impugnação para contrariar o caso julgado apenas nas hipóteses de declaração de inconstitucionalidade proferida em controle abstrato de constitucionalidade das leis.

Esse parecer, ainda que não o refira expressamente, revela entendimento contrário àquele segundo o qual a ação rescisória representa o único meio

---

inexistente o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005),

compatível com a Constituição para provocar a revisão da autoridade da coisa julgada.

Acompanhando as conclusões a que chegou o *parquet*, entende-se que o reconhecimento da proteção à coisa julgada como norma com dimensão de regra constitucional, não implica necessariamente que o seu único meio de excepcionamento seja exceção prevista na Carta Constitucional.

A partir de uma visão assentada na unidade da Constituição, sustenta-se que a referência constitucional à ação rescisória não teve o espírito de limitar os meios pelos quais se permite modificar o julgado, mas, pelo contrário, demonstrar que em determinadas situações (essas sim, excepcionais), o caso julgado pode ser revisto.

Dessa forma, ao mencionar a ação rescisória, a Constituição fixou os parâmetros máximos de valores com relação aos quais a coisa julgada pode ceder no caso concreto. Tais valores são encontrados na disciplina da ação rescisória estabelecida pela lei processual, os quais foram objeto de incorporação pela Constituição atual, justamente por sua estreita relação com princípios e regras que ela própria expressa. São eles: a garantia do juiz natural, a preservação de competências constitucionais, o respeito à legalidade, a verdade processual, ou mesmo, o respeito à coisa julgada anterior.

Nesse sentido, a ação rescisória estabelece os valores com relação diante dos quais a autoridade da coisa julgada pode ceder, e não o meio pelo qual a pretensão relativizadora deve ser veiculada. Devem prevalecer os fins como limite, e não os meios. Como consequência, o que a legislação infraconstitucional não pode é pretender ampliar o rol de valores capazes de se sobrepor à coisa julgada diante do caso concreto, e não criar novos meios pelos quais aqueles mesmos valores se concretizem, inclusive, de forma mais efetiva.

Assim, se a lei processual estabelecer outros meios pelos quais algum desses valores incorporados ou expressamente reconhecidos pela Constituição como capazes de prevalecer sobre a coisa julgada, não estará propriamente ampliando a exceção constitucional à regra da coisa julgada.

No caso, a novidade prevista no CPC não faz mais do que criar um novo *meio* à relativização da autoridade da coisa julgada dentro de uma das hipóteses diante da qual já era possível a propositura de ação rescisória, especificamente aquela que prevê a violação literal de lei (art. 485, V, do CPC). O que a diferencia da regra

anterior é que restringe ainda mais o cabimento da relativização<sup>83</sup>, estabelecendo hipótese de violação duplamente qualificada da lei, na medida em que estabelece, a um, que o ato normativo cuja ofensa autoriza a relativização do julgado seja de índole constitucional, e, a dois, que a inconstitucionalidade da norma ou da interpretação tenha sido declarada pelo STF.

Tal hipótese de cabimento da impugnação ao cumprimento da sentença e de embargos na execução contra a Fazenda Pública, portanto, não amplia o rol de casos em que se admite a relativização do julgado, mas limita situação em que já o era admitido, estabelecendo, em contrapartida, procedimento mais célere e conforme os anseios de prestação jurisdicional adequada no tempo.

A simplificação do meio justifica-se em razão da coincidência entre as razões a serem invocadas pela parte prejudicada pela sentença transitada em julgado e o entendimento STF, o que torna prescindível o *iter* da ação rescisória para certificar a legitimidade da revisão da coisa julgada, até mesmo por respeito ao papel do Tribunal Constitucional no ordenamento jurídico brasileiro e ao próprio princípio da proporcionalidade sob o aspecto da necessidade<sup>84</sup>.

As normas previstas no art. 475-L, parágrafo 1º, do CPC, e no art. 741, parágrafo único, todavia, pecam por permitir que qualquer juízo de constitucionalidade realizado pelo STF possa servir para amparar a relativização do julgado. Com efeito, quando não for caso de jurisprudência assentada da Suprema Corte, não há justificação suficiente para o excepcionamento da autoridade da coisa julgada, conforme o alerta no parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI anteriormente referida.

Teria feito melhor o legislador se restringisse a relativização às hipóteses de precedentes consolidados no STF, a exemplo do que fez quando exigiu decisão do Plenário (art. 481, parágrafo único, e art. 475, parágrafo 3º), súmula (art. 518, parágrafo 1º) ou jurisprudência dominante (art. 557), casos esses em que a interpretação da Constituição parece melhor consolidada por seu guardião<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> Talvez até mesmo para *compensar* a simplificação do procedimento, pois ao invés de exigir a propositura de nova ação, opera-se pela oposição de impugnação ou de embargos.

<sup>84</sup> Assim, se tanto a ação rescisória quanto a impugnação e os embargos são adequados para a realização do fim revisão da coisa julgada, deve-se preferir o meio que menos restringe os direitos fundamentais à jurisdição e à tutela jurisdicional adequada e efetiva, no caso, a impugnação ou os embargos.

<sup>85</sup> Nos capítulos seguintes, quando se analisar o controle de constitucionalidade no STF e seus efeitos sobre a coisa julgada tributária vai-se definir qual a espécie de decisão cuja invocação legitima a relativização da coisa julgada.

Ademais, nesse contexto, haveria quem pudesse questionar se além de alargar as hipóteses de relativização quanto ao motivo (o que se demonstrou não ser verdadeiro), o cabimento da impugnação ou dos embargos para a revisão da coisa julgada não findariam também por alterar o prazo decadencial para a veiculação dessa pretensão.

Antes de tudo, cabe mencionar que a imutabilidade absoluta da coisa julgada não é alcançada no exato momento do trânsito em julgado da sentença. Moniz de Aragão já referia que, ao menos até esgotado o risco da rescisão, a imutabilidade da sentença poderia ser considerada relativa<sup>86</sup>. Portanto, é natural que durante certo período de tempo, mesmo após o trânsito em julgado, esteja a sentença sujeita a modificações.

Não se pode negar, todavia, que a impugnação e os embargos podem acabar por permitir a alteração da coisa julgada por prazo superior ao que seria possível pela via da ação rescisória. No entanto, essa ampliação do prazo seria imputada não àquele que se beneficia da relativização do julgado, mas ao credor da obrigação fundada na lei inconstitucional, pela demora em promover a execução forçada da sentença. Isso porque, se, diferentemente, promovesse o cumprimento da sentença tão logo transitasse em julgado, o credor provocaria uma diminuição no prazo de que disporia o executado para apresentar as razões para objetar o cumprimento da sentença, restando-lhe o prazo de 15 dias (para impugnar) ou 30 dias (para embargar), contados da intimação de seu procurador acerca do auto de penhora e de avaliação ou da citação da Fazenda Pública. E é isso o que ocorre, em regra, pois o vencedor em um processo, logo, como geralmente o são no judiciário brasileiro, não tende a demorar em finalmente gozar do bem jurídico que lhe foi reconhecido pela sentença. Assim, ordinariamente, o prazo para a revisão do julgado será encurtado pela impugnação ou pelos embargos, e não aumentado, contribuindo, assim, para a segurança jurídica.

Em síntese, portanto, propõe-se a interpretação do art. 5º, XXXVI, da Constituição, no sentido de que o problema não está no meio pelo qual se pretende alcançar a relativização do julgado, mas no fim que se pretende alcançar através desse meio. Nesse sentido, o que a Constituição veda é que o legislador ordinário amplie os motivos capazes de justificar a desconstituição do julgado para alcançar

---

<sup>86</sup> ARAGÃO, 1982, p. 245.

valores que não sejam amparados pela ação rescisória ou pela própria Constituição, pois aí estaria *injustificadamente* reduzindo significativa parcela da segurança jurídica.

Frise-se mais uma vez, nessa forma de interpretar a Constituição, o que importa não é o meio pelo qual se formaliza o pedido de afastamento do julgado, mas a pertinência constitucional dos fundamentos apresentados, uma vez que se sabe que nem todo motivo é suficiente para se diminuir o alcance de norma que é tão cara à concretização do ideal de segurança nas relações jurídicas. Aliás, pouquíssimos são os motivos capazes de justificar o afastamento dessa regra, sob pena de eliminar-se o próprio instituto da coisa julgada, pois, como já se havia referido, ou a coisa está julgada ou coisa alguma significa para fins de concretização da segurança jurídica.

Desse modo, não haveria inconstitucionalidade nos artigos 475-L, parágrafo 1º, e 741, parágrafo único, do CPC, uma vez que justamente pretendem preservar a Supremacia da Constituição ao impedir que decisões fundadas em leis declaradas inconstitucionais produzam efeitos.

Há que se ressaltar, no entanto, seguindo a linha do parecer da PGR na ADI referida, que no caso de a decisão do STF não representar uma interpretação consolidada<sup>87</sup> sobre a constitucionalidade de determinada norma, não servirá de fundamento para impedir a execução da sentença, pois nesse caso a norma não pode ser considerada indiscutivelmente inconstitucional, vez que ainda amparada por sua natural presunção de validade. Nesse sentido, há que se conferir interpretação conforme aos dispositivos para que seja admissível somente a veiculação de pretensão de limitação dos efeitos da sentença inconstitucional para os casos em que a decisão do STF que provoquem alteração no direito aplicável à situação de fato em questão<sup>88</sup>.

O STJ já teve oportunidade de analisar o tema. Todavia, decidiu que quaisquer decisões do STF bastariam à incidência das regras cuja constitucionalidade é discutida, interpretando tais dispositivos literalmente. Observe-se, a respeito, a ementa do Recurso Especial n. 833769/SC, relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki:

---

<sup>87</sup> A consolidação das interpretações nas decisões do STF será analisada quando da análise dos efeitos do controle de constitucionalidade, no capítulo seguinte.

<sup>88</sup> Idem.

PROCESSUAL CIVIL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXEGESE E ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. HONORÁRIOS. ART. 29-C DA LEI 8.036/90, COM REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 2.164-40/01. AÇÕES AJUIZADAS APÓS 27.07.2001. APLICABILIDADE.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.

**2. O parágrafo único do art. 741 do CPC, buscando solucionar específico conflito entre os princípios da coisa julgada e da supremacia da Constituição, agregou ao sistema de processo um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais.**

Sua utilização, contudo, não tem caráter universal, sendo restrita às sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideraras as que (a) aplicaram norma inconstitucional (1ª parte do dispositivo), ou (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional ou, ainda, (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional (2ª parte do dispositivo).

**3. Indispensável, em qualquer caso, que a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do Senado), mediante (a) declaração de inconstitucionalidade com redução de texto (1ª parte do dispositivo), ou (b) mediante declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto ou, ainda, (c) mediante interpretação conforme a Constituição (2ª parte).**

4. Estão fora do âmbito material dos referidos embargos, portanto, todas as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação do STF, como, v.g, as que a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional (ainda que em controle concentrado), b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade, c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável, d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado, deixando de aplicar ao caso a norma revogadora.

5. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças, ainda que eivadas da inconstitucionalidade nele referida, cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência.

6. O dispositivo, todavia, pode ser invocado para inibir o cumprimento de sentenças executivas lato sensu, às quais tem aplicação subsidiária por força do art. 744 do CPC.

7. À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI).

8. Precedentes da 1ª Turma (REsp 720.953/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 22.08.2005; REsp 721.808/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJ de 19.09.2005).
9. O art. 29-C da Lei nº 8.036/90, introduzido pela MP nº 2.164-40/2001, é norma especial em relação aos arts. 20 e 21 do CPC, aplicando-se às ações ajuizadas após 27.07.2001, inclusive nas causas que não têm natureza trabalhista, movidas pelos titulares das contas vinculadas contra o FGTS, administrado pela CEF.
10. A Medida Provisória 2.164-40/01 foi editada em data anterior à da EC 32/2001, época em que o regime constitucional não fazia restrição ao uso desse instrumento normativo para disciplinar matéria processual.
11. Recurso especial a que se dá parcial provimento.<sup>89</sup> (grifou-se)

Entende-se que apesar de corretos os argumentos que conduziram à decisão do STJ, faz-se necessário definir ainda quais são atualmente as decisões do STF aptas a fundamentar a aplicação dos novos mecanismos de relativização do julgado, contrariando-se, portanto, sua posição no sentido de que todas as decisões daquela Corte no controle de constitucionalidade poderiam ser utilizadas para fundamentar a aplicação das novas normas processuais.

Resta analisar, também, sob a perspectiva do direito tributário, quais seriam os motivos constitucionalmente relevantes para embasar uma demanda voltada à desconstituição da coisa julgada.

A esses temas dedicaremos os capítulos subsequentes; todavia, não sem antes pincelar algumas considerações acerca do papel da norma sobre a coisa julgada que tem como preocupação a eficácia *ex ante* da segurança jurídica.

### **1.5.2 Finalidade específica da proteção à coisa julgada na concretização da eficácia *ex ante* da segurança jurídica**

A proteção à coisa julgada, tendo-se em vista a eficácia *ex ante* da segurança jurídica, relaciona-se a finalidades imediatas distintas de quando a proteção é a eficácia *ex post* da segurança jurídica, ainda que o fim mediato de ambas seja a segurança jurídica em todas as suas refrações e a ordenação do processo, conforme já se teve oportunidade de referir anteriormente.

Cumprе acrescentar, neste momento, mais algumas notas distintivas sobre o modo de atuação da coisa julgada quando relacionada a cada um dos âmbitos de eficácia do princípio da segurança

---

<sup>89</sup> BRASIL. STJ. Primeira Turma. Recurso Especial n. 833769/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento 29 jun. 2006. *D.J.* 03 ago. 2006. p. 227.

Com relação à eficácia *ex post*, a norma detinha a finalidade de dar estabilidade e certeza ao direito declarado no comando jurisdicional, acabando por proteger primeiramente o direito objeto da norma individual. Desta forma, sua finalidade imediata estava em proporcionar segurança ao direito subjetivo. Mediatemente, culminava por favorecer a segurança do direito objetivo, por deixar claro que as sentenças de mérito transitadas em julgado são fontes do direito, por definitivas e imodificáveis<sup>90</sup>.

Quando se tem em conta o papel da coisa julgada diante da eficácia *ex ante* da segurança, o panorama se inverte. A proibição de violação da coisa julgada visa primeiramente a proteger a norma geral, o direito objetivo, como a condição de regular a eficácia da norma que chegamos a abordar no título anterior. Mediatemente, a limitação da edição de leis em prejuízo da coisa julgada favorece a segurança dos direitos subjetivos, na medida em que impede o legislador de alterar o patrimônio jurídico do jurisdicionado *ex post facto*.

Pois, precisamente, tais limitações impostas pela coisa julgada, com relação à eficácia *ex ante* da segurança jurídica, preocupadas imediatamente com o direito objetivo e mediatemente com o direito subjetivo, representam a concretização de outro princípio constitucional componente da segurança jurídica: o princípio da irretroatividade. A coisa julgada, nesse sentido, consiste na refração da proibição de retroatividade aplicada especificamente às situações em que já se esgotaram as hipóteses de recurso da sentença de mérito.

O entendimento de que a coisa julgada representa concretização do princípio da irretroatividade é voz comum entre os processualistas brasileiros. A título de exemplo, pode-se citar a opinião de José Maria Tesheiner, expressa nesta passagem:

para a observância da Constituição, o importante é que não se rescinda a sentença por violação de norma superveniente. [...] Em essência, o que aí se veda é a lei retroativa, isto é, lei posterior para reger fatos passados.<sup>91</sup>

Nesse mesmo sentido leciona Teresa Arruda Alvim Wambier, quando refere que a proteção constitucional da coisa julgada, especialmente com relação a atos do

---

<sup>90</sup> MARINONI, 2008, p. 67.

<sup>91</sup> TESHEINER, 2001, p. 237.

poder legislativo, destina-se a impedir a aplicação do direito superveniente a situações passadas. Confirmam-se as palavras da autora:

o texto protege a situação concreta da decisão transitada em julgado contra a possibilidade de incidência de nova lei. Não se trata de proteção ao instituto da coisa julgada, (em tese) de molde a torná-la inatingível, mas de resguardo de situações em que se operou a coisa julgada, da aplicabilidade de lei superveniente.<sup>92</sup>,

Do trecho transcrito, ainda se depreende a possibilidade de o legislador ordinário modificar o regime legal da coisa julgada, contanto que não o faça em prejuízo dos direitos individuais assentados na decisão, demonstrando-se a preocupação mediata da retroatividade com os direitos subjetivos.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por sua vez, esclarece definitivamente o papel da coisa julgada como garantia do direito à segurança através da aplicação específica da regra de irretroatividade. Sua construção merece transcrição, senão vejamos:

O princípio da irretroatividade garante o direito à segurança. Nesse quadro entende-se a coisa julgada. Ela tem a ver com a *incidência* normativa, entendida com configuração *atual* de situações subjetivas e objetivas por força da aplicação da lei eficaz (eficácia enquanto *possibilidade* de incidência). Como a lei nova pode ter eficácia, desde logo tanto para o futuro quanto para o passado (isto é, desde o presente, ela pode alterar efeitos ocorridos pela incidência de normas no passado), o instituto da coisa julgada confere à dinamicidade do sistema um instrumento importante para lidar com as contradições que poderiam surgir entre a incidência passada e a incidência futura. Se o tempo cronológico tudo corrói, o instituto da coisa julgada é um instrumento capaz de resgatar o passado em nome do futuro incerto e cambiante, pela prevalência de uma incidência jurisdicional ocorrida sobre a efetividade de uma nova incidência sobre o mesmo objeto. Por essa razão, a coisa julgada é um dos institutos que, ao configurar a segurança, está inserido no rol de direitos fundamentais.<sup>93</sup>

Como se observa, o autor explica a importância da coisa julgada como baliza à incidência normativa futura frente a situações que já foram objeto de incidência normativa no passado. A coisa julgada, portanto, faz prevalecer a incidência jurisdicional ocorrida sobre a aplicação de direito posterior ao mesmo suporte fático. Nesse sentido, segundo Ferraz Junior, a norma institui direito fundamental.

---

<sup>92</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O dogma da coisa julgada: hipótese de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 171.

<sup>93</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 74.

Assim, com relação à eficácia *ex ante* da segurança, as limitações impostas pela coisa julgada exercem a função de impedir que a lei posterior venha prescrever a fatos passados efeitos que eram desconhecidos quando da sua ocorrência, sobretudo nos casos em que já se verificou a aplicação do direito à controvérsia pelo órgão jurisdicional.

Trata-se, portanto, de exigência da segurança jurídica no sentido de garantirem-se, tanto ao indivíduo quanto ao aplicador do direito, condições de conhecer-se atual ou anteriormente o direito incidente sobre determinada circunstância fática. Dessa forma, concretiza proibição de retroatividade da lei, com ênfase para as situações em que já foi decidido o direito aplicável.

Uma vez identificada a finalidade da coisa julgada como limitação ao poder de legislar, cumpre, então, identificar com que dimensão normativa deve ser aplicada a norma em questão sob a perspectiva da interpretação sistemática da Constituição.

Assim como quando protege a eficácia *ex post* da segurança jurídica, a coisa julgada, quando protege a eficácia *ex ante* desse princípio, deve ser aplicada com dimensão normativa direta de *regra*.

Isso se justifica por diversos motivos, senão vejamos.

A Constituição Brasileira não estabelece norma com amplitude geral que proíba a edição de leis com efeitos retrospectivos, concedendo ao legislador certa margem para atribuir efeitos jurídicos a situações ocorridas no passado. Todavia, a própria Constituição estabelece determinadas limitações à criação de normas com eficácia retroativa, que condicionam o exercício da liberdade legislativa no intuito de proteger certas regras e princípios fundamentais.

Um desses casos é encontrado quando da proibição de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nessa hipótese, a finalidade subjacente à restrição da liberdade legislativa consiste em proteger fatos que não só já sofreram a incidência normativa, mas que algum dia já foram objeto de tutela jurisdicional. Não se trata, portanto, de restrição à atribuição de efeitos a fatos externos à esfera de juridicidade, mas de restrição a modificação de efeitos de fatos jurídicos.

Pois, justamente em razão de o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada representarem os principais exemplos ou hipóteses de incidência normativa pretérita, é que merecem maior proteção pelo princípio da segurança

jurídica. Dessa forma, garante-se a inalterabilidade do patrimônio jurídico individual consagrado na sentença de mérito.

Além dos fatos que constituem as hipóteses previstas no art. 5º, XXXVI, da Constituição, outros são protegidos pela Magna Carta com relação à retroatividade da lei. São os casos, por exemplo, de retroatividade maligna de lei tributária<sup>94</sup> (art. 150, III, a) e de retroatividade maligna da lei penal<sup>95</sup>.

Tanto a atribuição retrospectiva de efeitos penais maléficos ou tributários, quanto a atribuição retrospectiva de efeitos à lei em prejuízo do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada configuram situações em que a retroatividade da lei implica sacrifício de direitos fundamentais. A par do direito à segurança, no caso específico da coisa julgada, pode ser referido o direito fundamental de ação, no sentido de direito a uma tutela jurisdicional efetiva<sup>96</sup>, ao passo que no caso do princípio da irretroatividade da lei penal está assegurado o direito fundamental de liberdade, e no da irretroatividade tributária, os direitos fundamentais de liberdade e propriedade<sup>97</sup>.

<sup>94</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

III - cobrar tributos:

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;
- b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;
- c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;

<sup>95</sup> Art. 5º.

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

<sup>96</sup> MARINONI, 2008, p. 62.

<sup>97</sup> Sobre o assunto, confira-se a ementa de já antiga decisão do STF no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MEDIDA PROVISÓRIA DE CARÁTER INTERPRETATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS - A QUESTÃO DA INTERPRETAÇÃO DE LEIS DE CONVERSÃO POR MEDIDA PROVISÓRIA - PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE - CARÁTER RELATIVO - LEIS INTERPRETATIVAS E APLICAÇÃO RETROATIVA - REITERAÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA SOBRE MATÉRIA APRECIADA E REJEITADA PELO CONGRESSO NACIONAL - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA - AUSÊNCIA DO "PERICULUM IN MORA" - INDEFERIMENTO DA CAUTELAR. - É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. - As leis interpretativas - desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo - não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em conseqüência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. - Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional. - A questão da interpretação de leis de conversão por medida provisória editada pelo Presidente da República. - **O princípio da irretroatividade somente condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do Poder Público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao "status libertatis" da pessoa (CF, art. 5. XL), (b) ao "status subjectiois" do contribuinte em matéria tributária (CF,**

Assim, é no intuito de protegerem-se determinados direitos fundamentais que a Constituição garante que os efeitos originalmente atribuídos a determinados fatos não poderão ser jamais modificados por lei futura, culminando por proteger, em última instância, os pilares fundamentais do Estado de Direito Democrático-Constitucional. Isso quer nos casos de existência de norma jurídica reguladora, preservando-se os efeitos deflagrados pela incidência normativa anterior, quer nos casos de inexistência de lei reguladora, preservando-se a não incidência normativa anterior.

No caso específico da proibição de retroatividade da lei sobre a coisa julgada, o fato já foi objeto de controvérsia que recebeu tutela jurisdicional irrecorrível. Assim, a irretroatividade cumpre tanto a função de promover a eficácia *ex ante* (principalmente), quanto a eficácia *ex post* (incidentalmente) da segurança jurídica. A primeira, no sentido de que ao fato não poderão ser atribuídas consequências jurídicas desconhecidas quando da sua ocorrência; a segunda, no sentido de que não serão alteradas aquelas consequências (ou não consequências) originalmente previstas (ou desprovidas de previsão).

Nesse sentido, a proibição da irretroatividade da lei em prejuízo à coisa julgada constitui regra de direito intertemporal promotora, por um lado, do valor previsibilidade, e, por outro, do valor estabilidade, tão caros à realização do ideal de segurança no direito.

Resta dizer que não havendo exceção, no sentido do reconhecimento da existência de motivos constitucionalmente legítimos para afastar a proibição de retroatividade da lei em prejuízo da coisa julgada, inexistente abertura sistemática para que o legislador ordinário possa contrariar a norma sem que o resultado da atividade legislativa resulte tachado de inconstitucionalidade.

A coisa julgada encerra regra negativa de competência legislativa, que introduz cláusula de exceção à liberdade geral de atribuir efeitos jurídicos a fatos passados. Assim, o Estado fica proibido de legislar em prejuízo da coisa julgada, ao

---

**art. 150, III, "a") e (c) à segurança jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5., XXXVI). - Na medida em que a retroprojeção normativa da lei não gere e nem produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. - As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, não assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. - A questão da retroatividade das leis interpretativas." (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 23 out. 1991. D.J. 05 mar. 1993, p. 02897)**

mesmo tempo em que o jurisdicionado tem garantido, frente ao poder legislativo, o patrimônio jurídico resultante da sentença de mérito irrecorrível.

Nesse diapasão, a coisa julgada na Constituição expressa norma de estrutura, na medida em que impõe comando dirigido ao Estado que delimita a competência da atividade legislativa<sup>98</sup>.

Tércio Sampaio Ferraz Junior oferece análise bastante precisa sobre o papel da coisa julgada na limitação *temporal* da competência legislativa. Confira-se, a respeito, a seguinte passagem:

**O problema não está no tempo de validade das normas (vigência), mas na temporalidade do poder (competência) de mudar as normas.** E porque tem a ver com esse poder é que a coisa julgada envolve, em nível constitucional, uma questão de *segurança*.<sup>99</sup> (grifou-se)

Nesse sentido, sustenta-se a afirmação de que a coisa julgada, no sentido da irretroatividade, tem como fim imediato a previsibilidade da norma, a eficácia *ex ante* da segurança jurídica, e, mediatamente, a eficácia *ex post* da segurança, por repercutir na estabilidade da sentença.

O entendimento da coisa julgada como regra que limita temporalmente a competência legislativa parece ser compartilhado pelos tribunais superiores, conforme segue demonstrado pelos arestos selecionados.

Vale a leitura da ementa do Recurso Extraordinário n. 188366:

Recurso extraordinário. Mensalidade escolar. Atualização com base em contrato. - **Em nosso sistema jurídico, a regra de que a lei nova não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por estar inserida no texto da Carta Magna (art. 5º, XXXVI), tem caráter constitucional, impedindo, portanto, que a legislação infraconstitucional, ainda quando de ordem pública, retroaja para alcançar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito ou a coisa julgada, ou que o Juiz a aplique retroativamente.** E a retroação ocorre ainda quando se pretende aplicar de imediato a lei nova para alcançar os efeitos futuros de fatos passados que se consubstanciem em qualquer das referidas limitações, pois ainda nesse caso há retroatividade - a retroatividade mínima -, uma vez que se a causa do efeito é o direito adquirido, a coisa julgada, ou o ato jurídico perfeito, modificando-se seus efeitos por força da lei nova, altera-se essa causa que constitucionalmente é infensa a tal alteração. Essa orientação, que é firme nesta Corte, não foi observada pelo acórdão recorrido que determinou a

<sup>98</sup> SILVA, Blecaute de Oliveira. Coisa julgada em lei inconstitucional (?): considerações à luz da teoria pontiana. In: DIDIER, Freddie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: estudos em homenagem ao Professor Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 3.

<sup>99</sup> FERRAZ JÚNIOR, 2006, p. 73.

aplicação das Leis 8.030 e 8.039, ambas de 1990, aos efeitos posteriores a elas decorrentes de contrato celebrado em outubro de 1.989, prejudicando, assim, ato jurídico perfeito. Recurso extraordinário conhecido e provido.<sup>100</sup> (grifou-se)

Nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, destaca-se trecho do voto proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki no julgamento do Recurso Especial n. 833769:

Quanto à questão do direito intertemporal, está assentada a inaplicabilidade da norma às sentenças transitadas em julgado em data anterior à da sua vigência. Com efeito, o parágrafo único do art. 741 do CPC foi introduzido pela Medida Provisória 2.180-35, de 24.08.2001.

Sendo norma de natureza processual tem aplicação imediata, alcançando os processos em curso. Todavia, não pode ser aplicada retroativamente.

**Como todas as normas infraconstitucionais, também ela está sujeita à cláusula do art. 5º, XXXVI da Constituição, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Em observância a essa garantia, não há como supor legítima a invocação da eficácia rescisória dos embargos à execução relativamente às sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à da sua vigência. Há, em favor do beneficiado pela sentença, o direito adquirido de preservar a coisa julgada com a higidez própria do regime processual da época em que foi formada, e que não previa a modalidade de sua rescisão por via de embargos. É nesse sentido a jurisprudência do STJ, como se pode ver, v.g., dos seguintes precedentes: Resp 667.362/SC, 1ª T., Min. José Delgado, julgamento em 15.02.2005; Resp 651.429/RS, 5ª T., Min. José Arnaldo da Fonseca, D.J. 18.10.2004; Resp 718432, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 02.05.2005.<sup>101</sup> (grifou-se)**

Encerra-se, aqui, então, a introdução do papel da norma constitucional que proíbe a retroatividade da lei, em sentido estrito, em prejuízo da coisa julgada. Tem-se, de igual forma, demonstrada sua função na afirmação da segurança jurídico sob a perspectiva da irretroatividade da lei, veiculada através de regra negativa de competência relacionada ao aspecto temporal.

---

<sup>100</sup> BRASIL. STF. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n. 188366. Relator: Min. Moreira Alves, Julgamento 19 out. 1999. *D.J.* 19 nov. 1999, p. 00067.

<sup>101</sup> BRASIL. STJ. Primeira Turma. Recurso Especial n. 833769/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. *D.J.* 03 ago. 2006, p. 227.

## 2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com as conclusões formuladas no capítulo anterior, a regra da imutabilidade da coisa julgada, quando tem em vista principalmente a promoção da eficácia *ex post* do princípio da segurança jurídica, está sujeita a determinadas exceções. Os fundamentos capazes de afastar a autoridade da coisa julgada são encontrados na disciplina processual da ação rescisória (art. 485 do CPC<sup>102</sup>), o que não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, poderem ser invocados pela via da impugnação ou dos embargos à execução do título judicial.

Tendo em vista que este estudo tem por objeto a coisa julgada inconstitucional em relações jurídicas tributárias, dentre as hipóteses que autorizam a relativização da coisa julgada, destaca-se a previsão no sentido da rescindibilidade da sentença que viola literal disposição de lei. Nesse sentido, a sentença que aplica norma inconstitucional viola a Constituição Federal.

A grande dificuldade surge, então, em delimitar os casos em que o STF emite decisões capazes de gerar a inconstitucionalidade da lei, bem como em definir a partir de que momento iniciam-se os efeitos dessa decisão, para que se possa identificar em que casos há sentença violadora da Constituição cuja autoridade da coisa julgada se sujeita a relativização.

Por essa razão, faz-se imprescindível compreender de que forma e quais os efeitos gerados pelo controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo tendo em vista a evolução de sua disciplina desde a promulgação da Constituição de 1988.

---

<sup>102</sup> Art.485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Partindo-se, então, para o enfrentamento do tema, já de início pode-se afirmar que o Brasil adota o sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade. Na Constituição Federal são conjugados dois tipos de controle feitos a cargo do poder judiciário: o concentrado (modelo austríaco) e o difuso (modelo estadunidense). Diante disso, diz-se que o Brasil adota um controle misto de constitucionalidade, com relação ao tipo de controle. No entanto, não há controle misto com relação à natureza do órgão que exerce o controle (combinação entre controle jurisdicional e político). Assentada essa premissa, cumpre analisar de que forma o judiciário exerce o controle de constitucionalidade e como isso poderá influenciar os direitos fundamentais dos contribuintes.

## 2.1 OBJETO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 2.1.1 As normas tributárias como objeto de controle concentrado de constitucionalidade

Dentre as formas de controle de constitucionalidade previstas na Constituição Federal de 1988, há aquelas que adotam a via de ação direta, que pode ser tanto Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), quanto ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC). A preocupação central nessa modalidade de controle de constitucionalidade é a compatibilidade em abstrato do ato normativo com a Constituição Federal, de modo que o objeto em tais ações consiste necessariamente no reconhecimento de (in)compatibilidade da norma questionada com a Carta Constitucional, sendo, portanto, o controle exercido como objeto principal da demanda.

O processo e o julgamento dessas ações são de competência ordinária privativa do STF, conforme expressamente estabelece o art. 102, I, "a"<sup>103</sup>, de modo que o controle abstrato de constitucionalidade da lei ou ato normativo será sempre concentrado.

---

<sup>103</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

A finalidade do controle abstrato de constitucionalidade é assegurar a supremacia da Constituição. Por conseguinte, o reconhecimento da (in)constitucionalidade constitui o próprio objeto do pedido da ação. Trata-se, então, de processo constitucional objetivo, uma vez que tem como preocupação justamente o direito objetivo.

No que se aplica à definição do objeto do controle concentrado de constitucionalidade pelas ações diretas, a Constituição prevê o cabimento da ADI para contestar a compatibilidade em abstrato de lei ou ato normativo federal e estadual com a Constituição Federal. Nesse ponto a ADI difere da ADC, na medida em que esta não serve para confirmar a validade da norma estadual, mas, tão somente, de leis e atos normativos federais. Perde, aí, a segurança jurídica um importante instrumento de concretização, na medida em que impedida a confirmação da constitucionalidade da norma estadual pelo STF, dispondo aquele que pretende se beneficiar dos preceitos por ela estabelecidos tão somente de sua presunção abstrata de validade. Todavia, conforme leciona Gilmar Mendes, a Constituição Federal, embora não o refira, também não impede que os Tribunais de Justiça dos Estados apreciem ações declaratórias de constitucionalidade propostas diante de leis estaduais. Contudo, há, então, uma via que permite a veiculação do pedido de confirmação da validade da norma estadual, adotada como parâmetro, a Constituição Estadual<sup>104</sup>.

Por outro lado, incluem-se nos atos normativos objeto do controle abstrato de constitucionalidade pelas ações diretas as emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos e resoluções legislativos, legislação e decretos-autônomos estaduais e tratados internacionais.

Contrariamente, ficam fora do âmbito de controle de constitucionalidade pelas ações diretas os decretos autônomos, decretos regulamentares, resoluções e portarias, em decorrência de sua natureza de ato normativo secundário. Igualmente, não podem ser objeto de ADI ou ADC as leis municipais.

Apesar de não se enquadrarem nas hipóteses de cabimento de controle concentrado através das ações diretas, esses atos normativos são ainda passíveis

---

<sup>104</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 3, julho 1999a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_03/contr\\_const\\_dir\\_mun\\_est.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/contr_const_dir_mun_est.htm)>. Acesso em: 26 mar.2012.

de controle de validade pelo STF pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). A arguição presta-se justamente a sanar os atos dos poderes públicos lesivos aos preceitos fundamentais da Constituição que não o possam ser por outro meio processual<sup>105</sup>. Todavia, não é qualquer norma constitucional (diferentemente do que ocorre nas ações diretas) que serve de parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade pela via da ADPF, mas tão somente as que ostentarem o *status* de preceito fundamental, conforme indica a própria nomenclatura da arguição. Nesse sentido, a identificação dos preceitos fundamentais que servem de parâmetro para a arguição foi definida pelo STF na Medida Cautelar ADPF 33<sup>106</sup>, que os fixou nos princípios constitucionais, princípios sensíveis, direitos Fundamentais, cláusulas pétreas, normas de estrutura da constituição e em outras normas que densificam os princípios constitucionais. Diante disso, resta evidente que as limitações constitucionais ao poder de tributar, bem como os direitos fundamentais do contribuinte podem ser protegidos através da ADPF.

O cabimento do controle concentrado pela via da ADPF, especialmente no caso dos atos regulamentares ou de efeitos concretos e das leis municipais, tem grande importância diante do modelo de repartição de competências tributárias estabelecido pela Constituição de 1988. Tome-se de exemplo o caso dos tributos municipais e do Distrito Federal, em competência correspondente. Ora, se não fosse a ADPF, ficariam excluídas do controle concentrado pelo STF as normas que instituem ou disciplinam Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), o Imposto sobre a Transferência de Bens Imóveis (ITBI)<sup>107</sup>, as contribuições previdenciárias de servidores municipais, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS),

---

<sup>105</sup> A subsidiariedade da ADPF é determinada pela Lei 9.882 de 1999, que em seu art. 4º, parágrafo 1º assim dispõe: "Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade."

<sup>106</sup> BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF 33 MC. Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento 29 out. 2003. *D.J.* 06 ago 2004, p. 00020.

<sup>107</sup> Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

contribuição para o custeio de iluminação pública<sup>108</sup>, as taxas em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição, ou, ainda, as contribuições de melhoria decorrentes de obras públicas, definidas em lei municipal.

Há que observar, entretanto, a inadmissibilidade da ADPF no caso de o preceito da Constituição Federal violado encontrar-se repetido (ainda que por simples remissão)<sup>109</sup> na Constituição Estadual. Nesses casos, a exigência do requisito da subsidiariedade impede o acesso ao controle concentrado pelo STF, devendo a ofensa ser levantada pela via da representação de inconstitucionalidade de competência do Tribunal de Justiça do Estado.

Essa restrição estaria apta a gerar a inconveniente possibilidade de que os diversos Tribunais de Justiça espalhados pelo País, diante de normas tributárias municipais idênticas, adotassem diferentes entendimentos no que se refere à sua compatibilidade com a Constituição Estadual, atingindo, por via reflexa a incolumidade da Constituição Federal. Diante disso, os contribuintes de determinado município poderiam ver-se desonerados do pagamento de determinado tributo, ao passo que os contribuintes de município vizinho, porém localizado além da fronteira estadual, permaneceriam obrigados ao pagamento de tributo idêntico, pelo simples motivo de que o Tribunal de Justiça a que se submetem fixou entendimento diverso acerca da validade da norma tributária. No entanto, cumpre recordar que das decisões nas representações de inconstitucionalidade sobre norma da Constituição Estadual que repete norma da Constituição Federal admite-se a interposição de Recurso Extraordinário ao STF, o que torna possível a cessação da divergência entre os regimes jurídicos entre os contribuintes de tributos municipais sujeitos à apreciação de validade diante de Tribunais de Justiça distintos.

Ainda no que se refere às normas que servem de objeto ao controle abstrato de constitucionalidade, não se pode olvidar de referir que as normas anteriores à

---

<sup>108</sup> Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)  
Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 39, de 2002)

<sup>109</sup> Nesse sentido, confira-se o que foi decidido na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 100 (BRASIL. STF. Decisão Monocrática. ADPF 100 MC. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento 15 dez. 2008. *D.J.e-240*, 18 dez. 2008, RTJ VOL-00207-03, PP-01283).

Constituição não são passíveis de análise por essa via, tendo em vista a exigência na ação direta e na ação declaratória que o parâmetro de referência seja anterior à norma com relação a que a validade é contestada. Assim sendo, as normas tributárias anteriores à Constituição só poderão ser consideradas recepcionadas ou não no controle concentrado por meio da ADPF.

Ademais, cumpre referir que até mesmo as decisões judiciais podem compor o quadro dos atos sujeitos ao controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque controvérsias judiciais de natureza constitucional, potencialmente lesivas a preceito fundamental, são passíveis de controle pela via da ADPF<sup>110</sup>.

Assim, diante do que foi exposto, tem-se que as mais diversas normas tributárias (e até mesmo as decisões sobre a aplicação dessas normas), quer com relação ao sujeito que as emitiu, quer com relação ao conteúdo de suas disposições, estão sujeitas ao controle concentrado de constitucionalidade, seja ele veiculado pelas ações diretas, pela arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou, ainda, no âmbito dos Tribunais de Justiça locais, pelas representações de inconstitucionalidade ou constitucionalidade, cabendo, nessas hipóteses, Recurso Extraordinário ao STF, no caso de dispositivos que repetem normas da Constituição Federal.

### **2.1.2 As normas tributárias como objeto do controle difuso de constitucionalidade**

Com efeito, a par do modelo de controle concentrado de constitucionalidade, a Constituição Brasileira ainda dispõe do modelo difuso, o qual se realiza em concreto e na via incidental, ou seja, no “desempenho regular da função jurisdicional” através da “interpretação e aplicação do Direito para a solução de litígios”<sup>111, 112</sup>, sendo esta, inclusive, a mais antiga forma de controle de constitucionalidade já prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>110</sup> Exemplo emblemático da utilização da ADPF para o controle concentrado de divergência interpretativa entre decisões judiciais é encontrado na ADPF 54, em que se discutiu a interrupção da gestação de fetos anencéfalos (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADPF 54 QO. Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento 27 abr. 2005, *D.J.* 31 ago.2007, PP-00029).

<sup>111</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

<sup>112</sup> Nesse sentido dispõe a Súmula n. 456 do STF: “o supremo tribunal federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie”.

A principal característica desse modelo de controle é a amplitude da competência para realizá-lo, restrita apenas em casos específicos<sup>113</sup>.

No modelo brasileiro de controle difuso de constitucionalidade não se tem a validade a lei ou ato normativo como objeto da demanda, mas sim como causa de pedir, de modo que a decisão sobre a matéria constitucional é tratada como questão incidental ao mérito. O objeto da ação, nesse caso, é a relação jurídica subjetiva afetada pela norma cuja constitucionalidade se questiona, e não a constitucionalidade da norma em si, como no controle abstrato<sup>114</sup>.

Diante disso, pode-se afirmar que a finalidade principal do controle incidental é a proteção de direitos constitucionais subjetivos, tratando-se o fenômeno da inconstitucionalidade como pretensão secundária, representante de desequilíbrio do ordenamento objetivo, inserta em um processo constitucional de índole subjetiva.

No âmbito do STF, o controle incidental de constitucionalidade é realizado precipuamente através de Recurso Extraordinário<sup>115, 116, 117</sup>. Desse modo, a principal

---

<sup>113</sup> É o que ocorre na cláusula de *full bench* aplicável no âmbito dos Tribunais, que estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (art.97 da Constituição). A atualidade da controvérsia acerca da cláusula de reserva de plenário, bem como de sua importância no âmbito STF, foram evidenciadas quando da aprovação da Súmula Vinculante nº 10, que assentou que “*Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta a sua incidência no todo ou em parte*”. Daí fica evidente a preocupação do STF com o respeito da limitação constitucional pelos Tribunais, cujos órgãos fracionários somente estarão dispensados da remessa ao plenário, ou ao órgão especial, a as arguições de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão (art. 481, parágrafo único, do CPC).

<sup>114</sup> Ademais, sequer encontra-se resguardada pela autoridade da coisa julgada a questão constitucional decidida no processo, por corresponder tão somente a questão prejudicial ou razão de decidir (artigo 469 do CPC) .

<sup>115</sup> Pode também exercê-lo em sua competência originária (art. 102, I, b a r, da Constituição) ou ordinária recursal (art. 102, II, da Constituição).

<sup>116</sup> Tem-se admitido o controle de constitucionalidade pela via da ação civil pública. A rigor, no entanto, isso não importa a criação de uma nova via para o controle concreto de constitucionalidade pelo STF (muito menos para o controle abstrato!), mas tão somente que em ação dessa espécie, assim como nas demais, é admissível a utilização da inconstitucionalidade como causa de pedir, com a peculiaridade de estar relacionada a direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos. É autorizado, portanto, o controle de constitucionalidade nas ações civis públicas, desde que a invalidade da norma seja apresentada como causa de pedir, e não pedido. Assim como em qualquer ação que tenha a inconstitucionalidade como questão de fundo, na ação civil pública a validade da norma há de ser discutida apenas como questão incidental, e não como objeto do pedido, uma vez que a decisão dessas ações produz efeitos *erga omnes*. Caso contrário, estaria servindo de sucedâneo das ações previstas constitucionalmente para o controle concentrado, com conseqüente usurpação da competência do STF para o julgamento, vez que tais ações são de sua competência originária, ao passo que a competência para a julgamento das ações civis públicas é exercida pelo juízo ordinário, bem como com violação da legitimidade estrita para provocar o controle concentrado de constitucionalidade.

<sup>117</sup> Sobre o controle de constitucionalidade em ações civis públicas, confira-se o RE 227159 (BRASIL. STF. Segunda Turma. Relator Néri da Silveira. Julgamento 12 mar. 2002. *D.J.* 17 maio 2002, p.

forma de controle incidental prevista na Constituição de 1988 adota a própria sistemática recursal como procedimento, não havendo previsão de *iter* especial para o questionamento de normas inconstitucionais dentro de processos subjetivos como em outros países, ainda que se trate de recurso em caráter extraordinário.

Da simples leitura do art. 102, III, da Carta de 1988<sup>118</sup>, depreende-se que o objeto do controle de constitucionalidade pela via difusa é mais amplo do que pelo controle concentrado, pois que cabível diante de decisões judiciais, tratados ou leis federais, leis ou atos de governo local, que contrariem norma constitucional. Assim, nenhum poder público ou ente federativo fica imune ao controle de constitucionalidade quando editar atos de caráter normativo.

No que interessa especialmente às relações jurídicas tributárias, observa-se que o controle concreto de constitucionalidade, diferentemente do controle abstrato, permite a apreciação pelo STF do conflito entre as normas municipais (e distritais em competência equivalente a dos municípios) e a Constituição.

Dessa forma, pela via incidental, permite-se que o Plenário do STF dedique atenção a normas tributárias municipais supostamente inconstitucionais, garantindo o acesso a uma ampla prestação jurisdicional vocacionada a proteger, em primeira ordem, os direitos subjetivos fundamentais do contribuinte ao erário do Município.

No entanto, apesar de o Recurso Extraordinário integrar o sistema recursal e ter um objeto mais amplo do que o controle concentrado, não são todas as controvérsias que têm a Constituição como pano de fundo passíveis de julgamento pelo STF por essa via. Nesse sentido, apesar de o controle de constitucionalidade pela via difusa ser mais amplo sob determinados pontos de vista (em especial na perspectiva do objeto e da legitimidade), seu exercício através do Recurso Extraordinário encontra óbice em requisitos rígidos, que impedem as controvérsias constitucionais de serem apreciadas pelo STF.

Dessa forma, cumpre ao menos enumerar as principais condições de admissibilidade do Recurso Extraordinário, visto que podem barrar o acesso de

---

00073)

<sup>118</sup> Art. 102. Compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:  
III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:  
a) contrariar dispositivo desta Constituição;  
b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;  
c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.  
d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

questões tributárias a uma resposta do STF<sup>119</sup>. São elas: prévio esgotamento das instâncias ordinárias<sup>120</sup>, prequestionamento da questão constitucional<sup>121</sup>, ofensa direta à Constituição<sup>122</sup>, desnecessidade de exame de matéria de fato<sup>123</sup>; inclusão de todos os fundamentos constitucionais suficientes da decisão nas razões recursais<sup>124</sup>; expressão na fundamentação da exata compreensibilidade da controvérsia<sup>125</sup>, razoabilidade da arguição de inconstitucionalidade<sup>126</sup>.

A par desses requisitos, em sua maioria, formulados pelo próprio STF, através de entendimento sumulado ou de seu regimento interno, a Constituição passou a prever, a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, no parágrafo 3º de seu art. 102<sup>127</sup>, a exigência de demonstração da existência de repercussão geral para o conhecimento do Recurso Extraordinário.

A partir do regramento da repercussão geral, a decisão proferida diante do Recurso Extraordinário passa a fazer mais do que determinar a não aplicação de normas inconstitucionais, ou, contrariamente, a aplicação com base no juízo de constitucionalidade da lei<sup>128</sup>, repercutindo de forma mais decisiva, embora ainda indireta, sobre o ordenamento jurídico objetivo<sup>129</sup>.

A diminuição do número de causas passíveis de julgamento pelo STF, apesar de trazer vantagens como permitir que esse Tribunal se concentre em temas essenciais, especialmente em matéria tributária, pode gerar sérias consequências

---

<sup>119</sup> Entende-se que tendo em vista os objetivos e as limitações inerentes a esse trabalho seja prescindível uma análise pormenorizada de todos os requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

<sup>120</sup> Súmula 281 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada.”

<sup>121</sup> Súmula 282 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.”

<sup>122</sup> Súmula 636 do STF: “não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida.”

<sup>123</sup> Súmula 279 do STF: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.”

<sup>124</sup> Súmula 283 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.”

<sup>125</sup> Súmula 284 do STF: “é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia.”

<sup>126</sup> Súmula 285 do STF: “não sendo razoável a arguição de inconstitucionalidade, não se conhece do recurso extraordinário fundado na letra “c” do art. 101, iii, da Constituição Federal.”

<sup>127</sup> § 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. (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

<sup>128</sup> MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 503-505.

<sup>129</sup> Este tema será revisitado para oferecer melhores fundamentos à conclusão proposta quando do desenvolvimento do título que trata dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade no controle concreto.

no que se refere à igualdade entre contribuintes e à liberdade de concorrência. Isso porque, apesar de o sistema tributário brasileiro encontrar-se essencialmente estruturado a partir de critérios estabelecidos por regras e princípios de ordem constitucional, já houve casos (e provavelmente ainda haverá outros tantos) em que o STF não reconhece a existência de repercussão geral em recursos extraordinários que se sustentam na inconstitucionalidade de normas tributárias.

São exemplos de questões tributárias que não tiveram repercussão geral reconhecida: a exigibilidade de cobrança amigável prévia ao ajuizamento de execução fiscal, prevista em Código Tributário Municipal (RE 568657); a decretação de ofício da prescrição de crédito tributário sem a manifestação da Fazenda Pública (RE 583747); o termo inicial dos juros moratórios nas ações de repetição de indébito tributário (RE 596492); a interrupção do prazo prescricional na execução fiscal (RE 602883).

Nos casos elencados, a negativa de repercussão geral dos temas levados à apreciação do STF trouxe como consequência a soberania das decisões tomadas pelos tribunais locais. Assim, diante de divergência de entendimento entre os tribunais de cada ente federativo sobre normas tributárias, se não coincidentes ou idênticas, ou muito semelhantes, passam a conviver concomitantemente diferentes entendimentos acerca da compatibilidade de tais normas com a Constituição Federal. Destaque-se que o desacordo pode se dar com relação à mesma norma tributária, ou seja, leis de âmbito nacional, que podem receber aplicações diversas conforme o tribunal competente para dar-lhes a última palavra acerca de sua validade.

Dessa forma, os contribuintes dos diferentes estados, por submeterem-se a decisões que expressam interpretações divergentes, acabam suportando ônus tributários distintos de acordo com a sorte que tiverem logrado nas cortes regionais, nascendo verdadeira guerra fiscal através da interpretação de normas federais!

Isso, apesar da gravidade, não serve para embasar uma demanda tendente a rescindir a coisa julgada, pois somente uma decisão do STF que reconheça a repercussão geral de direitos fundamentais do contribuinte pode, eventualmente, servir como legítimo fundamento para amparar tal pretensão. Em vista disso, de nada adiantará ao contribuinte invocar a violação de princípios como a igualdade tributária ou a liberdade de concorrência, uma vez que tais argumentos estariam desacompanhados de fundamentação baseada na unidade da Constituição ou na

Supremacia da Ordem Constitucional, o que só seria possível quando presente decisão do STF com efeitos gerais.

No entanto, há determinados casos em que a repercussão geral pode servir aos interesses dos contribuintes no sentido de dar fundamento à pretensão de relativização da coisa julgada. Isso porque ela provoca profundas alterações nos limites subjetivos de eficácia da decisão incidental de inconstitucionalidade proferida pelo STF, como será analisado adiante.

## 2.2 EFEITOS DA DECISÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Estabelecidas as considerações preliminares sobre as duas modalidades de controle constitucionalidade previstas na Constituição Federal de 1988, é vez de finalmente enfrentar-se a questão dos efeitos produzidos pelas decisões declaratórias de inconstitucionalidade, no que se aplica ao aspecto subjetivo e ao aspecto temporal, tornando possível conhecer-se quais as decisões aptas a fundamentar o pedido de relativização do julgado, inclusive determinando o sentido específico em que deve se dar a interpretação conforme (a que já se referia o mencionado parecer da Procuradoria-Geral da República na ADI 3170) das normas processuais que preveem a relativização da coisa julgada com fundamento na inconstitucionalidade declarada pelo STF.

### 2.2.1 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado

#### 2.2.1.1 Efeitos subjetivos do controle concentrado

Embora nem sempre tenha sido assim<sup>130</sup>, hoje não há dúvidas de que todas as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade no Brasil possuem efeitos contra todos e produzem eficácia vinculante.

---

<sup>130</sup> A Constituição de 1988 não previa a existência de uma ADC, a qual só passou a integrar a ordem constitucional brasileira a partir da Emenda Constitucional n. 3 de 1993. O parágrafo 1º acrescido ao art 102 da Constituição prescrevia não somente efeito contra todos, mas também eficácia vinculante às decisões proferidas na ADC, o que não se previa para a ADI. O STF, reconhecendo o caráter dúplice dessas ações, passou a estender o efeito vinculante também às ações diretas. Nesse mesmo sentido, a Lei 9868 de 1999, em seu art. 28, estabeleceu expressamente o efeito vinculante à ADI e à ADC. Da mesma forma, encerrando de vez com qualquer dúvida acerca do verdadeiro efeito das decisões no controle concentrado de constitucionalidade, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 definiu a produção de efeito vinculante pela decisão na ADI, tal qual

A aptidão da decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade para produzir efeitos contra todos significa que ela atinge particulares e entes públicos, na medida em que retira a norma inconstitucional do ordenamento objetivo ou fixa os limites da interpretação da norma para que seja considerada constitucional, como na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. É justamente a eficácia *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato o que lhe confere capacidade para expulsar a norma inconciliável com a Constituição da ordem jurídica<sup>131, 132</sup>.

Além disso, complementarmente à eficácia contra todos, as decisões no controle concentrado são dotadas de efeito vinculante. Esse efeito se encontra intimamente relacionado com a previsão de Reclamação Constitucional, uma vez orientado pela efetividade na limitação de determinados poderes públicos ao que foi decidido no controle abstrato pelo STF. Tais poderes públicos, sujeitos ao efeito vinculante e diante dos quais tem cabimento a reclamação, são: os demais órgãos do poder judiciário, que não o STF, e a administração pública em todas suas esferas.

A distinção entre os destinatários da eficácia contra todos e do efeito vinculante fica clara no art. 102, parágrafo 2º, da Constituição, senão vejamos:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Assim, há que se reconhecer que a decisão em controle abstrato possui um efeito contra todos e outro com relação a determinados poderes públicos. Com relação a todos, a decisão de incompatibilidade abstrata com a Constituição impede a repetição do controle de constitucionalidade sobre a norma objeto, porquanto determina a sua extirpação do universo jurídico. Já com relação a determinados poderes públicos, a decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado produz

---

na ADC.

<sup>131</sup> Nesse momento, tem-se em mente a pronúncia de nulidade da norma com redução de texto.

<sup>132</sup> AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de arguição de inconstitucionalidade*: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

efeito vinculante, no sentido de determinar que suas respectivas atuações se limitem a obedecer ao que foi decidido pelo STF.

Nesse sentido, observa-se que o efeito vinculante tem alcance subjetivo mais limitado do que a eficácia *erga omnes*. A restrição expressa do poder judiciário e da administração pública ao efeito vinculante permite concluir, a contrário *sensu*, que o poder legislativo não se vincula pelas decisões em controle concentrado de constitucionalidade<sup>133</sup>. Dessa forma, protege-se a ordem normativa do fenômeno da fossilização da Constituição, bem como se garante o equilíbrio entre os poderes do estado e o princípio democrático<sup>134</sup>. E, por conseguinte, não se admite reclamação constitucional em face de lei que reproduz texto de ato normativo declarado inconstitucional em controle abstrato pelo STF. Seguindo o mesmo raciocínio, o chefe do poder executivo também não é vinculado ao que foi decidido em ADI ou ADC, quando exerce funções relacionadas ao processo legislativo, tais quais veto, sanção, celebração de tratado internacional.

---

<sup>133</sup> O STF pronunciou-se claramente sobre a questão ao apreciar o Agravo Regimental na Reclamação n. 2617, em que justamente discutia-se a possibilidade de editar-se, em outro estado, de lei tributária de conteúdo idêntico ao de lei declarada inconstitucional. Confira-se a ementa desse julgado. EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei estadual. Tributo. Taxa de segurança pública. Uso potencial do serviço de extinção de incêndio. Atividade que só pode sustentada pelos impostos. Liminar concedida pelo STF. Edição de lei posterior, de outro Estado, com idêntico conteúdo normativo. Ofensa à autoridade da decisão do STF. Não caracterização. **Função legislativa que não é alcançada pela eficácia erga omnes, nem pelo efeito vinculante da decisão cautelar na ação direta.** Reclamação indeferida liminarmente. Agravo regimental improvido. Inteligência do art. 102, § 2º, da CF, e do art. 28, § único, da Lei federal nº 9.868/99. **A eficácia geral e o efeito vinculante de decisão, proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, só atingem os demais órgãos do Poder Judiciário e todos os do Poder Executivo, não alcançando o legislador, que pode editar nova lei com idêntico conteúdo normativo, sem ofender a autoridade daquela decisão** (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Rcl 2617 AgR. Relator Ministro Cezar Peluso. julgamento 23 fev. 2005. *D.J.* 20 maio 2005, p. 00007. RTJ VOL-00193-03, p. 00858) (grifou-se)

<sup>134</sup> Nesse sentido esclarecedor trecho do voto do Ministro Cezar Peluso na Reclamação n. 2617: “Tal concepção comprometeria a relação de equilíbrio entre o Tribunal Constitucional e o legislador, reduzindo este a papel subalterno perante o poder incontrolável daquele, com evidente prejuízo do espaço democrático-representativo da legitimidade política do órgão legislativo. E, como razão de não menor tomo, a proibição erigiria mais um fator de resistência conducente ao inconcebível fenômeno da *fossilização* da Constituição.” Serviu de inspiração a tal entendimento posição anteriormente sustentada pelo Ministro Moreira Alves no julgamento da Questão de Ordem na ADC n. 1, de cujo voto destaca-se a seguinte passagem: “Essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo, com, o sucede na Alemanha- os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional n. 3 só atribuiu efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.”

Assim, verificada a ocorrência de inconstitucionalidade na coisa julgada sobre relação jurídica tributária, o contribuinte pode utilizar a seu favor a conjugação do efeito *erga omnes* com a eficácia vinculante. A eficácia *erga omnes* irá permitir que os efeitos da interpretação fixada na decisão sejam aplicáveis ao seu caso, pois que tendo sido prolatada em um processo objetivo, todos os contribuintes que estiverem em posição semelhante com relação à norma declarada inconstitucional estão aptos a serem beneficiados pela decisão. Por outro lado, o efeito vinculante importa que o juízo competente para julgar a ação rescisória, a impugnação ou o embargo à execução, fundamentados na inconstitucionalidade da coisa julgada, fique vinculado à decisão do STF, fazendo prevalecer a interpretação da Constituição estabelecida por este tribunal.

Ademais, no que se refere à vinculação do próprio STF pelas decisões proferidas no controle abstrato de constitucionalidade, há duas possibilidades.

Segundo Luis Roberto Barroso, no caso de declaração da *inconstitucionalidade*, a conjugação da coisa julgada da própria decisão com seu efeito vinculante determina a impossibilidade de o STF rever o seu posicionamento. Diferentemente, em caso de reconhecimento da constitucionalidade da lei, por, segundo o autor, não haver coisa julgada, o STF não fica vinculado, podendo rever seu posicionamento, incidindo somente a vinculação dos demais poderes públicos, observadas as ressalvas já referidas<sup>135</sup>.

Luiz Guilherme Marinori parece corrigir a conclusão de Barroso (coisa julgada *secundum eventum litis*), apresentando outros fundamentos para chegar à mesma conclusão sobre a vinculação do STF ao juízo de inconstitucionalidade e desvinculação ao juízo de constitucionalidade.

O processualista sustenta a incompatibilidade do instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada com a ADI. Para o autor, a revogação da decisão de inconstitucionalidade constitui hipótese de superação do precedente do STF (*overruling*), e não de desconsideração da coisa julgada.

A incompatibilidade da coisa julgada com as decisões nas ações diretas de inconstitucionalidade seria justificada no próprio fundamento da coisa julgada, consistente em “proporcionar estabilidade à ordem jurídica e previsibilidade aos

---

<sup>135</sup> BARROSO, 2009, p. 204.

jurisdicionados e não segurança jurídica às partes<sup>136</sup>”, uma vez que a estabilidade e previsibilidade não poderiam servir de obstáculo à mudança nem à mutação da compreensão judicial da ordem jurídica, do que se encarrega precipuamente o STF.

Refere, ainda, que acaso admitida a formação de coisa julgada material nas ações diretas de controle de constitucionalidade, essa poderia ser alterada tendo em vista a coisa julgada estar relacionada unicamente ao estado de fato e de direito existentes quando proposta a ação, de modo que, modificando-se esses fatores, surgiria nova ação, com nova causa de pedir, não se configurando propriamente violação à coisa julgada, ante a alteração no estado de fato e de direito em que se contextualiza a ação posterior<sup>137</sup>.

A possibilidade de revisão da decisão tomada no controle abstrato de constitucionalidade, todavia, como bem adverte Gilmar Mendes, só é admissível diante de *significativa* mudança das circunstâncias fáticas ou de *relevante* alteração das concepções jurídicas dominantes, prevalecendo, como regra geral, a declaração de constitucionalidade<sup>138</sup>. O constitucionalista admite, a par disso, que também os juízos de constitucionalidade estão sujeitos à cláusula *rebus sic stantibus*, “de modo que as alterações posteriores da que modifiquem a situação normativa, bem como eventual mudança de orientação jurídica sobre a matéria, podem tornar inconstitucional norma anteriormente considerada legítima (*inconstitucionalidade superveniente*)<sup>139</sup>”.

Diante disso, pode-se concluir que tanto o fisco quanto o contribuinte, através dos legitimados para propor o controle abstrato de constitucionalidade, podem buscar a reapreciação de controvérsia constitucional que já fora uma vez objeto de controle concentrado, apresentando novos e significativos fundamentos de fato ou de direito que o justifiquem.

### 2.2.1.2 Alcance dos efeitos objetivos do controle concentrado

---

<sup>136</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante*. Disponível em: <[http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/149256/Coisa\\_Julgada\\_Erga\\_Omnes\\_e\\_Eficacia\\_Vinculante](http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/149256/Coisa_Julgada_Erga_Omnes_e_Eficacia_Vinculante)>. Acesso em: 29 set. 2011, p. 7.

<sup>137</sup> MARINONI, 2011, p. 9.

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999b, p 163.

<sup>139</sup> *Ibidem*, p. 363-364.

Uma vez identificados os sujeitos com relação aos quais se projetam os efeitos *erga omnes* e a eficácia vinculante, é vez de se definirem os limites objetivos de tais efeitos, ou seja, que parte da decisão repercute contra todos e vinculativamente.

Tradicionalmente entende-se que o efeito *erga omnes* atinge o dispositivo da decisão<sup>140</sup>. Já o efeito vinculante alcança não só o dispositivo, mas também os motivos determinantes da decisão.

Com efeito, a atribuição de efeito vinculante (*Bindungswirkung* do direito germânico) à fundamentação da decisão permite que se solucionem determinadas situações que somente a eficácia *erga omnes* não resolveria sozinha, repercutindo significativamente sobre a estabilidade da ordem jurídica, a previsibilidade e a igualdade de tratamento entre jurisdicionados<sup>141</sup>, através da garantia de que situações semelhantes recebam o mesmo tratamento pela Corte Constitucional. A eficácia vinculante está intimamente ligada à eficácia obrigatória dos precedentes, diante da qual se reconheceu que somente o dispositivo não seria capaz de garantir que fosse respeitada a *ratio decidendi* do julgado, pois somente na fundamentação encontrar-se-ia seu verdadeiro significado<sup>142</sup>. Nesse sentido, somente através da observância dos fundamentos que levaram à formação da decisão se tornaria possível a aplicação uniforme do precedente, viabilizando o tratamento igualitário de casos semelhantes, bem como acrescentando algo distinto daquilo que seria fornecido pelo efeito *erga omnes*, capaz de assegurar a contribuição do STF para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional<sup>143</sup>.

Apesar disso, o STF tem-se mostrado dividido a respeito dos limites objetivos do efeito vinculante das decisões no controle abstrato de constitucionalidade.

Uma causa em matéria tributária que exemplifica a divergência entre os entendimentos dos julgadores do Tribunal sobre o assunto foi discutida no Agravo Regimental na Reclamação Constitucional n. 2475, em que se questionava se na ADC n. 1 o STF havia decidido tratar-se a Lei Complementar 70 de 1991, que institui a COFINS, de lei materialmente ordinária, e apenas formalmente complementar, para aí fundamentar-se a revisão da decisão do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial n. 429.610, que contrariou fundamento determinante da decisão na ADC

---

<sup>140</sup> MENDES, 1999a.

<sup>141</sup> MARINONI, 2011,

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> MENDES, 1999a.

em questão. Em seu voto para indeferir o agravo na reclamação, o ministro relator Carlos Velloso consignou expressamente:

o efeito vinculante, evidentemente, é para o que foi decidido pela Corte. E o que foi decidido está no dispositivo do voto do Relator [...] É verdade que, no voto do Ministro Relator, foi dito que a contribuição poderia ser instituída por lei ordinária e que essa lei, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ele instituída- que são o objeto desta ação-, é materialmente ordinária [...] (RTJ 156-745). Também no meu voto isso afirmei (RTJ 156-752). Tais afirmativas, entretanto, constituem fundamento dos votos, ou seus motivos. No que me concerne, *obiter dictum*. De um modo ou de outro- fundamento ou *obiter dictum*- não integram o dispositivo da decisão.

Ao que parece, houve confusão entre os conceitos de fundamentação (*ratio decidendi*) e *obiter dictum*. A toda evidência, a concepção de que os fundamentos determinantes devem ser considerados na determinação do efeito vinculante das decisões no controle abstrato de constitucionalidade jamais procurou estender esse conceito a considerações marginais, que não consistiram em motivo determinante da decisão. Desse modo, há que se identificar na decisão o que consistiu em fundamento determinante (*tragende Gründe*), e o que foi dito apenas de passagem, para que se possa aplicar ou deixar de aplicar o precedente judicial.

Observador atento dessa distinção conceitual, o Ministro Gilmar Mendes decidiu pela procedência do pedido no agravo, afirmando o seguinte em seu voto-vencido:

Vale ressaltar que o alcance do efeito vinculante das decisões não pode estar limitado à sua parte dispositiva, devendo também, considerar os chamados 'fundamentos determinantes'

Assim, reconhecida a abrangência dos motivos determinantes nos limites objetivos da eficácia vinculante, abre-se o caminho para fundamentar pedido de relativização da autoridade da coisa julgada nos motivos determinantes da decisão no controle abstrato de constitucionalidade, e não somente no dispositivo das ações diretas.

No entanto, tendo em vista a dificuldade em alguns casos de se distinguir o que consista em efetiva *ratio decidendi* do que foi apenas *obiter dictum*, e também a importância da manutenção da coisa julgada para a preservação da segurança jurídica e garantia da ordem do processo, incumbe à parte demonstrar de forma

clara e evidente a coincidência entre a causa de pedir veiculada e o que decidiu o STF.

## **2.2.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso**

### *2.2.2.1 Efeitos subjetivos no controle difuso*

No Brasil, originariamente, a pronúncia de invalidade da lei no controle concreto de constitucionalidade repercutia apenas sobre o processo individual que desencadeou o recurso extraordinário. A limitação podia ser atribuída justamente aos limites subjetivos da coisa julgada de que se tratou no primeiro capítulo.

Todavia, principalmente a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004 e suas repercussões no plano processual infraconstitucional, foram introduzidas modificações que permitiram que as decisões tomadas no controle concreto de constitucionalidade pelo STF passassem a ser aplicáveis a uma generalidade de controvérsias semelhantes, na tentativa de promover a equidade e a plenitude do sistema jurídico<sup>144</sup> e de impedir o acesso à Corte Constitucional de um número sem fim de recursos extraordinários.

Dentre as vantagens da nova sistemática do controle concreto de constitucionalidade, pode-se pontuar, por um lado, o favorecimento do princípio constitucional da igualdade perante a lei, “de cuja variada densidade normativa se extrai primordialmente a da necessidade de conferir um tratamento jurisdicional igual para situações iguais”, nas palavras do mestre José Afonso da Silva. Por outro lado, a criação de condições objetivas para uma razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição), permitindo ao órgão judicial orientar-se no sentido do equilíbrio entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade quando da prestação jurisdicional, viabilizando a dimensão garantística do direito fundamental à celeridade<sup>145</sup>.

A desvantagem, contudo, está em que diversas controvérsias sobre matéria constitucional deixam de receber a tutela do STF. Isso ocorre, por exemplo, quando

---

144 ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a, p. 26.

145 SANTANA, Izaías José de. *Controle concreto de constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 180-181.

não se reconhece a repercussão geral da controvérsia, conforme referido anteriormente.

Vale ressaltar, entretanto, que a amplificação da eficácia subjetiva das decisões proferidas no Recurso Extraordinário não estendeu a coisa julgada da decisão no controle difuso de constitucionalidade a terceiros, mesmo porque o juízo de constitucionalidade, enquanto questão prejudicial, sequer faz coisa julgada, em regra.

Essas modificações na disciplina do Recurso Extraordinário têm o significado de que agora o julgamento proferido pelo STF sobre a compatibilidade da norma com a Constituição repercute também sobre relações jurídicas de terceiros semelhantes, diante de idêntico conflito entre lei ordinária e Constituição Federal. É o que se tem chamado de eficácia reflexa das decisões no controle concreto de constitucionalidade.

A extensão da decisão do STF no controle concreto de constitucionalidade a terceiros opera-se principalmente de três formas. A primeira verifica-se através da vinculação dos demais tribunais à decisão do STF em matéria constitucional, ou seja, atribuindo-se eficácia vinculante às decisões em controle difuso<sup>146</sup>. A segunda dá-se com a saliência da força dos precedentes do STF<sup>147</sup><sup>148</sup>. A terceira relaciona-

---

<sup>146</sup> Exemplo de situação em que se verifica a vinculação dos demais tribunais à decisão do STF no controle difuso é encontrado na dispensa de instalação de incidente de inconstitucionalidade nos Tribunais previsto no art. 97 da Constituição Federal, quando existente precedente do STF sobre a questão constitucional suscitada, determinando-se a aplicação ao caso da interpretação fixada na Suprema Corte.

<sup>147</sup> Demonstra a atribuição de efeitos reflexos ao juízo de constitucionalidade proferido no caso concreto pelo STF, no sentido da saliência da força de precedente das decisões desse tribunal, o dispositivo do art. 557, §1º-A do Código de Processo Civil, que consagra a possibilidade de o relator monocraticamente negar seguimento a recurso em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou, então, dar provimento ao recurso, caso a decisão se encontre em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Outra situação em que se verifica o engrandecimento da força de precedente das decisões proferidas pelo STF está no parágrafo 3º, incluído no artigo 475 do Código de Processo Civil pela Lei n. 10.352, de 2001, que dispensou de reexame necessário as sentenças proferidas contra a administração pública direta, autárquica e fundacional, quando a decisão estiver fundada em jurisprudência do plenário ou súmula do STF. Igualmente a Lei n. 11.276, de 2006, que introduziu o parágrafo 1º ao art. 518 do CPC, determinando o não recebimento pelo juiz do recurso de apelação quando a sentença esteja em conformidade com entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>147</sup>, revela o engrandecimento da força de precedente da decisão da Corte Suprema, na medida em que fulmina o pedido recursal quando fundado em interpretação da lei contrária àquela que lhe conferiu o STF.

<sup>148</sup> Não se pode deixar de referir, ainda, uma outra situação de transcendentalização da decisão do STF proferida no controle concreto de constitucionalidade com alguma importância sobre a coisa julgada tributária. É o caso das alterações no CPC promovidas pela Lei 11.232, de 2005, no sentido de considerar inexigíveis os títulos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundados em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, que já tivemos a

se à expedição de Resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional.

Tendo em vista a possibilidade de invocação de decisão proferida no controle concreto de constitucionalidade para fundamentar a relativização da coisa julgada, entende-se merecer uma análise mais aprofundada a questão da necessidade de Resolução do Senado Federal para a atribuição de efeitos *erga omnes* ao juízo incidental de inconstitucionalidade.

Há muito já se previu a possibilidade de o Senado editar Resolução suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional como forma de conferir efeitos *erga omnes* às decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade<sup>149</sup>. Dessa forma, aproximam-se os efeitos do controle difuso com o do concentrado, sob o aspecto da aptidão da decisão para produzir eficácia contra todos<sup>150</sup>.

Ocorre que paira na doutrina e no STF discussão acerca da aplicabilidade atual da tradicional exigência de edição de Resolução para a atribuição de efeitos *erga omnes* à decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade.

---

oportunidade de analisar anteriormente. Nesse caso, a força do precedente atua no sentido de determinar a carência de ação executiva, por inexigibilidade do título, quando contiver obrigação fundada em lei ou ato normativo declarado inconstitucional pelo STF.

<sup>149</sup> Desde 1934 as Constituições Brasileiras passaram a prever a comunicação ao Senado Federal sempre que emitido juízo de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, afim de oportunizar-lhe a suspensão, no todo ou em parte, da norma declarada inconstitucional. A esse tempo, não estava prevista eficácia geral nem mesmo às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, servindo a Resolução para que fosse possível a exclusão da norma inconstitucional do ordenamento pátrio com efeitos *erga omnes*. Ademais, pela via da resolução conseguia-se uma aproximação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concreto pelo STF daqueles produzidos pela decisão da Suprema Corte norte-americana ao exercer o controle de constitucionalidade, onde inspirou-se, em parte, o constituinte brasileiro para criar seu próprio modelo. Contudo, nos Estados Unidos, a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade no caso concreto decorria da vinculação (*binding*) ao *stare decisis*, e não de ato do legislativo.

A partir do momento em que a Constituição passou a prever o controle concentrado por ação direta, passou a questionar a aplicabilidade da norma que previa a suspensão da execução da lei pelo Senado Federal a esses casos. Prevaleceu na doutrina e na jurisprudência (a partir do julgamento do Processo Administrativo n. 4.477, de 1972, pelo STF) o entendimento segundo o qual a decisão de constitucionalidade em controle abstrato já produzia por si só eficácia *erga omnes*, carecendo de justificativa a edição de resolução pelo Senado para alcançar esses mesmos fins.

<sup>150</sup> É interessante perceber a proporção em que os novos institutos que modificaram a disciplina do Recurso Extraordinário no Brasil estão aproximando os efeitos do controle concreto aos do controle abstrato. Ao passo que a Resolução do Senado confere eficácia *erga omnes* ao julgado, a Súmula Vinculante atribui-lhe efeito vinculante. Assim, com combinação desses institutos a decisão no Recurso Extraordinário passa a ter eficácia contra todos e efeito vinculante, tal qual houvesse sido proferida em um processo objetivo.

A tese sobre a mutação do papel do Senado nesse contexto, defendida, sobretudo, por Gilmar Mendes<sup>151</sup>, sustenta a possibilidade de o STF reconhecer efeitos gerais à decisão proferida em sede de controle incidental, independentemente da intervenção do Senado.

Essa teoria, resumidamente, constrói-se a partir dos seguintes fundamentos: a proeminência do controle concentrado na Constituição de 1988, através de ADI, ADC e ADPF; a aceitação das ações coletivas (ação civil pública, mandado de segurança coletivo e outras ações de caráter coletivo) como instrumento de controle de constitucionalidade, relativizando enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo; a idêntica natureza do controle de constitucionalidade, quanto às suas finalidades e aos procedimentos comuns dominantes, para os modelos difuso e concentrado, tornando ilegítimas quaisquer distinções entre os efeitos das decisões proferidas no controle abstrato e no controle incidental; a existência de diversas decisões legislativas que reconhecem *efeito transcendente* às decisões do STF tomadas em sede de controle difuso; a dispensa de apreciação pelo plenário ou órgão especial da arguição de inconstitucionalidade em caso de precedente do STF sobre a questão<sup>152</sup>.

Revedo, em parte, posicionamento anterior<sup>153</sup>, entende-se que não há como prosperar o entendimento acerca do qual as decisões do STF em controle difuso produzam eficácia geral independentemente de Resolução do Senado Federal. Os argumentos levantados por Gilmar Mendes referem-se tão somente a situações em que há o fortalecimento da força de precedente das decisões do STF em controle difuso ou de vinculação a estas mesmas decisões. Não demonstram, todavia, normas que hajam atribuído eficácia geral às decisões no controle incidental. E é justamente ao efeito *erga omnes* que está relacionada à função do Senado quando edita resolução suspendendo a eficácia da norma inconstitucional.

---

151 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1133-1140.

152 Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a arguição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

<sup>153</sup> STUMPF. Lívia Troglio. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 5, n. 18, p. 105-138, abr./jun. 2011. p. 117-121.

Ou seja, na essência, todos os argumentos que fundamentam a tese da mutação do papel do Senado não se relacionam à finalidade deste ato. É bem verdade, no entanto, que com a vinculação aos precedentes dos STF no controle difuso torna-se menos importante a edição da Resolução, tendo em vista que, na prática, a vinculação dos juízes e tribunais às decisões do STF já basta para que suas decisões alcancem efeitos verdadeiramente generalizados. No entanto, nenhuma das alterações legais ou mesmo constitucionais previu eficácia *erga omnes* às decisões no controle concentrado, "de sorte que a interferência do Senado na hipótese é de rigor<sup>154</sup>", como pondera José Afonso da Silva. Os argumentos invocados pela tese, portanto, não demonstram que a lei haja dotado a decisão de eficácia contra todos, poderes públicos ou particulares, mas tão somente que a atuação do judiciário se encontra cada vez mais vinculada ao que estabelecem os precedentes do STF.

Diante disso, conclui-se que somente quando editada Resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma inconstitucional, pode surgir, em tese, fundamento para que o contribuinte possa requerer a relativização da coisa julgada, tendo-se em vista que somente nesse caso a decisão proferida no controle incidental de constitucionalidade produzirá efeitos que lhe beneficiam.

#### *2.2.2.2 Alcance dos efeitos objetivos no controle difuso*

Principalmente antes da Emenda Constitucional n. 45, era possível afirmar que o alcance dos efeitos subjetivos no controle concreto de constitucionalidade coincidia com o objeto de limitação da coisa julgada. Assim, o controle difuso de constitucionalidade relacionava-se com o dispositivo da decisão.

No entanto, diante do engrandecimento da força de precedente das decisões no controle concreto, tem-se discutido se, à semelhança do que ocorre no controle abstrato de constitucionalidade, os motivos determinantes não passariam a integrar o objeto da eficácia da decisão.

Esse questionamento tem sido frequentemente direcionado ao caso das Súmulas Vinculantes. Infelizmente, a disciplina legal sobre o efeito vinculativo das Súmulas Vinculantes não auxilia o intérprete na tarefa de desvendar qual seja o

---

<sup>154</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 415-416.

objeto do efeito por elas produzido, pois que se limita a praticamente reproduzir o regulamento do efeito vinculante produzido pelas decisões em controle abstrato de constitucionalidade, no sentido de que a Súmula vinculará o poder judiciário e a atuação da administração pública, em qualquer de suas esferas, e sobre o que, de acordo com o que se viu anteriormente, não há consenso na doutrina ou na jurisprudência.

À semelhança do que se viu sobre o efeito vinculante no controle abstrato, a doutrina tem sustentado fortemente que não somente o enunciado da Súmula Vinculante produz o efeito de limitar os demais órgãos do poder judiciário e a administração pública, mas também os motivos determinantes que conduziram à interpretação do STF, amparados nas raízes históricas que influenciaram a criação desse instituto no direito brasileiro.

Curiosamente, não se encontra qualquer decisão do STF, diferentemente do que ocorre com relação à teoria dos motivos determinantes no controle concentrado, a partir da qual se possa concluir se os motivos determinantes integram ou não o efeito vinculativo produzido pela Súmula Vinculante.

No entanto, tendo em vista aquilo que já se referiu anteriormente, sobre a importância dos motivos determinantes sobre o aspecto da vinculação aos precedentes, entende-se que, diante da atual disciplina do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, estes também repercutem sobre a eficácia objetiva da decisão do STF em Recursos Extraordinários, podendo, *a priori*, serem utilizados para fundamentar a relativização da coisa julgada.

### 2.3 EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 não contém norma que discipline os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo, tendo, até algum tempo atrás, cabido à jurisprudência e ao regimento do STF interpretar qual a eficácia temporal a ser atribuída a essas decisões.

Atualmente ainda prevalece no Brasil a concepção segundo a qual é nula a norma declarada inconstitucional, tanto que assim ratificado, ainda que indiretamente, pela legislação em vigor.

No entanto, a aplicabilidade da teoria da nulidade da norma inconstitucional vem sujeitando-se a alguns temperamentos. A relevância dos princípios da

segurança jurídica e da excepcionalidade do interesse público, referidos expressamente pela Lei n. 9.868 de 1999, somados à ideia de que a regra da nulidade pode provocar consequências indesejáveis à *vontade constitucional*, favoreceram o abrandamento da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, permitindo que a norma, a despeito de contrária à Carta Maior, possa produzir efeitos sobre relações jurídicas ocorridas em um dado período de tempo<sup>155</sup>.

Mais uma vez é Gilmar Ferreira Mendes quem explica que o novo posicionamento do STF, submetendo à ponderação, ora o princípio da constitucionalidade com a segurança jurídica, ora excepcional interesse público com a isonomia, sofreu a influência das experiências constitucionais estrangeiras, como a alemã, a portuguesa, a espanhola e mesmo a posição da Suprema Corte dos Estados Unidos (a partir da década de 1960, de acordo o que decidiu no julgamento do caso *Linkletter v. Walker*)<sup>156</sup>.

No território nacional, há também os que militam favoravelmente às atenuações da teoria da nulidade da norma inconstitucional propondo formulações teóricas que, embora submetam a validade da norma à compatibilidade entre suas proposições e o sistema constitucional correspectivo, consignam que sua perda de validade depende da sobrevinda de decisão de caráter *desconstitutivo* proferida pela Corte Constitucional, como vem sendo propagado pela escola de Paulo de Barros Carvalho<sup>157</sup>, em posição semelhante àquela defendida por Kelsen no sistema austríaco de controle de constitucionalidade.

Essa formulação favorece a mitigação dos efeitos da nulidade da decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado com base na natureza constitutiva do julgamento de constitucionalidade, reconhecendo aptidão para produzir efeitos jurídicos mesmo por normas contrárias à Constituição até que seja realizado o controle de constitucionalidade do ato normativo. Os defensores de tal modo de conceber os efeitos da decisão de inconstitucionalidade entendem que o reconhecimento de natureza constitutiva negativa ao juízo de inconstitucionalidade

---

<sup>155</sup> MENDES, 1999c, p. 271.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 265-270.

<sup>157</sup> Assim Tárek Moysés Moussalem, ao afirmar que “o [...] para expulsar enunciado válido oriundo de enunciação infeliz, deve-se, inexoravelmente movimentar o sistema para realização de nova enunciação e, conseqüentemente, produção de novo enunciado para constituir perda de validade daquele outro (originário de enunciação infeliz)” (MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 159)

serve para evitar a contradição em termos de uma decisão de caráter declaratório que só produz efeitos a partir de determinado momento, muito embora a incompatibilidade com o parâmetro de referência seja originária<sup>158</sup>.

Diante desse contexto, cumpre analisar de que modo a legislação e a jurisprudência pátrias têm definido a eficácia temporal e o juízo de inconstitucionalidade, considerando-se a via pela qual é exercido o controle no STF.

### 2.3.1 Efeitos temporais no controle concentrado

O art. 27 da lei de 1999 dispõe sobre a eficácia temporal da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnados. Eis o teor do dispositivo, *in verbis*:

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

Como se pode observar, o texto da lei traz importantes diretivas no que tange à definição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade em abstrato no tempo. Do art. 27 da Lei 9.868 podem ser extraídas duas regras, ou, sob outro ponto de vista, uma regra geral e a respectiva exceção. A primeira regra, ou regra geral, é de que a eficácia da declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no controle abstrato é *ex tunc*. A segunda regra, ou exceção, é de que é admissível o abrandamento da retroação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade, se assim o decidirem ao menos dois terços do STF, tendo em vista a preservação da segurança jurídica e o interesse público, de modo que a eficácia de decisão terá início no momento em que o STF entender mais

---

<sup>158</sup> Afinal, se se declara que uma norma é nula, porque incompatível com seu fundamento de validade, não há justificativa lógica para determinar que em determinado momento poderia ser concebida como válida e em outro inválida, seguindo iguais seu dispositivo e a Constituição, ao passo que se se desconstitui a validade da norma, sob o pressuposto de que ela foi válida até ser colocada a análise de sua compatibilidade com o respectivo fundamento de validade pela via direta, a inconstitucionalidade só poderá repercutir sobre a validade da norma após a decisão, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, de acordo com o que o tribunal julgar mais adequado. Nesse sentido o alerta de Pontes de Miranda, ao assentar que “a declaração somente altera pela posição humana de falibilidade: a interpretação e a aplicação podem ser, por erro do juiz, que é homem, diferentes da incidência”. (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, v. 1, p. 203).

conveniente, observando justamente as razões que levaram à modulação dos efeitos temporais da declaração.

Da exigência legal de que se verifiquem a lei duas condições (razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público somadas ao voto da maioria de no mínimo dois terço dos membros do STF favoravelmente à modulação dos efeitos da decisão) para que o início da eficácia da declaração de inconstitucionalidade dê-se a partir do trânsito em julgado da decisão ou qualquer outro momento que venha a ser fixado, depreende-se que basta não se confirmar uma dessas condições para que o marco inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade seja o início da vigência da norma inconstitucional.

Em outras palavras, ao estabelecer condições especiais para a modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato, a norma corrobora o entendimento tradicional no sentido da eficácia retroativa da decisão que reconhece a inconstitucionalidade, fulminando a norma inconstitucional desde seu nascimento<sup>159</sup>. A norma inconstitucional, portanto, além de inválida, é, em regra, ineficaz *ab initio*.

É interessante observar que o STF segue referindo-se expressamente à aplicação da teoria da nulidade da lei inconstitucional no que diz respeito à definição dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade. Provas disso podem ser encontradas nas inúmeras alusões, mesmo nas decisões mais recentes, às palavras do Ministro Celso de Mello em seu voto no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta da Inconstitucionalidade n. 293, de 1990. Confira-se abaixo trecho em que estão expressas as ideias-síntese da fundamentação apresentada pelo referido Ministro naquele processo:

O poder absoluto exercido pelo Estado, sem quaisquer restrições e controles, inviabiliza, numa comunidade estatal concreta, a prática efetiva das liberdades e o exercício dos direitos e garantias individuais ou coletivos. É preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional. Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples escritura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das

---

<sup>159</sup> Luis Roberto Barroso atentamente observa que o art. 27 da Lei 9.868, ao estabelecer a exigência de um quórum mínimo de dois terços para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, findou por restringir a liberdade de ponderação até então exercida pelos membros do STF (BARROSO, 2009, p. 25). Assim, contrariamente à *mens legislatoris*, a previsão passou a expressar norma de caráter restritivo, impedindo que com uma maioria simples o Tribunal pudesse escolher o melhor momento para dar início à eficácia da declaração de inconstitucionalidade.

nações. **Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade.** A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste — enquanto for respeitada — constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada.<sup>160</sup> (grifou-se)

Diante da continuidade da invocação dos fundamentos desse julgado, permite-se concluir que o STF segue aplicando à declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato a teoria da nulidade da lei inconstitucional, sujeita, a partir da lei de 1999, todavia, a temperamentos em circunstâncias excepcionais. Não modificou, por conseguinte, sua posição para defender a aplicabilidade em nosso ordenamento da teoria da nulidade da lei inconstitucional.

Ocorre, no entanto, que apesar de a lei e a jurisprudência do STF estarem de acordo que a decisão de inconstitucionalidade produzir efeitos *ex tunc*, em regra, a retroatividade só estará autorizada se a norma jurídica em questão não houver sido objeto de coisa julgada. Isso porque, em se admitindo o contrário, a lei ordinária, que disciplinou os efeitos da decisão no controle concentrado de constitucionalidade, haveria afrontado diretamente a regra constitucional que proíbe a edição de lei que viole a coisa julgada, sobretudo no aspecto da inviolabilidade em abstrato do instituto, ou seja, de sua importância para a ordem constitucional objetiva. A contrário *sensu*, toda vez que o STF declarasse a inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle abstrato, haveria autorização para a supressão automática do dever-poder do juiz de exercer o controle difuso de constitucionalidade, desconsiderando-se o papel do intérprete judicial na criação do direito e na proteção dos direitos fundamentais<sup>161</sup>.

Ainda que pudéssemos comparar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do STF realizada no controle abstrato de normas como aqueles provocados por um verdadeiro “tsunami” jurídico, que elimina tudo que encontra pela frente em nome da nulidade da lei inconstitucional, veríamos que, ainda nesse caso, as construções mais sólidas permaneceriam híidas, sobrevivendo à fúria dos efeitos da força da retroação. É esse o caso da coisa

---

<sup>160</sup> BRASIL. STF. Tribunal Pleno. ADI 293-MC. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em: 6 jun. 1990. *D.J.* 16 abr. 1993.

<sup>161</sup> MARINONI, 2008, p. 39.

julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, que se mantêm, em regra, inalterados mesmo diante da força que devasta tudo que havia até então, causadora de situação de “terra arrasada” (retorno ao *status quo ante*) com relação a todos os demais atos jurídicos praticados com fundamento na norma inconstitucional.

Assim, focado no que interessa a este estudo, por mais arrasadores que possam ser os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, para se sobrepôr à autoridade da coisa julgada, ela precisa de *algo a mais* para lhe auxiliar a derrubar um instituto que de forma tão significativa repercute sobre a consolidação da segurança jurídica e da ordenação no processo. Este *elemento extra*, sob a perspectiva das vistas relações jurídicas de natureza tributária, será estudado no capítulo seguinte.

Por essa razão, o art. 27 de Lei n. 9.868 deve ser compreendido no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, em regra, produz efeitos *ex tunc*, que poderão ser modulados nas condições estabelecidas desta lei, mas que tais efeitos não alcançam automaticamente a coisa julgada, sob pena de diminuição significativa do alcance da proteção constitucional da segurança jurídica e da ordenação processual, sendo invocável como fundamento para a relativização da coisa julgada inconstitucional apenas quando presentes as condições de cabimento de ação rescisória, da impugnação ou dos embargos à execução.

### **2.3.2 Efeitos temporais no controle difuso**

Diferentemente do que ocorre no caso da ADI e da ADC, o Recurso Extraordinário não conta com disciplina legal que regule a eficácia temporal da inconstitucionalidade reconhecida no processo subjetivo. O modo como esse tema vem sendo enfrentado pelos aplicadores do direito depende, portanto, da análise da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto.

No STF, o julgamento do Recurso Extraordinário 197.917 vem sendo adotado como paradigma para a definição dos efeitos no tempo da declaração de inconstitucionalidade no controle incidental. Veja-se a ementa deste julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIOS. CÂMARA DE VEREADORES. COMPOSIÇÃO. AUTONOMIA MUNICIPAL. LIMITES CONSTITUCIONAIS. NÚMERO DE VEREADORES PROPORCIONAL À POPULAÇÃO. CF, ARTIGO 29, IV. APLICAÇÃO DE CRITÉRIO ARITMÉTICO RÍGIDO. INVOCAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E

DA RAZOABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A POPULAÇÃO E O NÚMERO DE VEREADORES. INCONSTITUCIONALIDADE, INCIDENTER TANTUM, DA NORMA MUNICIPAL. EFEITOS PARA O FUTURO. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. 1. O artigo 29, inciso IV da Constituição Federal, exige que o número de Vereadores seja proporcional à população dos Municípios, observados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas a, b e c. 2. Deixar a critério do legislador municipal o estabelecimento da composição das Câmaras Municipais, com observância apenas dos limites máximos e mínimos do preceito (CF, artigo 29) é tornar sem sentido a previsão constitucional expressa da proporcionalidade. 3. Situação real e contemporânea em que Municípios menos populosos têm mais Vereadores do que outros com um número de habitantes várias vezes maior. Casos em que a falta de um parâmetro matemático rígido que delimite a ação dos legislativos Municipais implica evidente afronta ao postulado da isonomia. 4. Princípio da razoabilidade. Restrição legislativa. A aprovação de norma municipal que estabelece a composição da Câmara de Vereadores sem observância da relação cogente de proporção com a respectiva população configura excesso do poder de legislar, não encontrando eco no sistema constitucional vigente. 5. Parâmetro aritmético que atende ao comando expresso na Constituição Federal, sem que a proporcionalidade reclamada traduza qualquer afronta aos demais princípios constitucionais e nem resulte formas estranhas e distantes da realidade dos Municípios brasileiros. Atendimento aos postulados da moralidade, impessoalidade e economicidade dos atos administrativos (CF, artigo 37). 6. Fronteiras da autonomia municipal impostas pela própria Carta da República, que admite a proporcionalidade da representação política em face do número de habitantes. Orientação que se confirma e se reitera segundo o modelo de composição da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas (CF, artigos 27 e 45, § 1º). 7. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, da lei local que fixou em 11 (onze) o número de Vereadores, dado que sua população de pouco mais de 2600 habitantes somente comporta 09 representantes. 8. Efeitos. **Princípio da segurança jurídica. Situação excepcional em que a declaração de nulidade, com seus normais efeitos ex tunc, resultaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente. Prevalência do interesse público para assegurar, em caráter de exceção, efeitos pro futuro à declaração incidental de inconstitucionalidade.** Recurso extraordinário conhecido e em parte provido.<sup>162</sup> (grifou-se)

Como se pode observar, diante da excepcional gravidade dos efeitos que adviriam da declaração de nulidade da nomeação de vereadores em número excessivo na proporção do número de habitantes do município em questão, como, por exemplo, a invalidação das leis editadas na legislatura dos vereadores excedentes, o STF decidiu por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, salvaguardando os atos praticados pela composição do quadro legislativo municipal, ainda que em número superior aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal. Dentre as razões apresentadas para tal conclusão, merecem realce as formuladas pelo Ministro Gilmar Mendes, de cujo voto destaca-se a seguinte passagem:

<sup>162</sup> BRASIL. STF. Tribunal Pleno. RE 197917. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento 06 jun. 2002. *D.J.* 7 maio 2004, p. 00008 .

Não parece haver dúvida de que, tal como já exposto, **a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental.**

[...]

Nesses termos, resta evidente que a norma contida no art. 27 da Lei 9.868, de 1999, tem caráter fundamentalmente interpretativo, desde que se entenda que os conceitos jurídicos indeterminados utilizados – segurança jurídica e excepcional interesse social – se revestem de base constitucional. No que diz respeito à segurança jurídica, parece não haver dúvida de que encontra expressão no próprio princípio do Estado de Direito consoante amplamente aceito pela doutrina pátria e alienígena. Excepcional interesse social pode encontrar fundamento em diversas normas constitucionais. **O que importa assinalar é que, consoante a interpretação aqui preconizada, o princípio da nulidade somente há de ser afastado se se puder demonstrar, com base numa ponderação concreta, que a declaração de inconstitucionalidade ortodoxa envolveria o sacrifício da segurança jurídica ou de outro valor constitucional materializável sob a forma de interesse social.**

(grifou-se)

Percebe-se aí que o entendimento condutor do precedente do STF posiciona-se no sentido não de conferir interpretação analógica à Lei 9.868 para fins de admitir a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo. Mas de extrair os princípios subjacentes às normas estabelecidas por aquela legislação, para fim de aplicá-los diretamente à determinação dos efeitos da decisão no controle concreto de constitucionalidade.

Nesse mesmo sentido o voto do Ministro Cezar Peluso, ao apreciar aquele recurso, afirmando a inexistência de distinção entre o controle de constitucionalidade realizado em abstrato daquele realizado diante do caso concreto para fins de definição da eficácia temporal da decisão, senão vejamos:

De fato, se a CF legitima tal limitação no controle abstrato, não tem por que não legitimá-la no concreto, pois, no fundo, as técnicas de controle servem a ambas, com caráter alternativo e conseqüências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional.

O entendimento a respeito da ponderabilidade entre os princípios da segurança jurídica e do excepcional interesse público frente ao princípio da nulidade da lei inconstitucional na definição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade no controle concreto vem sendo seguido também pelo STJ. Isso pode ser exemplificado pelo voto do Ministro Herman Benjamin no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 738689, como se pode observar:

Inegável que **os valores que levaram o legislador federal a produzir as Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, vão além do produto legislativo**, influenciando necessariamente na aplicação do Direito por todos os Tribunais Superiores. Tenho para mim que, também no âmbito do STJ, **as decisões que alterem jurisprudência reiterada, abalando forte e inesperadamente expectativas dos jurisdicionados, devem ter sopesados os limites de seus efeitos no tempo, buscando a integridade do sistema e a valorização da segurança jurídica.**

É que o reconhecimento da “sombra de juridicidade”, decorrente da atividade jurisdicional do Estado, revela indiscutível a necessidade de resguardarem-se os atos praticados pelos contribuintes sob a expectativa de que aquela era a melhor interpretação do Direito, já que consubstanciada em uma jurisprudência reiterada, em sentido favorável às suas pretensões, pela Corte que tem a competência constitucional para dar a última palavra no assunto.

Essa necessidade de privilegiar-se a segurança jurídica e, por consequência, os atos praticados pelos contribuintes sob a “sombra de juridicidade” exige do STJ o manejo do termo *a quo* dos efeitos de seu novo entendimento jurisprudencial.

**Repito que não se trata de, simplesmente, aplicar-se as normas veiculadas pelas Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1999, por analogia, mas sim de adotar como válidas e inafastáveis os pressupostos valorativos e principiológicos que fundamentam essas normas e que, independentemente da produção legislativa ordinária, haveriam de ser observados tanto pelo e. STF quanto pelo STJ.**

**Com isso, certo é que não é caso de se buscar aplicação analógica irrestrita do disposto no art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas sim de fazer valer, diante de casos concretos, princípios constitucionalmente assegurados, que se destacam diante de um juízo de ponderação.** Referido artigo projeta-se, na verdade, como uma orientação a ser seguida diante de um controle incidental de constitucionalidade<sup>163</sup> (grifou-se)

A noção de que são os princípios informadores do art. 27 da Lei 9.868 que conduzem à possibilidade de não se aplicar a nulidade à lei inconstitucional também é demonstrada na fundamentação de decisões que negam o pedido de modulação dos efeitos temporais no controle concreto, quando não preponderarem o princípio da segurança jurídica e do excepcional interesse público sobre os princípios em jogo no caso concreto.

É o que se verifica da decisão tomada em contrariedade às intenções do fisco municipal do Rio de Janeiro, em que intentava apropriar-se definitivamente do montante de tributos pagos indevidamente a título de IPTU cobrado com alíquota progressiva anteriormente à Emenda Constitucional 29 de 2000, e taxas de coleta de lixo e iluminação pública, apesar do reconhecimento da inconstitucionalidade das exações. Eis a ementa de decisão que exemplifica a discussão:

<sup>163</sup> BRASIL. STJ. Primeira Seção. EREsp 738689. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento 27 jun. 2007. *D.J.* 22 out. 2007, p. 18

EMENTA: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Controle difuso ou incidental de inconstitucionalidade. Leis municipais do Rio de Janeiro. Instituição de IPTU com alíquotas progressivas e de taxas de iluminação pública e de coleta de lixo e limpeza. Inconstitucionalidade declarada. Pretensão de atribuição de efeitos *ex nunc*. Contrariedade a jurisprudência assentada pelo Supremo. Seguimento negado a agravo de instrumento. Improvimento ao agravo regimental. **Inaplicabilidade do art. 27 da Lei nº 9.868/99. Não se conhece de recurso extraordinário tendente a atribuir efeitos *ex nunc* a declaração incidental de inconstitucionalidade** de leis municipais do Rio de Janeiro que instituíram IPTU com alíquotas progressivas e taxas de iluminação pública, de coleta de lixo e de limpeza urbana.<sup>164</sup>

Na fundamentação da decisão, o relator transcreve passagem de julgados anteriores em que se negava a existência de boa-fé, lesão à segurança jurídica, ou verificação de excepcional interesse público, garantisse ao ente público a possibilidade de negar-se a devolver os valores cobrados a título de tributo à revelia do que prescreve a Constituição Federal.

Ademais, deixa claro que, apesar de não se tratar de aplicação analógica da Lei 9.868, a exigência de quórum qualificado para a atribuição de efeitos *ex nunc* à decisão de inconstitucionalidade também incide sobre o caso.

Vê-se, portanto, que, apesar de ausente disciplina legal que trate dos efeitos do reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma em sede de controle concreto de constitucionalidade, devem-se observar os princípios que levaram à criação do texto normativo contido no art. 27 da Lei 9868, preservando-se o excepcional interesse público e a segurança jurídica, quando assim o entender o quórum qualificado, deixando-se de aplicar o princípio da supremacia da Constituição no caso concreto.

Há que se ter em mente, no entanto, que no controle difuso de constitucionalidade a eficácia temporal retroativa, como regra geral, e a partir de determinado momento, como exceção, é influenciada pelos limites subjetivos da coisa julgada. Assim, a nulidade da lei reconhecida diante do caso concreto aplica-se somente ao caso objeto de recurso, em regra.

Nesse sentido, a ressalva feita anteriormente com relação à limitação da eficácia *ex tunc* às situações em que já se verificou a ocorrência de coisa julgada no controle abstrato aplica-se, e com ainda maior razão, à declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concreto, impedindo a sua invocação por

---

<sup>164</sup> BRASIL. STJ. Segunda Turma. AI 489449 AgR. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento 23 out. 2007, *D.J.e* 23 nov. 2007.

terceiros para sustentar pretensão de relativização da coisa julgada, com fundamento, agora, também nos limites subjetivos da coisa julgada da decisão no Recurso Extraordinário.

No entanto, tendo em vista o atual regime dos efeitos do controle difuso de constitucionalidade, determinado a amplificação subjetiva dos efeitos da decisão, cumpre sejam analisadas duas questões um tanto mais complexas a esse respeito, no que concernem à possibilidade de pretensão de relativização do julgado com fundamento em Súmula Vinculante ou em Resolução do Senado suspendendo a eficácia da lei declarada inconstitucional.

Primeiramente, impende consignar que o efeito produzido pela Súmula Vinculante se inicia somente a partir de sua edição, até mesmo porque logicamente impossível a vinculação dos demais órgãos do poder judiciário e da administração pública antes do conhecimento da interpretação vinculativa do STF acerca da inconstitucionalidade de determinada norma. A Súmula Vinculante, portanto, produz efeitos imediatos ou somente prospectivos<sup>165</sup>, vinculando, assim, as decisões nos casos ainda pendentes de julgamento ou a atuação da administração pública a partir de sua publicação. Não produz, diferentemente, efeitos retrospectivos, de modo que não poderá ser utilizada para rescindir sentenças que seguiram entendimento diverso sobre a questão constitucional daquele expresso no entendimento sumulado. A Súmula Vinculante, por si só, não tem aptidão de produzir efeitos *ex tunc*. Todavia, excepcionalmente, os motivos que levaram à sua criação podem vir a ser utilizados na fundamentação de ação rescisória, da impugnação ou dos embargos à execução de sentença inconstitucional. Nesse caso, no entanto, não seriam os efeitos da Súmula Vinculante que poderiam influenciar a relativização do julgado, mas motivos determinantes de caráter absolutamente excepcional.

Logo, no que interessa especificamente às relações jurídicas tributárias, a Súmula Vinculante, por seus efeitos, somente impede a Fazenda Pública de efetuar o lançamento de crédito tributário fundado em lei inconstitucional<sup>166</sup>, ou o poder judiciário de decidir em sentido contrário, a partir de sua publicação.

---

<sup>165</sup> O art. 4º da Lei 11.417 de 2007 admite, no entanto, seja postergada a eficácia vinculante da Súmula para momento futuro por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público.

<sup>166</sup> No atual panorama das Súmulas Vinculantes, está impedida a fazenda municipal de cobrar ISS sobre as operações de locação de bens móveis (Súmula Vinculante n. 31), e a fazenda estadual cobrar ICMS sobre a alienação de salvados de sinistros pelas seguradoras (Súmula Vinculante n. 32).

Nessa linha, a edição da Súmula Vinculante não faz nascer para o contribuinte o direito subjetivo de pleitear a devolução de tributos já pagos em razão de sentença fundada em lei posteriormente declarada inconstitucional e objeto de Súmula Vinculante. Não se trata nem de prevalência da segurança jurídica operada pela coisa julgada sobre o efeito vinculante da Súmula Vinculante, pois esta sequer tem aptidão para produzir efeitos com relação o passado. Falta-lhe eficácia retrospectiva. A Súmula Vinculante só serve ao contribuinte que não tenha discutido em juízo a constitucionalidade da exigibilidade do tributo inconstitucional, a esteja ainda discutindo, ou quando a discussão do crédito esteja na fase administrativa. Caso a fazenda pública lance o tributo a despeito do entendimento objeto de Súmula Vinculante, caberá Reclamação perante o STF<sup>167</sup>.

Finalmente, resta analisar se a Resolução do Senado suspendendo a eficácia da lei inconstitucional pode ser utilizada para fundamentar a pretensão de relativização da coisa julgada inconstitucional tributária.

Conforme se demonstrou anteriormente, a Resolução do Senado Federal confere efeito *erga omnes* à decisão do STF no controle difuso de constitucionalidade. Em sua origem, o *efeito erga omnes* está relacionado à eficácia *ex tunc*, tendo em vista a função de excluir a norma do ordenamento jurídico a norma inválida. No entanto, não existe consenso acerca do alcance temporal da eficácia contra todos operada via resolução, havendo os que defendem a eficácia *ex tunc* e os que defendem a eficácia *ex nunc*.

A solução para esse problema pode ser encontrada a partir da compreensão que se adote a respeito da eficácia temporal do efeito *erga omnes* da decisão declaratória de inconstitucionalidade. Sabendo-se que no STF prepondera o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato produz efeitos *erga omnes ex tunc*, por repúdio à eficácia de normas inconstitucionais e, por conseguinte, dos atos nelas fundamentados, por coerência, é possível concluir que a Resolução do Senado que suspende a eficácia das normas declaradas inconstitucionais no controle concreto produz efeitos *ex tunc*, na medida em que busca emprestar efeitos *erga omnes* à declaração de constitucionalidade proferida no processo subjetivo.

---

<sup>167</sup> Art. 103-A, parágrafo 3º, da Constituição Federal.

O STF, já em julgados antigos, enfrentou exatamente essa questão, sustentando justamente esse entendimento, reconheceu efeitos retroativos à Resolução do Senado que suspende a eficácia da norma inconstitucional<sup>168</sup>. Essa compreensão, todavia, não é unânime na doutrina, havendo aqueles que sustentam a eficácia prospectiva da Resolução, a despeito do que decidiu a Suprema Corte<sup>169</sup>.

Entende-se, por coerência aos argumentos anteriormente desenvolvidos quando se analisou o efeito da declaração de inconstitucionalidade no controle abstrato, no sentido da relação entre o efeito *ex tunc* e a eficácia *erga omnes*, em razão de sua função, ser correta a posição favorável à retroatividade da Resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma inconstitucional.

No entanto, não significa dizer que a Resolução produza efeitos automáticos sobre a coisa julgada, pois, como bem lembra Gilmar Mendes, a eficácia *ex tunc* da Resolução, suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional no controle difuso, está sujeita aos limites da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido<sup>170</sup>, à semelhança do que ocorre com a eficácia *ex tunc* da declaração abstrata de inconstitucionalidade.

Assim como nas decisões no controle abstrato de constitucionalidade, em regra, a retroatividade da decisão há de levar em consideração a segurança jurídica e a ordenação do processo, e, por conseguinte, a coisa julgada, de modo que somente quando se demonstrarem motivos excepcionais que determinem o afastamento da regra da imutabilidade da coisa julgada é que a Resolução do Senado pode servir de fundamento à ação rescisória, à impugnação ou aos embargos à execução. A higidez da autoridade da coisa julgada, em regra, mantém-se ainda diante da força do efeito *erga omnes* da Resolução do Senado.

---

<sup>168</sup> A SUSPENSÃO DA VIGENCIA DA LEI POR INCONSTITUCIONALIDADE TORNA SEM EFEITO TODOS OS ATOS PRATICADOS SOB O IMPERIO DA LEI INCONSTITUCIONAL. CONTUDO, A NULIDADE DA DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO SÓ PODE SER DECLARADA POR VIA DE AÇÃO RESCISÓRIA, SENDO IMPROPRIO O MANDADO DE SEGURANÇA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 430. RECURSO DESPROVIDO. (BRASIL. STF. Terceira Turma. Recurso em Mandado de Segurança 17976. Relator: Min. Amaral Santos,. Julgado em: 13/09/1968, D.J. 26 set. 1969, RTJ vol. 55-03, p. 744)

<sup>169</sup> Nesse sentido MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições rígidas*. São Paulo: José Bushtsky, 1980, p. 211, TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41, o primeiro sustentado que a suspensão da eficácia equivaleria à revogação, produzindo, portanto, os mesmos efeitos, e o segundo afirmando que somente a decisão em ADI retiraria a presunção de constitucionalidade da lei, obrigando o judiciário a deixar de aplicá-la.

<sup>170</sup> MENDES, 1999a.

À semelhança do que se disse a respeito do efeito vinculativo da Súmula Vinculante (no caso, prospectivos), não seriam os efeitos da Resolução em si (ainda que retrospectivos) passíveis de invocação para fundamentar pedido de relativização da coisa julgada, mas sim, em determinadas situações atípicas, a excepcionalidade dos motivos determinantes da decisão a que o Senado entendeu por atribuir efeitos gerais.

### **3 COISA JULGADA TRIBUTÁRIA E INCONSTITUCIONALIDADE**

#### **3.1 DELIMITAÇÃO DAS HIPÓTESES EM QUE HÁ COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

Tem-se reconhecido que o controle de constitucionalidade pelo STF é capaz de gerar diferentes consequências sobre a coisa julgada, de acordo com o sentido da decisão (se declaratória de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade da norma), com o modelo de controle em que foi proferida (se difuso ou concentrado), e com a respectiva eficácia (se *inter partes*, amplificada ou *erga omnes*), bem como com a natureza da causa de pedir ou pedido formulados considerada para se tomar a decisão com autoridade de coisa julgada (se sobre interesses duráveis ou instantâneos do contribuinte).

Diante disso, a partir das conclusões propostas nos capítulos anteriores, torna-se possível sistematizar esses critérios para se concluir sobre a aptidão da decisão do STF para gerar a tal coisa julgada inconstitucional, tendo em vista especialmente as relações jurídicas tributárias.

##### **3.1.1 Critério do sentido da decisão**

No que se aplica ao sentido da decisão do STF no controle de constitucionalidade, tem-se que somente a declaração de inconstitucionalidade é apta a configurar caso de coisa julgada inconstitucional<sup>171</sup>. Isso porque, na declaração de constitucionalidade, apenas se confirma a presunção de validade de que o ato normativo se reveste naturalmente, mantendo inalterado o direito objetivo.

---

<sup>171</sup> Como se verá adiante, mesmo nesse caso, dificilmente isso irá ocorrer.

Essa presunção, naturalmente, é de caráter relativo, posto que em momento algum se impeça o juiz de exercer o controle de constitucionalidade diante do caso concreto.

A presunção de validade da lei revela que, em regra, tanto os indivíduos quanto o intérprete, respectivamente, obedecem ao que determina a lei ou lhe determinam a aplicação, ao passo que somente em casos excepcionais se questiona ou reconhece a invalidade de uma norma. Essa afirmação não perde o sentido nem no contexto das relações jurídicas tributárias, em que frequentemente a inconstitucionalidade serve de fundamento para as demandas, pois embora sirva de causa de pedir às ações propostas, evidentemente, é mais raro recorrer ao judiciário para se questionar a legalidade do pagamento do tributo do que simplesmente arcar com o ônus por ele imposto.

Nesse contexto, a declaração de constitucionalidade da decisão faz apenas confirmar a presunção relativa de validade do ato normativo, em conformidade com o direito objetivo regulador das obrigações tributárias.

Por essa razão, ainda que na decisão individual que ganhou autoridade de coisa julgada tenha sido adotada interpretação diversa daquela estabelecida pelo STF, ou seja, reconheceu-se a inconstitucionalidade do tributo em contrariedade à decisão confirmação da constitucionalidade prolatada pelo STF, pode-se dizer que o grau de desigualdade suportado ente contribuintes é tolerado pelo sistema.

Isso porque a imensa maioria de contribuintes teve suas relações com o fisco reguladas pela norma declarada constitucional pelo STF, ao passo que apenas uma restrita minoria teve sua aplicação afastada pela decisão incidental de inconstitucionalidade. Ou seja, a maioria submeteu-se ao mesmo regime jurídico tributário; regime este compatível com as normas constitucionais.

O risco de desigualdade nesse caso é inerente à coexistência de dois modelos de controle de constitucionalidade (pela via abstrata e pela via concreta) e, ainda, determina, com força de regra, a autoridade da coisa julgada. Logo, a existência de uma medida reduzida de desigualdade entre contribuintes é incapaz de obstar a incidência da inalterabilidade da coisa julgada.

Se formulada uma equação matemática para representar esse caso, ter-se-ia o seguinte:

$$\text{Desigualdade1} = \frac{\text{Minoria relativa}}{\text{-----}}$$

### Maioria absoluta + maioria relativa

Desigualdade 1 representa a desigualdade na declaração de constitucionalidade pelo STF; maioria absoluta representa os contribuintes que não foram a juízo; maioria relativa representa os contribuintes que obtiveram a declaração de constitucionalidade em juízo, ao passo que minoria relativa representa os que foram a juízo e obtiveram a declaração de inconstitucionalidade do tributo.

Para que fique mais evidente o resultado dessa equação, propõe-se, hipoteticamente, substituírem-se os respectivos fatores por: 7 para representar a maioria absoluta (70% dos casos), 2 para representar a maioria relativa (20% dos casos) e 1 para representar a minoria relativa (10% dos casos).

Diante disso, chega-se ao seguinte:

$$\text{Desigualdade1} = \frac{1}{7+2} = 0,11$$

Diferentemente, quando a decisão do STF declara a inconstitucionalidade, no controle abstrato de constitucionalidade ou no controle difuso seguido de Resolução do Senado, há modificação do direito objetivo. Ademais, essa modificação, em regra, opera-se retroativamente, em razão da teoria da nulidade das normas inconstitucionais.

Nesse caso, ao contrário do que ocorria no exemplo anterior, a presunção de validade do ato normativo faz com que a maior parte dos indivíduos tenha suas relações jurídicas regulada de forma diversa daquela que determina o STF e a própria Constituição.

Isso porque, por incidência da eficácia *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, as relações jurídicas travadas sob a égide da norma inconstitucional passam a receber novo regulamento, compatível com a Constituição. Contudo, aqueles casos decididos por decisão com coisa julgada, *a priori*, permanecem inalterados, conquanto a segurança jurídica e a ordenação do processo limitam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido.

Há nesse cenário um número significativo de contribuintes sujeitando-se à decisão confirmatória da validade da norma proferida no controle difuso (ainda que, em termos absolutos, sejam inferiores ao número dos contribuintes que sequer procuraram o judiciário para discutir a validade da exação), recebendo tratamento jurídico tributário diferente daqueles que ou obtiveram judicialmente a declaração de inconstitucionalidade ou sequer foram a juízo discutir a legalidade da cobrança (pagando ou não o tributo), beneficiando-se da eficácia retroativa resultante do efeito *erga omnes*.

Nesse caso, a toda evidência, haverá maior grau de desigualdade no regime jurídico tributário aplicável do que no caso de declaração de constitucionalidade pelo STF.

Ou seja, todos aqueles que se vincularam à sentença com autoridade de coisa julgada em que foi aplicada a norma como constitucional (maioria relativa) recebem tratamento jurídico distinto daqueles que se submeteram à sentença que reconheceu a inconstitucionalidade da norma (minoridade relativa) e dos que não levaram o caso ao judiciário (maioria absoluta).

$$\text{Desigualdade}_2 = \frac{\text{Maioria relativa}}{\text{maioria absoluta} + \text{minoridade relativa}}$$

A desigualdade 2 representa a desigualdade criada pela declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Seguindo os parâmetros anteriores, em termos numéricos, chegaríamos ao seguinte resultado:

$$\text{Desigualdade}_2 = \frac{2}{7 + 1} = 0,25$$

Comparando-se os resultados obtidos, observa-se que a desigualdade, no caso de declaração de inconstitucionalidade, mais do que duplica (adotados os valores hipotéticos de referência), o que permite inferir que ela sempre, em maior ou menor medida, ampliará o nível de desigualdade entre contribuintes.

Ora, a situação de desigualdade mais significativa não deve ser considerada suportada em absoluto pela conjugação dos modelos concentrado e difuso de

controle de constitucionalidade com a coisa julgada, na medida em que viola de maneira mais significativa o princípio da igualdade, consagrado na Carta Constitucional e sobrevalorizado no âmbito das relações jurídicas tributárias, desenvolvidas num contexto de acirrada concorrência.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo STF, em tese, pode servir de argumento para embasar o afastamento da regra da autoridade da coisa julgada, caso se comprove concretamente a dimensão da desigualdade suportada.

Portanto, a primeira conclusão a que se pode chegar é a de que é possível o afastamento da coisa julgada no caso de declaração de constitucionalidade pelo STF, diante do reduzido grau de desigualdade por esta provocado. Diferentemente, quando declarada a inconstitucionalidade da norma tributária pelo STF, é possível que sobrevenham desigualdades em medida não admitida pelo sistema constitucional tributário brasileiro, a serem devidamente comprovadas no caso concreto.

Aplicada essa conclusão ao caso concreto, tem-se o seguinte: caso o contribuinte tenha obtido decisão individual com coisa julgada que declara a inconstitucionalidade da lei tributária, não está autorizada a Fazenda Pública a buscar a rescisão dessa decisão, ainda que tal decisão individual vá de encontro com a decisão do STF que decidiu pela constitucionalidade da exação.

Sob a perspectiva contrária, se a decisão individual julgou inconstitucional benefício fiscal pretendido pelo contribuinte, ainda que o STF lhe declare a constitucionalidade, não poderá o contribuinte pretender a relativização do julgado sob este fundamento.

### **3.1.2 Critério da eficácia da decisão**

#### *3.1.2.1 As diferentes eficácias da declaração de inconstitucionalidade pelo STF*

De acordo com o que se viu no capítulo anterior, em regra, a decisão do STF no controle concentrado de inconstitucionalidade é incapaz de entrar em efetiva colisão com a coisa julgada, tendo em vista que mesmo a eficácia *ex tunc* do efeito *erga omnes* tem seu objeto limitado pela norma que resguarda a coisa julgada, bem como outras concretizações da segurança jurídica.

Da mesma forma, e com ainda maior razão, a decisão no controle difuso de constitucionalidade não entra em conflito efetivo com a coisa julgada, em razão do argumento acima referido, conjugado, ainda com os limites subjetivos da coisa julgada da no processo subjetivo.

Ademais, nos casos de ampliação da eficácia subjetiva da decisão no controle incidental (que não se confundem com a extensão da coisa julgada a terceiros) através da atribuição de efeito vinculante à declaração de inconstitucionalidade proferida no controle concreto, esse efeito só opera prospectivamente, assim, não pode ser invocado para relativizar coisa julgada anterior. Já nos casos de amplificação dos efeitos da decisão no controle concreto por atribuição de efeitos *erga omnes* através de Resolução do Senado Federal, a retroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, à semelhança e pelos mesmos motivos que no controle concentrado, é limitada pela coisa julgada.

Portanto, mesmo no atual modelo de controle de concreto de constitucionalidade, não há que se cogitar, em regra, de inconstitucionalidade na coisa julgada, mesmo que a decisão acobertada pela imutabilidade seja contrária ao juízo de constitucionalidade formulado pelo STF.

Isso não impede, todavia, que, em determinadas situações excepcionais, possa ser rescindida a sentença de mérito transitada em julgado com fundamento na incompatibilidade entre a declaração individual de constitucionalidade que lhe serviu de fundamento e com a declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF.

A exceção à regra da imutabilidade do caso julgado é prevista na própria Constituição na medida em que se refere ao cabimento de ação rescisória, admitindo, implicitamente, que determinados valores sobrepõem-se à própria segurança jurídica. No mesmo sentido, outros meios (como a impugnação ao cumprimento de sentença e os embargos do devedor) que ofereçam proteção aos mesmos valores que servem de suporte à ação rescisória também devem ser admitidos no excepcionamento da autoridade da coisa julgada.

Todavia, essa conclusão não pode ser lida em separado daquela a que se chegou ao fim do item anterior, sob pena de verdadeira supressão da regra que zela pela autoridade da coisa julgada. Ou seja, para que se possa reverter a decisão de mérito transitado em julgado, não basta que haja conflito entre o juízo individual de inconstitucionalidade e a decisão do STF, isso tem de ser capaz de gerar em concreto medida de desigualdade não autorizada pelo ordenamento jurídico.

Assim, tendo em vista especificamente as relações jurídicas tributárias, em que a validade da norma é frequentemente arguida como fundamento, tanto para a inexigibilidade (sob a perspectiva do contribuinte) quanto para a exigência (sob a perspectiva da fazenda pública), não será toda vez que ocorrer incompatibilidade entre a decisão com coisa julgada e a decisão do STF que estará autorizada até mesmo a propositura de demanda tendente a relativização do julgado, mas tão somente quando o prejudicado pela decisão individual for capaz de comprovar que, além de um juízo inconstitucional, teve também de suportar uma elevada desigualdade entre seu regime jurídico tributário, se comparado à sua concorrência.

O nível de desigualdade concretamente experimentado, portanto, serve para calibrar a relevância dos motivos que autorizam a relativização da coisa julgada com fundamento na inconstitucionalidade.

### *3.1.2.2 Relação entre a literalidade da violação à Constituição provocada pela sentença e a eficácia da decisão*

Enquanto exceção à regra constitucional, a propositura de demanda com o objetivo de obstar a incidência da autoridade da coisa julgada depende de fundamentação em motivos que apresentem comprovada relevância no ordenamento jurídico. Através dessa restrição, a um, preserva-se o *status* da norma constitucional que prescreve a imutabilidade do caso julgado; a dois, viabiliza-se um sistema de controle de constitucionalidade que admite os controles concentrado e difuso.

Pode-se reafirmar, portanto, que as situações que autorizam a propositura de ação rescisória revelam princípios tão caros ao direito brasileiro que merecem concretização por regra de exceção capaz de afastar a incidência da regra geral que determina a inviolabilidade da coisa julgada.

Com efeito, dentre as hipóteses de cabimento da ação rescisória, a que aqui interessa, como já se teve a oportunidade de referir anteriormente, é a que prevê a rescindibilidade da sentença em razão da literal violação da lei (art. 485, V, do CPC).

Interessa saber, portanto, quando haverá uma sentença que subverte o texto legal a tal ponto que mereça ser cassada e substituída por novo julgamento de mérito.

Em alguns casos, a jurisprudência é capaz de auxiliar a identificação das sentenças violadoras de literal disposição de lei. É o caso, por exemplo, do que estabelece a Súmula 343 do STF<sup>172</sup>, que prescreve que quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não se configura a violação literal de que depende o afastamento da regra da autoridade da coisa julgada.

O entendimento sumular, todavia, não se aplica aos casos em que a discussão for de índole constitucional, como ocorre no caso em que sobrevém decisão do STF em sentido contrário ao fundamento adotado na sentença trânsita em julgado.

Logo, nem mesmo a inexistência de divergência judicial sobre a questão serve de critério para se identificarem as hipóteses em que é possível o afastamento da coisa julgada.

Essa conclusão já foi incorporada ao entendimento do STJ, em decisões antigas, e também do próprio STF, como se pode observar em arestos desses tribunais, respectivamente:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - INTERPRETAÇÃO DE TEXTO CONSTITUCIONAL - CABIMENTO - SÚMULA 343/STF - INAPLICABILIDADE - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V) - FNT - SOBRETARIFA - LEI 6.093/74 - INCONSTITUCIONALIDADE (RE 117315/RS) - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL SUPERADA - SÚMULA 83/STJ - PRECEDENTES.

- O entendimento desta Corte, quanto ao cabimento da ação rescisória nas hipóteses de declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei é no sentido de que "a conformidade, ou não, da lei com a Constituição é um juízo sobre a validade da lei; uma decisão contra a lei ou que lhe negue a vigência supõe lei válida. A lei pode ter uma ou mais interpretações, mas ela não pode ser válida ou inválida, dependendo de quem seja o encarregado de aplicá-la. Por isso, se a lei é conforme à Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, declare inconstitucional". (Resp 128.239/RS)

- A eg. Corte Especial deste Tribunal pacificou o entendimento, sem discrepância, no sentido de que **é admissível a ação rescisória, mesmo que à época da decisão rescindenda, fosse controvertida a interpretação de texto constitucional, afastada a aplicação da Súmula 343/STF** (Resp. 155.654/RS, D.J. de 23.08.99)

-Recurso especial não conhecido.<sup>173</sup>

<sup>172</sup> Súmula 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

<sup>173</sup> BRASIL. STJ. Segunda Turma. Recurso Especial 36017/PE. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Julgamento: 19 out. 2000. D.J. 11 dez. 2000, p. 00185.

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343. 2. **Inaplicabilidade da Súmula 343 em matéria constitucional, sob pena de infringência à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.** Precedente do Plenário. Agravo regimental a que se nega provimento<sup>174</sup>.

O critério da divergência de interpretação, destarte, não serve à identificação dos casos em que a sentença tributária viola literalmente a Constituição.

Outro possível critério para se determinar o grau de literalidade da ofensa necessário à superação da coisa julgada seria a conformidade da sentença com o próprio entendimento inicial do STF sobre a questão, expresso em decisão cautelar em ADI.

Todavia, nem mesmo esse Tribunal ressalva da violação literal da lei as sentenças que seguiram suas orientações firmadas em sede cautelar, permitindo sua rescisão sob o fundamento do inciso V do art. 485 do CPC. É o que se observa na ementa selecionada:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito ex tunc. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. **Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado.** Agravo improvido. Voto vencido. **Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade**<sup>175</sup>.

Ao que tudo indica, portanto, nos casos em que se pretende relativizar a coisa julgada com fundamento na literal violação da lei pela sentença, curiosamente, a caracterização da literalidade da violação não é encontrada na decisão rescindenda. Pelo contrário, o critério para se definir quando a violação foi literal, no âmbito de discussão de ordem constitucional, é definido ato jurídico que se irá utilizar como fundamento para a rescisão.

<sup>174</sup> BRASIL. STF. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 555806. Relator Ministro Eros grau, Julgamento 1º abr. 2008. *D.J.e-070*, p. 01533.

<sup>175</sup> BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Reclamação n. 2600. Relator Ministro Cezar Peluso, Julgamento 14 set. 2006. *D.J.e-072*, p. 00031.

Assim, segundo as recentes decisões do STJ logo antes citadas e as orientações doutrinárias fornecidas pelos estudiosos do tema, pode-se estabelecer uma relação entre a generalidade dos efeitos do ato com a caracterização da literalidade da ofensa à Constituição provocada pela decisão.

Nesse contexto, tem-se que, em primeiro lugar, as decisões do STF que declaram a inconstitucionalidade da norma no controle concentrado são aptas a tornar literalmente violadoras da Constituição as sentenças com ela contrárias, por sua natural eficácia *erga omnes*. Em segundo lugar, as decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma no controle difuso, mas que são seguidas de Resolução do Senado suspendendo-lhe a eficácia, também tornam a sentença literal violadora da Carta Constitucional, em razão da eficácia *erga omnes* que este ato agrega àquela decisão. Em terceiro lugar, as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade igualmente são capazes de gerar uma literal violação, caso tenham sido proferidas no regime de amplificação de efeitos (como no caso da decisão em sede de repercussão geral ou que resulte na edição de Súmula Vinculante). Em quarto lugar, atos administrativos de efeitos gerais podem gerar violação literal à Constituição, por permitirem aos contribuintes concluir pela inexigibilidade do tributo em razão do reconhecimento de sua inconstitucionalidade pela própria administração pública.

### **3.1.3 Critério do pedido e causa de pedir**

Finalmente, resta analisar a influência do pedido e da causa de pedir veiculados na ação tributária para a definição dos casos em que há ou não coisa julgada inconstitucional.

Nesse sentido, auxilia no deslinde da questão saber se a sentença (em sua necessária correlação com o pedido) pronunciou-se sobre elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica tributária ou sobre elementos temporários e mutáveis<sup>176</sup>, ou, ainda, em outras palavras, se a sentença decidiu sobre interesses duráveis ou instantâneos do contribuinte.

---

<sup>176</sup> GOMES DE SOUZA, Rubens. Coisa julgada. In: REPERTÓRIO enciclopédico do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Borsoi, [198?], p. 298.

### 3.1.3.1 *Decisão sobre elementos mutáveis da relação jurídica tributária*

De início, já se pode afirmar que quando a coisa julgada guardar relação com elementos mutáveis (instantâneos), em regra, deve prevalecer de forma absoluta sobre o caso concreto que lhe serviu de objeto, ainda que sobrevenha juízo de constitucionalidade do STF em sentido contrário.

Isso não ocorre, todavia, com relação a fatos geradores futuros, ainda que idênticos àqueles com relação aos quais foi proposta a demanda, tendo em vista que quando limitado o pedido a interesses instantâneos, a coisa julgada não tem aptidão para produzir efeitos prospectivos, independentemente de haver ou não julgamento posterior do STF sobre a questão.

Nesse caso, em sendo declarada a inconstitucionalidade do tributo pelo STF, não é sequer necessária a propositura de demanda para relativizar a coisa julgada (e é até mesmo inadequada, por falta de interesse processual), haja vista que os fatos geradores posteriores ao trânsito em julgado da sentença não recebem a disciplina jurídica por ela definida, ante sua inaptidão para produzir efeitos com relação ao futuro ou com relação a fatos geradores que não lhe serviram de suporte.

Foi tendo em vista precisamente essas situações que já em 1963 o STF editou a Súmula n. 239, em que definiu que "decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores".

Destarte, diante de interesses mutáveis, limitados a determinado exercício financeiro, a rigor, não há coisa julgada inconstitucional ou criação de desigualdade em medida que não deva ser suportada pelo contribuinte em nome da segurança jurídica e da necessidade de ordenação do processo judicial.

Isso porque, por um lado, a decisão do STF não retroage para lhes alcançar, sob pena de injustificado sacrifício à segurança jurídica operada pela coisa julgada, e, por outro lado, porque a coisa julgada sequer produz efeito com relação ao futuro, por seus limites objetivos, que impõem que sua autoridade não se projete permanentemente ao longo tempo<sup>177</sup>.

Pode-se acrescentar, ainda, o argumento de que o grau de desigualdade de regime jurídico tributário experimentado pelo contribuinte que foi prejudicado pela

---

<sup>177</sup> VALVERDE, 2004, p. 217.

sentença individual que adotou como fundamento a validade do tributo com relação a seus concorrentes que se beneficiaram da decisão do STF reconhecendo a inconstitucionalidade do mesmo é admitido pelo sistema, na medida em que expressa uma desigualdade limitada a um dado período de tempo, e não uma desigualdade permanente e que voltará a se repetir, pois, a partir do início dos efeitos da decisão do STF, todos os contribuintes passarão a submeter-se ao mesmo regime tributário.

A situação, no entanto, não é tão simples como pode parecer inicialmente. Há casos em que, apesar de a relação jurídica tributária objeto da demanda judicial apresentar-se limitada no tempo (interesses mutáveis), submetendo-se, em regra, ao que foi decidido na decisão com coisa julgada, a sentença não chega a produzir ou a exaurir seus efeitos anteriormente à declaração de inconstitucionalidade do STF em sentido contrário ao que foi decidido no processo. Ou seja, antes que o contribuinte pague integralmente o tributo devido, segundo a decisão no processo individual, sobrevém decisão declaratória de inconstitucionalidade contrariando os fundamentos que serviram de base ao comando sentencial. Surge, então, uma verdadeira crise de legitimidade no cumprimento da determinação judicial.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando o contribuinte opta por ingressar em programa de parcelamento de dívidas tributárias, que impedem ou suspendem a execução forçada durante o prazo para o pagamento estabelecido. Com efeito, uma das exigências para o parcelamento é a desistência de ação judicial e a renúncia a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a ação<sup>178</sup>, mediante protocolo de requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do inciso V do caput do art. 269 do CPC.

---

<sup>178</sup> Nesse sentido dispõe a Lei 11.941 de 2009, como se pode observar:

Art. 5º A opção pelos parcelamentos de que trata esta Lei importa confissão irrevogável e irretratável dos débitos em nome do sujeito passivo na condição de contribuinte ou responsável e por ele indicados para compor os referidos parcelamentos, configura confissão extrajudicial nos termos dos arts. 348, 353 e 354 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, e condiciona o sujeito passivo à aceitação plena e irretratável de todas as condições estabelecidas nesta Lei.

Art. 6º O sujeito passivo que possuir ação judicial em curso, na qual requer o restabelecimento de sua opção ou a sua reinclusão em outros parcelamentos, deverá, como condição para valer-se das prerrogativas dos arts. 1º, 2º e 3º desta Lei, desistir da respectiva ação judicial e renunciar a qualquer alegação de direito sobre a qual se funda a referida ação, protocolando requerimento de extinção do processo com resolução do mérito, nos termos do inciso V do caput do art. 269 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, até 30 (trinta) dias após a data de ciência do deferimento do requerimento do parcelamento.

Nesse caso, a regra geral determina o reconhecimento da autoridade da coisa julgada sobre a sentença homologatória da renúncia. Por conseguinte, o contribuinte que opta pelo parcelamento, em sobrevindo decisão do STF com efeitos *erga omnes*, acaba vendo-se obrigado a prosseguir com pagamentos que sabe destituídos de fundamento de validade, sob pena de inscrição em dívida ativa ou prosseguimento da execução fiscal<sup>179</sup>.

Assim, aquele que adere ao parcelamento acaba por arcar com ônus tributário mais significativo do que aqueles que simplesmente não pagaram o mesmo tributo, no mesmo exercício, quer por prosseguirem com a discussão judicial, quer por sequer discutirem em juízo a validade da exação, aguardando inertes à execução fiscal, ou, ainda, do que aqueles que pagaram o tributo independentemente de ação judicial, que poderão ter os valores despendidos recuperados mediante restituição ou compensação. É como se quem negociou o pagamento de supostas dívidas tributárias, com a chancela do juiz, se transformasse em devedor de um tributo que jamais poderia ter sido cobrado pela autoridade da coisa julgada.

Nesse caso, apesar da regra geral de que a autoridade da coisa julgada sobre elementos mutáveis da coisa julgada deve prevalecer sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, é possível reconhecer-se a existência de situação excepcional, cuja fundamentação para o afastamento da regra se dá pelos motivos apresentados na segunda parte deste capítulo.

### 3.1.3.2 *Decisão sobre elementos permanentes da relação tributária*

Por fim, a situação paradigmática de coisa julgada tributária inconstitucional no direito brasileiro verifica-se diante de decisões sobre pedidos relacionados a elementos permanentes e imutáveis da relação tributária, ou seja, sobre os interesses duráveis do contribuinte.

Com efeito, em se tratando de decisão em que a coisa julgada serve não somente para assentar o regime jurídico aplicável a fatos geradores passados, mas

---

<sup>179</sup> Nesse sentido dispõe a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, segundo as alterações determinadas pela Lei 11.941 de 2009, senão vejamos:

Art. 14-B. Implicará imediata rescisão do parcelamento e remessa do débito para inscrição em Dívida Ativa da União ou prosseguimento da execução, conforme o caso, a falta de pagamento:

I – de 3 (três) parcelas, consecutivas ou não; ou

II – de 1 (uma) parcela, estando pagas todas as demais.”

também, e talvez até mesmo principalmente, a futuros fatos geradores, a coisa julgada e a decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF podem entrar em conflito direto.

Nesses casos, o reconhecimento da aplicabilidade irrestrita da autoridade da coisa julgada fundamentada na validade o tributo, a despeito de decisão do STF que declara inconstitucionalidade do mesmo, traz como resultado a convivência simultânea, e por prazo indeterminado, de dois regimes jurídicos incidentes sobre determinadas relações jurídicas tributárias: um aplicado a todos os contribuintes, para quem a norma tributária é inválida, quer pela eficácia *erga omnes*<sup>180</sup>, quer pela eficácia transcendente, da decisão declaratória de inconstitucionalidade do STF, e outro, aplicado apenas aos contribuintes que discutiram a validade do tributo até o trânsito em julgado da decisão, para quem a norma tributária é válida, e, por conseguinte, devido o pagamento do tributo.

Inicialmente, por coerência àquilo que se defendeu até agora, nesse caso também, por consideração à exclusão dos casos julgados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade superveniente, imponderia reconhecer que a própria Constituição já resolveu esse conflito, na medida em que estabeleceu a imutabilidade da coisa julgada como regra. No entanto, seria possível argumentar que a regra poderia ser excepcionada tendo em vista outros valores constitucionais revelados nas hipóteses de cabimento da ação rescisória. Já se disse, contudo, que, dentre os motivos que autorizam a rescisória, só pode ser enquadrada a inconstitucionalidade da norma que serve de fundamento à sentença se a coisa julgada provocar concretamente a um alto grau de desigualdade entre os sujeitos à sua autoridade e os demais, como forma de se compatibilizar a regra da autoridade da coisa julgada com o modelo de controle de constitucionalidade vigente no País.

No caso específico de decisão sobre elementos permanentes da relação jurídica tributária, a coisa julgada qualifica com o selo da imutabilidade o efeito declaratório da decisão (por exemplo, inexistência de relação jurídica tributária, por imunidade ou por isenção), para enquanto vigerem as normas que forem objeto da decisão, ou seja, até quando as normas em questão forem aplicáveis aos fatos geradores praticados pelo contribuinte.

---

<sup>180</sup> Nos casos de controle concentrado ou de resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma inconstitucional (eficácia *erga omnes* da declaração), é possível até mesmo o pedido de devolução ou compensação dos tributos pagos com fundamento na lei inconstitucional.

É necessário perceber, todavia, que a coisa julgada não impede que sejam futuramente alteradas as normas aplicáveis aos fatos que serviram de fundamento à decisão. A coisa julgada é regra que impede o legislativo, o judiciário ou a administração pública de atribuírem efeitos jurídicos novos a fatos passados, mas não os limita com relação ao futuro, sob pena de engessar o ordenamento jurídico ao que uma vez decidiu o poder judiciário. Pensar assim causaria profunda violação à separação dos poderes, além de impedir o direito, como produto da cultura, de se adaptar às novas realidades, ferindo, assim, também ao princípio democrático.

Por essa razão, mesmo nos casos em que se buscou o judiciário para assentar o regime jurídico aplicável tendo em vista o futuro, não está impedida a alteração superveniente do direito.

Ocorre que essa alteração pode ser provocada tanto pelo legislador positivo, como pelo legislador negativo e até mesmo pelo poder executivo, ao editar atos de caráter geral.

Especificamente no que se aplica ao exercício da função de legislador negativo, pode-se dizer que quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma lei tributária, em especial no controle concentrado ou no difuso acompanhado de Resolução do Senado Federal, e também, em certa medida, no controle difuso nos moldes da repercussão geral ou da eficácia vinculante, ele acaba por modificar o direito objetivo. Nos casos em que não há coisa julgada e que a decisão tem efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, essa alteração chega até mesmo a atingir o direito objetivo passado. Diferentemente, nos casos em que já há coisa julgada, apesar de os efeitos da decisão geral encontrarem-se por ela limitados, não há como se negar sua aptidão para modificar o direito objetivo a partir de sua publicação (ou do momento escolhido para que ela passe a produzir efeitos).

Sustentar a incapacidade de decisões de caráter geral de alterar o direito objetivo que foi aplicado em processos diante dos quais foi proferida decisão com autoridade de coisa julgada seria o equivalente a negar a competência do poder legislativo de editar uma nova lei para regular aqueles fatos geradores que foram objeto de coisa julgada, como se essa enrijecesse o direito aplicado pelo poder judiciário ao ponto de torná-lo tão sólido quanto uma cláusula pétrea da Constituição. É nesse sentido que deve ser entendida a limitação da coisa julgada à concretização da segurança jurídica com relação ao passado, ou seja, a coisa julgada veda a retroatividade de novas leis, decisões ou atos administrativos de

alterar o direito objetivo que serviu de causa de pedir em uma demanda judicial. Não impede, todavia, novas demandas que apresentem novas causas de pedir, em outras palavras, a aptidão de um novo direito objetivo de incidir sobre as mesmas circunstâncias fáticas.

Negar a função paralisante da coisa julgada por atos gerais (de índole positiva ou negativa), em última análise, seria o mesmo que, por exemplo, afirmar que não pode ser revogada pelo poder legislativo uma lei que concede isenção fiscal pelo simples fato de que foi utilizada como fundamento para reconhecer a não incidência de um tributo a determinado fato gerador em uma decisão de mérito transitada em julgado, ou, ainda, que para este caso a revogação não teria eficácia, a despeito da extrema desigualdade com relação à concorrência ou aos demais contribuintes individualmente considerados, a qual estaria fundamentada pela autoridade da coisa julgada sobre elementos permanentes da relação tributária.

Por essa razão, a partir do momento em que a decisão declaratória de inconstitucionalidade passe a produzir efeitos gerais (por sua essência ou por meios que a ela se agreguem), cessam os efeitos da coisa julgada, ainda que a decisão tenha por objeto interesses duráveis do contribuinte ou do fisco.

Esse entendimento foi expresso pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional em seu Parecer de N. 492 do ano de 2011, donde se extrai a seguinte passagem:

23. Importa ressaltar, entretanto, que para que um precedente do STF seja capaz de efetivamente alterar ou impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo, faz-se necessário que nele se possa identificar duas características essenciais: primeira – que se trate de decisão que enfrenta uma dada questão constitucional de forma objetiva, resolvendo-a em tese, sem qualquer apego a dados subjetivos da demanda concreta; segunda – que essa decisão, além de objetiva, seja definitiva, ou seja, esteja vocacionada a representar a palavra final da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada. Essas características, quando conjuntamente presentes em um determinado precedente, permite que se considere que o comando nele contido veicula a resolução definitiva da Suprema Corte acerca da questão constitucional apreciada, dando-lhe solução estável, apta a se aplicar à generalidade das situações que, eventualmente, apresentem questão idêntica<sup>181</sup>.

24. E essas duas características, segundo aqui se entende, fazem-se presentes, *ao menos atualmente* (mais precisamente, após 3 de maio de 2007, conforme restará demonstrado mais adiante), nos precedentes do STF formados: (i) em sede de controle concentrado de constitucionalidade

---

<sup>181</sup> BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer n. 492-2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/015.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

das leis ou; (ii) em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, da Resolução de que trata o art. 52, inc. X da CF/887, desde que, nesse último caso, o precedente tenha resultado de julgamento realizado nos moldes previstos no art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC). Ou seja, *nos dias atuais*, impactam o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo, *tanto os precedentes oriundos do Plenário do STF formados em controle concentrado de constitucionalidade, quanto alguns dos seus precedentes formados em controle difuso*, independentemente, nesse último caso, de posterior edição, pelo Senado Federal, da Resolução prevista no art. 52, inc. X da CF/88.

No âmbito do STJ, essa compreensão vem influenciando julgamentos recentes, conforme se observa no julgamento dos Embargos de Declaração e nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 841.818. Nesse caso, é interessante a mudança no entendimento do Ministro relator, que, no julgamento dos Embargos de Divergência havia determinado a cessação dos efeitos da coisa julgada a partir da publicação da decisão na Remessa *Ex Officio* 89.01.16151-6-DF, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ocorrida em 5 de dezembro de 1991, muito anterior à atual configuração do regime de abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. No entanto, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos diante daquela decisão, reviu sua decisão para determinar a paralisação da coisa julgada a partir da publicação da decisão sobre Ação Direta de Constitucionalidade que julgou a validade do mesmo dispositivo, seguindo entendimento firmado no Recurso Especial n. 1.118.893<sup>182</sup>, de Minas Gerais, sob relatoria do Ministro Arnaldo

<sup>182</sup> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSLL. COISA JULGADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88 E DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. SÚMULA 239/STF. ALCANCE. OFENSA AOS ARTS. 467 E 471, CAPUT, DO CPC CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro - CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento.

2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, D.J. 31/8/07).

3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4. Declarada a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua

Esteves Lima, proferido em sede de recurso repetitivo. Confirmam-se trechos selecionados dessa decisão:

24. Devo reconhecer que **na decisão anterior, ora embargada, adotei realmente a igualdade eficaz entre a coisa julgada concentrada (produzida em ADIN pelo STF) e a coisa julgada difusa (produzida em RE pelo STF), atribuindo a esta última a mesma força vinculante daquel'outra decisão suprema; afirmei, em resumo, que as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade teriam o efeito de paralisar a eficácia da coisa julgada anterior, talqualmente as decisões em sede concentrada.**

25. Na verdade, tenho de proclamar – e o faço na ilustre companhia do Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI – que podemos identificar algumas notas distintivas entre (a) a função jurisdicional comumente exercida pelo Poder Judiciário na solução de conflitos de interesses concretizados e (b) a que se desenvolve nos processos de controle abstrato de constitucionalidade (op. cit., p. 42), e que essas notas distintivas, acrescento eu, projetam inevitavelmente diferenças de vulto, a serem observadas nas futuras forças vinculantes respectivas, conforme sejam (a) oriundas de julgamentos concentrados, (b) oriundas de julgamentos submetidos ao procedimento do art. 543-B do CPC, ou (c) oriundas de julgamentos sujeitos ao trâmite próprio do controle difuso.

26. No caso concreto, estou em que **o julgamento do RE 138.284-CE, que foi por mim erigido, na decisão ora embargada, em terminus a quo da perda da eficácia da coisa julgada do REO 89.01.16151-6-DF, do TRF da 1a. Região (DJU 05.12.1991), não tem – e realmente não poderia ter, segundo a doutrina dominante – o alcance que lhe foi emprestado, porquanto não foi proferido em sede de controle concentrado;** ma verdade, o RE 138.284-CE foi julgado em sede de controle difuso, por isso que os seus efeitos são apenas inter partes.

27. **A discussão jurídica sobre o tema da perda de eficácia da coisa julgada, em caso como este, somente veio a se exaurir no Judiciário com o julgamento da ADIN 15 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 01.08.2007); o venerando Acórdão proferido nesse julgamento concentrado do STF tem força vinculante e aplicabilidade erga omnes,**

---

essência.

5. "Afirmada a inconstitucionalidade material da cobrança da CSLL, não tem aplicação o enunciado nº 239 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual a "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores" (AgRg no AgRg nos EREsp 885.763/GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, Primeira Seção, *D.J.* 24/2/10).

6. Segundo um dos precedentes que deram origem à Súmula 239/STF, em matéria tributária, a parte não pode invocar a existência de coisa julgada no tocante a exercícios posteriores **quando, por exemplo, a tutela jurisdicional obtida houver impedido a cobrança de tributo em relação a determinado período, já transcorrido, ou houver anulado débito fiscal. Se for declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo, não há falar na restrição em tela** (Embargos no Agravo de Petição 11.227, Rel. Min. CASTRO NUNES, Tribunal Pleno, *D.J.* 10/2/45).

7. "As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91 e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material" (REsp 731.250/PE, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, *D.J.* 30/4/07).

8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ.

(BRASIL. STJ. Primeira Seção. Recurso Especial n. 1118893/MG, Relator. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Julgamento 23 mar. 2011. *D.J.*e 6 abr. 2011). (grifou-se)

**por isso que a partir do seu trânsito em julgado, tem-se essa controvérsia por encerrada, prevalecendo, porém, os efeitos da res judicata anterior, o trânsito em julgado dessa decisão emergente da Corte Suprema.**

28. No STJ, essa matéria já foi objeto de recurso repetitivo, em julgamento relatado pelo eminente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, que assim pronunciou a preservação dos efeitos da coisa julgada difusa, até que a sua eficácia fosse eliminada por decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade: 1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento. 2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art. 8o., por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9o., em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07). 3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade. (...). 8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ (REsp. 1.118.893-MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 06.04.11).

29. Dest´arte, **impõe-se-me emendar a Decisão ora embargada, para, mantidos os seus fundamentos doutrinários, redemarcar-se o termo inicial da cessação da eficácia da coisa julgada contida no REO 89.01.16151-6-DF, TRF da 1a. Região (DJU 05.12.1991), para ajustá-lo às diretrizes doutrinárias e jurisprudenciais supra-anotadas.**<sup>183</sup>  
(grifou-se)

Ademais, cumpre referir que, mesmo anteriormente à edição das normas que determinaram a amplificação dos efeitos da decisão no controle difuso de constitucionalidade, Marco Aurelio Greco e Helenilson Cunha Pontes destacavam a possibilidade de atos de efeitos gerais, como Decreto do Presidente da República, Parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e Súmula da Advocacia-Geral da União, serem invocados para expressar a definitividade da decisão do STF sobre determinada questão constitucional<sup>184</sup>.

Cunha Pontes, em escrito posterior, afirma ainda que esses atos gerais (nos quais inclui a própria Resolução do Senado Federal, além da Súmula do Advogado-Geral da União e Ato Declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional), a

<sup>183</sup> BRASIL. STJ. Decisão Monocrática. Embargos de declaração nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 841.818 30/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento 19 dez. 2011. *D.J.* 02 fev. 2012.

<sup>184</sup> GRECO, Marco Aurelio; PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da Lei Tributária: repetição do indébito*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 71-72.

partir de sua edição, possuem o efeito extraprocessual de criar o direito subjetivo à reparação dos prejuízos causados pela aplicação do ato normativo inválido a seus destinatários<sup>185</sup>. Essa proposta parece interessante tendo em vista que nessas hipóteses não se poderia cogitar de Reclamação junto ao STF, haja vista que a autoridade de suas decisões não se encontraria diretamente violada, dados os limites subjetivos da decisão no controle difuso, bem ainda em razão de seu descabimento diante de decisões transitadas em julgado. Assim, o reconhecimento de um direito subjetivo à reparação de danos causados pela exigência de créditos tributários que a própria administração pública e/ou o poder legislativo, acompanhando o STF, reconhecem a inconstitucionalidade, se apresenta como um importante instrumento à proteção da confiança do contribuinte, tão importante quanto a própria coisa julgada na densificação da segurança jurídica, e até mesmo à moralidade da administração pública, determinando a observância da boa-fé objetiva em suas ações.

Cumprido referir, por fim, embora não se trate especificamente de tema essencial ao objeto deste estudo, mas a ele intimamente ligado, que o momento específico definido pela jurisprudência do STJ como marco do nascimento do direito à compensação ou à restituição do tributo pago, quando declarado inconstitucional pelo STF. A Primeira Seção do STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 423.994 de Minas Gerais<sup>186</sup>, assentou na data da publicação da decisão declaratória de inconstitucionalidade proferida no controle concentrado, ou, então, da publicação da Resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma inconstitucional, quando assim declarada no controle difuso, como marcos iniciais da prescrição (ou decadência, conforme o caso) para reaver os tributos pagos em desconformidade com a Constituição.

Prevaleceu, aí, o argumento formulado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, donde se extrai a seguinte passagem:

Na hipótese de ser declarada a inconstitucionalidade da exação e, por isso, excluída do ordenamento jurídico desde quando instituída, como ocorreu com os Decretos-leis n.ºs. 2.445 e 2.449, que alteravam a sistemática da contribuição para o PIS (RE 148.754/RJ, D.J. 04.03.94), penso que a prescrição só pode ser estabelecida em relação à ação e não com

---

<sup>185</sup> PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa julgada tributária e inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 64-65.

<sup>186</sup> BRASIL. STJ. Primeira Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial 423994/MG, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Julgamento 8 out. 2003. *D.J.* 5 abr. 2004, p. 000194.

referência às parcelas recolhidas porque indevidas desde a sua instituição, tornando-se inexigível e, via de conseqüência, possibilitando a sua restituição ou compensação. Não há que perquirir se houve ou não homologação. O prazo prescricional só pode ser considerado para efeito do ajuizamento da ação, contado a partir do trânsito em julgado do acórdão do STF que declarou a inconstitucionalidade da exação.

Conforme o Ministro Relator, o nascimento do prazo prescricional, no caso de declaração de inconstitucionalidade do STF a que se hajam atribuído efeitos gerais só se dá quando da publicação do ato que confere efeitos gerais à decisão, pois ante a nulidade do ato, não haveria que se cogitar ou não da respectiva homologação.

Com a devida vênia, parece mais acertada a posição defendida pelo Ministro Teori Zavaski, segundo a qual a declaração de inconstitucionalidade não influi sobre o prazo prescricional da repetição do indébito tributário, tendo em vista a natureza declaratória da decisão no controle de constitucionalidade. Dessa forma, mesmo quando declarada a inconstitucionalidade do tributo, devem-se aplicar as regras sobre a contagem do prazo prescricional estabelecidas pelo CTN. Confira-se a respeito elucidativa passagem do voto vista do Ministro Zavaski:

[...] se a situação concreta decorrer do ato do contribuinte de pagar uma exação tributária declarada inconstitucional, a via comum para o ajustamento dela será a prevista no sistema ordinário: a repetição do indébito ou, nos casos em que a lei autorizar, a via da compensação, na forma e nos prazos previstos. A existência, ou a possibilidade de existência, de uma ação de controle abstrato não constitui, nem pode constituir, causa de suspensão ou de interrupção do prazo prescricional (ou, segundo alguns, decadencial) para a propositura da ação repetitória. Tal causa suspensiva ou interruptiva somente se configuraria se, no processo de exame concentrado, tivesse havido concessão de liminar determinando a aplicação da norma depois declarada inconstitucional. É que, nesse caso, por força da eficácia *erga omnes* e vinculante da liminar, estaria o contribuinte inibido de alegar o vício em ação a repetição do indébito. Não se configuraria, em outras palavras, o requisito da *actio nata*.(...)

Por tais razões, não se pode justificar, do ponto de vista constitucional, a orientação segundo a qual, relativamente à repetição de tributos inconstitucionais, o prazo prescricional somente corre a partir da data da decisão do STF que declara a sua inconstitucionalidade. Isso significaria, conforme já se disse, atribuir eficácia constitutiva àquela declaração. Significaria, também, atrelar o início do prazo prescricional não a um *termo* (= fato futuro e *certo*), mas a uma *condição* (= fato futuro e *incerto*). Não haveria termo *a quo* do prazo, e sim condição suspensiva. Isso equivale a eliminar a própria existência do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 168 do CTN, já que, sem termo "a quo", o termo "ad quem" será indeterminado. O prazo prescricional será incerto, aleatório e eventual, já que, se ninguém tomar a iniciativa de provocar juridicamente a declaração de inconstitucionalidade, não estará em curso prazo prescricional algum, mesmo que o recolhimento do tributo indevido tenha ocorrido há cinco, dez ou vinte anos.

Diante disso, impende reconhecer que mesmo aqueles contribuintes que não discutiram em juízo a validade da norma tributária posteriormente declarada inconstitucional pelo STF não poderão se beneficiar da eficácia retroativa da decisão infinitamente. Não se pode olvidar, no entanto, a despeito da nulidade da norma inconstitucional, a importância do papel do instituto da prescrição na concretização da segurança jurídica. Nesse sentido, não se pode emprestar à eficácia retroativa da decisão do STF o efeito de ressuscitar situações jurídicas consolidadas pela prescrição, mormente porque em conformidade com o direito objetivo ao tempo de sua ocorrência.

## 3.2 COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM RELAÇÕES JURÍDICAS TRIBUTÁRIAS

### 3.2.1 Declaração de inconstitucionalidade pelo STF com efeito *erga omnes* anterior ao exaurimento dos efeitos de sentença sobre elementos mutáveis da relação tributária

Conforme se teve a oportunidade de abordar exhaustivamente em passagens anteriores, segue sendo aplicada no Brasil a regra geral de que a decisão de inconstitucionalidade retroage *ex tunc* e possui natureza declaratória, deflagrando a ineficácia da lei inconstitucional desde a sua entrada em vigor (nulidade<sup>187</sup> *ab initio*)<sup>188</sup>. Salientou-se também que caso a lei inconstitucional haja sido objeto de sentença de mérito transitada em julgado, em respeito à segurança jurídica e à ordenação do processo, a coisa julgada não deve ser desconsiderada automaticamente em toda e qualquer situação, mas, tão somente em situações absolutamente excepcionais em que se justifique o afastamento da regra.

Nesse contexto, cumpre analisar a situação da coisa julgada quando sentença de cuja autoridade ela revestiu não observa *anterior* decisão do STF no sentido da inconstitucionalidade do tributo.

Com efeito, o reconhecimento da inconstitucionalidade pelo STF, em controle de constitucionalidade abstrato ou concreto, seguido de Resolução do Senado

---

<sup>187</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a, p. 293.

<sup>188</sup> Observados os prazos de decadência e prescrição.

Federal (decisões com efeito *erga omnes*) declaram a impertinência da norma inconstitucional ao ordenamento jurídico, mas não obstam a sua eficácia para servir de fundamento a decisões judiciais de mérito transitadas em julgado, em razão dos limites impostos pela regra constitucional protetiva da autoridade da coisa julgada.

Todavia, em determinadas situações excepcionais, é possível reconhecer-se a aptidão da eficácia *erga omnes* e retroativa da decisão do STF para atingir as decisões de mérito com autoridade de coisa julgada quando ainda não hajam cessado de se produzir os efeitos daquela sentença, a partir do momento da publicação do ato que confere efeitos *erga omnes* à declaração. O melhor exemplo para essa situação, no âmbito do direito tributário, apresenta-se nas hipóteses de parcelamento das dívidas fiscais.

Imagine-se que o lançamento do tributo ocorreu em período anterior à declaração de inconstitucionalidade pelo STF. Naquele momento, a norma encontrava-se revestida de sua natural presunção de validade, de modo que não se pode cogitar de ilegalidade no ato que constitui a dívida ativa. Discordando da exigibilidade do tributo, o contribuinte não realiza o pagamento, e discute sua constitucionalidade em juízo (em ação anulatória ou em embargos à execução). No entanto, acaba optando por ingressar em programa de parcelamento do débito tributário. Antes de quitar as parcelas supostamente devidas perante o fisco, o STF reconhece a inconstitucionalidade do tributo, proferindo decisão com efeitos *erga omnes*.

Nesse caso, admitir que seja devida a continuidade dos pagamentos até a efetiva quitação da suposta dívida pressupõe atribuir à autoridade da coisa julgada a aptidão para suspender, diante de determinado caso concreto, a própria vigência da Constituição, porquanto pressupõe a eficácia, mesmo após decisão do STF dotada de efeitos *erga omnes*, de norma incompatível com o fundamento de validade do ordenamento<sup>189</sup>.

---

<sup>189</sup> Atualmente, mesmo decisões do STF proferidas no controle concreto sem efeitos *erga omnes*, mas dotadas de eficácia geral, como nos casos em que há Súmula Vinculante, ou declaração de inconstitucionalidade no regime da repercussão geral, já impedem o juiz de realizar aplicar a norma anteriormente declarada inconstitucional pelo STF. Assim, a partir do início da vigência do regime da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, em qualquer caso em que haja decisão anterior do STF sobre a invalidade de determinada norma jurídica, e a sentença a desconsidere essa decisão, há indiscutivelmente violação dos ideais de rigidez e supremacia da Constituição. No entanto, nessas hipóteses não se pode cogitar de ofensa ao princípio da legalidade, pois, a despeito de produzir efeito vinculativo para o poder judiciário e para a administração pública, sem Resolução do Senado Federal, elas não tem o efeito de declarar a impertinência da norma no ordenamento.

Se normalmente essa situação já se apresenta grave, no contexto das relações tributárias, ela é absolutamente inadmissível. Isso porque a Constituição é quem define a estruturação do sistema tributário nacional, quando estabelece, por um lado, as competências tributárias e, por outro, os limites ao exercício do poder de tributar.

Ora, dentre as mais importantes limitações ao poder de tributar encontra-se o princípio da legalidade<sup>190</sup>. A Constituição de 1988 elegeu a lei como exclusivo ato jurídico capaz de criar obrigações de natureza tributária. A escolha apresenta-se naturalmente a um Estado Constitucional de Direito, pois, como bem recorda Roque Carraza, sendo a lei a expressão da vontade geral, porquanto editada pelos representantes do povo, encontra-se em situação privilegiada com relação aos atos dos demais poderes<sup>191</sup>. Ademais, também o princípio democrático indica ser a lei o mais adequado veículo para a criação de tributos, porque, através da representação no parlamento, o povo adquire legitimidade regulamentar para sua sujeição à carga tributária<sup>192</sup>.

Sob essa perspectiva, exsurge o art. 150, I, da Constituição, para estabelecer o tributo como obrigação de natureza *ex lege*. Daí resultam ao menos duas consequências fundamentais. A primeira é a de que o nascimento do crédito tributário em favor do Estado independe da vontade do contribuinte, bastando a ocorrência do fato gerador. Nesse sentido, a lei atua como substituto do papel desempenhado pela vontade das partes na obrigação privada<sup>193</sup>, servindo como vínculo necessário para o surgimento da relação obrigacional tributária entre o contribuinte e o Estado. Já a segunda consequência da legalidade tributária é a de que os elementos essenciais<sup>194</sup> da obrigação tributária devem estar previstos em lei, para que se legitime a interferência do poder estatal no patrimônio do particular, seja instituindo tributos, seja majorando-os.

---

<sup>190</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

<sup>191</sup> CARRRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 238.

<sup>192</sup> TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário: Steuerrecht*. 18. ed. Porto Alegre: Fabris, 2008, v. 1, p. 236.

<sup>193</sup> CARRRAZA, op. cit., p. 243.

<sup>194</sup> São eles os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional, conforme pontua Paulo de Barros Carvalho. A previsão necessária destes elementos através de lei é que caracteriza a tipicidade tributária. (CARVALHO, Paulo Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 157)

A legalidade tributária, ademais, afeta a todos os poderes do estado envolvidos na arrecadação de tributos, e não somente o poder legislativo<sup>195</sup>. Atento a esse fato, Aliomar Baleeiro ensina que os princípios constitucionais tributários não se restringem somente à distribuição da competência tributária (instituição de tributos), mas alcançam também as limitações ao exercício do poder de tributar<sup>196</sup>.

Nesse aspecto, é acompanhado por Humberto Ávila, que destaca que “a reserva constitucional de lei é vinculante para todos os poderes estatais: ela deve ser observada tanto para a instituição e aumento quanto para a fiscalização e cobrança de tributos<sup>197</sup>”.

À legalidade, portanto, importa que o legislador defina em lei os elementos da obrigação tributária, que a administração tributária aplique a lei tributária e o que o judiciário aplique a lei tributária contenciosamente. Desta forma, os três poderes do estado sofrem a incidência da limitação constitucional ao poder de tributar referente à legalidade.

Ora, quando há decisão do STF dotada de efeitos *erga omnes* no sentido da inconstitucionalidade da lei tributária, a rigor, qualquer ato posterior que desconsidere essa decisão, aplicando a norma inconstitucional, no caso, exigindo o restante das parcelas objeto de parcelamento ou retomando execução fiscal, será inválido.

Se a declaração de inconstitucionalidade retroage *ex tunc*, alcançando a vigência de lei desde o seu nascimento, e importa no reconhecimento da nulidade da lei inconstitucional, como se admitir a aptidão de uma lei tributária inconstitucional à formação de obrigações ligando o contribuinte ao Estado, se esse ato, a partir da decisão do STF, sequer pode ser considerado como lei em sentido próprio?

Diante dessa situação, nem a coisa julgada poderá salvar a continuidade da exigência do crédito tributário, tendo-se em vista a gravidade do vício da sentença. A declaração de inconstitucionalidade anterior ao exaurimento dos efeitos da sentença importa que todo ato posterior que determine a aplicação da norma constitucional viole diretamente a Constituição por inobservância da regra da legalidade

Nesse sentido, a exigência de parcelas de dívida tributária fundada em norma declarada inconstitucional provoca ingerência estatal no patrimônio do particular fora

---

<sup>195</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 90.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p.90.

<sup>197</sup> ÁVILA, 2006, p. 122.

dos limites estabelecidos pelo constituinte federal. Trata-se, portanto, de interferência do poder público em direito fundamental do indivíduo injustificável sob a perspectiva constitucional, nem mesmo através da regra da coisa julgada.

Se o poder de tributar emana exclusivamente da Constituição, que estabelece competências específicas a cada um dos poderes estatais na instituição, fiscalização e arrecadação de tributos<sup>198</sup>, toda vez que exercido esse poder fora de seus limites, há violação aos direitos fundamentais do contribuinte.

A certidão de dívida ativa que serve de fundamento à renúncia homologada pela sentença transitada em julgado amparada em lei declarada inconstitucional perde sua eficácia a partir da declaração de inconstitucionalidade do STF com efeitos *erga omnes*. Isso pode ser justificado até mesmo no CTN, porquanto em seu art. 202 estabelece, dentre os requisitos para inscrição, a indicação no termo da “origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado<sup>199</sup>”:

Ora, a partir do momento em que passem a faltar (ou se torne irregular) quaisquer dos elementos essenciais da certidão, dentre os quais, evidentemente, a lei que fundamenta a inscrição, perde a eficácia o título executivo, por nulidade<sup>200201</sup>,

<sup>198</sup> Cumpre referir que as limitações ao poder de tributar não somente instituem restrições ao poder de estatal, mas também tem a aptidão de em alguns casos criar condições ao exercício do poder de tributar. Como exemplo temos que para que a administração tributária possa exercer seu poder fiscalizatório tem de seguir o procedimento estabelecido nos atos normativos secundários que disciplinam a forma que deve observar a atividade de fiscalização. Por outro lado, o estabelecimento de instruções para a realização dos procedimentos de fiscalização dos tributos legitimam a intervenção da administração na esfera do particular para que possa verificar a ocorrência do fato gerador da exação. Sobre o assunto, confira-se Humberto Ávila. (ÁVILA, 2008b, p. 71-72).

<sup>199</sup> Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

<sup>200</sup> Art. 203. A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada.

<sup>201</sup> Confira-se, a respeito, decisão do TRF da 5ª região: “CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A REMUNERAÇÃO DOS ADMINISTRADORES E AUTÔNOMOS. INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO Nº 14 DO SENADO FEDERAL. EFEITOS EX TUNC. NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO FISCAL.

gerando também o afastamento da presunção de liquidez e certeza, que lhe confere o art. 204 do CTN<sup>202</sup>.

Ademais, a orientação no sentido da aferição da certeza e liquidez da dívida ativa pela autoridade administrativa guarda estreita correlação com as especificidades do processo executivo, mediante o qual são cobrados tais débitos, pois nele é superada a etapa de formação cognitiva, em nome de uma maior celeridade para a satisfação dos interesses do credor.

Destarte, somente na presença de um título executivo de idoneidade assegurada é que se pode aceitar a persecução imediata do patrimônio do devedor sem lesão a direitos fundamentais. Nesse sentido, o CPC estabelece que "a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível<sup>203</sup>".

O fundamento legal da dívida, imposto pelo inciso III do art. 202 do Código Tributário Nacional, apresenta estreita correlação com o requisito de certeza determinado pelo Código de Processual Civil. Nesse sentido, leciona Araken de Assis que a obrigação certa a que se refere o legislador processual é aquela que revela crédito existente (plano da existência)<sup>204</sup>. Por outro lado, a fundamentação legal da dívida tributária relaciona-se à validade da obrigação fiscal, ante a exigência constitucional de legalidade (plano da validade), influenciando, por consequência, sobre a exigibilidade do título.

Por essa razão, somente quando amparada por uma lei válida é que a dívida reunirá a certeza e exigibilidade necessárias para que possa ser cobrada mediante um processo de natureza executiva. Logo, toda vez que a obrigação revelada pela Certidão de Dívida Ativa carecer de fundamento legal válido, não será admissível

---

1. **O STF declarou a inconstitucionalidade das expressões autônomos, administradores e avulsos**, constantes do art. 3º, I, da Lei 7.787/89 e do art. 22, I, da Lei nº 8.212/91, as quais vieram a ser expurgadas do ordenamento jurídico pela Resolução n.º 14/95 do Senado Federal, que produz efeitos *ex tunc*.

2. **A CDA expedida para a cobrança da contribuição social sobre a remuneração de autônomos, administradores e avulsos é, portanto, nula desde a sua origem.**

3. Mantida a verba honorária, fixada em 3% sobre o valor da execução (art. 20, parágrafo 4.º, do CPC).

4. Apelação e remessa oficial improvidas." (grifou-se) (BRASIL. TRF 5ª Região. Quarta Turma. Apelação Cível nº 248486. Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre. *D.J.* 16 ago. 2006, p. 1114).

<sup>202</sup> Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

<sup>203</sup> Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006.

<sup>204</sup> ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 150.

sua cobrança pela via executiva, por carecer da certeza e da exigibilidade obrigação que pretende demonstrar. E isso se aplica também a hipótese em que a fazenda pretenda prosseguir com a execução fiscal ante o inadimplemento pelo contribuinte de parcela referente ao pagamento de tributo inconstitucional.

Seguindo essa mesma linha, pode-se concluir que também perde a eficácia a confissão do contribuinte no sentido de reconhecer a dívida com relação a determinado tributo a partir do momento em que reconhecida a inconstitucionalidade do mesmo pelo STF em decisão com efeitos *erga omnes*. Isso porque, dada a nulidade da lei, ter-se-ia de admitir que a obrigação foi criada apenas pela confissão, hipótese não prevista no ordenamento brasileiro.

A confissão do contribuinte relacionada a crédito tributário cuja norma que o fundamenta é declarada inconstitucional não substitui a exigência de que o tributo esteja previsto em lei, e lei válida, que o faça exigível. Por conseguinte, a confissão, tal qual a lei que origina o tributo, é igualmente nula. Precedentes dos Tribunais Federais da 1ª, 3ª e 4ª Região têm demonstrado entendimento favorável a essa compreensão, como se pode observar:

TRIBUTÁRIO. PRO LABORE. LEI N. 7.787/89, ART. 3º, I. LEI 8.212/91. ART. 22, I. INCONSTITUCIONALIDADE. COMPENSAÇÃO. LIMITE. NULIDADE.

1. A Resolução n. 14/95 do Senado Federal suspendeu a execução da expressão 'avulsos, autônomos e administradores' contida no inciso I do art. 3º da Lei 7.787/89, declarado inconstitucional pelo eg. STF (RE n. 177.296-4/210).

2. O inciso I do art. 22 da Lei 8.212/91 foi declarado inconstitucional pelo eg. STF (ADIN 1102-2).

[...]

**5. Padece de nulidade o Termo de Confissão de Dívida Fiscal mediante o qual se negocia dívida oriunda de exação declarada inconstitucional pelo STF.**

[...]

7. Recurso provido, em parte.<sup>205</sup>

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. **AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DÉBITO. NULIDADE.** Conquanto a existência de confissão da dívida possa depor contra a alegação de desconhecimento da composição do débito pela embargante, a enunciação genérica de dispositivos legais que dariam suporte ao débito (alguns sequer efetivamente aplicáveis, visto que já revogados à época da ocorrência do fato gerador) **suscita dúvida quanto à inclusão de parcelas indevidas e até a exigência de exações cuja inconstitucionalidade já tenha sido declarada. A confissão e o parcelamento não asseguram a regularidade do débito, pois o que o contribuinte confessa é o fato da inadimplência, e não um valor devido**

<sup>205</sup> BRASIL. TRF 1ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível nº 199701000310026. Relator: Juiz Eustáquio Silveira. *D.J.* 3 set. 1999, p. 71.

(este, de rigor, calculado pelo próprio Fisco). Além disto, o que se executa não é o valor admitido originalmente pela embargante, mas o saldo do parcelamento inadimplido, sobre o qual, por certo, incidiram novos encargos moratórios.<sup>206</sup>

Seguindo essa mesma linha, precedentes apontam ofensa à legalidade e ao postulado da razoabilidade como causa de nulidade de cláusulas contratuais pelas quais os contribuintes se obrigam irretratavelmente a não mais discutir dívida tributária, bem com renunciar a possíveis discussões a seu respeito. Diante disso, reconhecem o direito à garantia de acesso ao judiciário para fazer valer seus direitos fundamentais. Nessa linha, observem-se as ementas colacionadas:

TRIBUTARIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PRO-LABORE. INC-1 DO ART-3 DA LEI-7787/89 E INC-1 DO ART-22 DA LEI-8212/91. CONFISSÃO DE DIVIDA FISCAL. NULIDADE DE CLAUSULAS CONTRATUAIS. ADMISSIBILIDADE. 1. O EGREGIO **STF NO RE N. 166.772-9/RS DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO AUTONOMOS E ADMINISTRADORES, CONTIDA NO INC-1 DO ART-3 DA LEI-7787/89.** 2. TAMBEM O PRETORIO EXCELSO, POR MAIORIA DE VOTOS, JULGOU PROCEDENTE A ADIN N. 1102-94/DF, DECLARANDO A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PALAVRAS 'EMPRESARIOS' E 'AUTONOMOS', CONTIDAS NO INC-1 DO ART-22 DA LEI-8212/91. 3. **SÃO NULAS AS CLAUSULAS CONSTANTES DE CONTRATO DE CONFISSÃO DE DIVIDA FISCAL QUE ATRIBUEM A CONFISSÃO O CARATER DE IRRETRATABILIDADE E ONDE O DEVEDOR RENUNCIA A QUALQUER CONTESTAÇÃO QUANTO AO VALOR DO DEBITO PARCELADO.** 4. A OBRIGAÇÃO TRIBUTARIA RESULTA DA LEI, NÃO TENDO VALIDADE O CREDITO TRIBUTARIO QUE DELA SE AFASTA.<sup>207</sup> (grifou-se)

TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO ESPECIAL. LEI Nº 10.684/03. CLÁUSULAS. ACESSO AO JUDICIÁRIO. - **O parcelamento de débitos fiscais depende de lei que o autorize, sendo que esta pode estabelecer condições e requisitos para a sua concessão, desde que sustentados em critérios razoáveis,** que atendam ao interesse público sem ofender os direitos fundamentais. - Não estão estabelecidos, na Lei 10.684/03/03, a **desistência das ações quanto aos tributos devidos e a renúncia aos respectivos direitos como condição genérica para a adesão ao parcelamento especial, além do que tal exigência apresentar-se-ia inconstitucional, na medida em que estaria implicando violação inadmissível à própria noção de tributo (obrigação "ex lege", conforme definição constante do art. 3º do CTN e que traduz a concepção constitucional de tributo ancorada também no art. 150, I, da CF) e à garantia de acesso ao judiciário (art. 5º, XXXV, da CF).**<sup>208</sup> (grifou-se)

<sup>206</sup> BRASIL. TRF 4ª Região. Primeira Turma. Apelação Cível nº 2001.04.01.020569-3. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. *D.J.* 08 mar. 2006, p. 506.

<sup>207</sup> BRASIL. TRF 4ª Região. Segunda Turma. Apelação Cível nº. 95.04.19433-8. Relatora: Tânia Terezinha Cardoso Escobar. *D.J.* 20 dez. 1995, p. 88874.

<sup>208</sup> BRASIL. TRF 4ª Região. Primeira Turma. Agravo Regimental na Remessa Ex Officio nº. 2000.04.01.134832-0. Relator Leandro Paulsen. *D.J.* 05 nov. 2003, p. 783.

O entendimento sobre a ineficácia da confissão para fundamentar a obrigação do contribuinte de promover a quitação das parcelas faltantes em programa de parcelamento especial também já vem influenciando a jurisprudência do STJ, de acordo com o que se observa na ementa selecionada:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. IRREGULARIDADE DA CDA. OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DE SÓCIOS, DIRETORES E/OU GERENTES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES.

**1. É ilíquida a CDA erigida em função de saldo de débito fiscal confessado pelo contribuinte, cujo parcelamento não foi totalmente adimplido, mas no qual se insere a cobrança de contribuição declarada inconstitucional.**

2. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a responsabilidade substitutiva, prevista no art. 135, III, do CTN, para sócios, diretores ou gerentes só ocorre quando comprovada a prática de ato ou fato com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou estatuto, ou, ainda, se houver dissolução irregular da sociedade.

3. Recurso especial conhecido e provido.<sup>209</sup>

Diante do exposto, não resta dúvida de que a declaração de inconstitucionalidade pelo STF *anterior* ao exaurimento dos efeitos da sentença que adota como fundamento a norma inconstitucional constitui motivação suficiente para o afastamento da regra da imutabilidade da coisa julgada, podendo ser utilizada como fundamento para obstar o pagamento de parcela de dívida fundada em norma tributária inconstitucional.

No entanto, cabe a ressalva de que esse argumento não deve ser utilizado indiscriminadamente, para que não se passe a utilizar o parcelamento como forma de garantir a prevalência absoluta da decisão do STF em detrimento do controle difuso de constitucionalidade. Caso a caso, há que se analisar quando a limitação da autoridade da coisa julgada deve ser também limitada<sup>210</sup>.

### **3.2.2 Declaração de inconstitucionalidade pelo STF com efeitos gerais posterior à sentença sobre elementos imutáveis da relação tributária**

<sup>209</sup> BRASIL. STJ. Segunda Turma. Recurso Especial n°. 258565/RS. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgamento 20 ago. 2002. *D.J.* 14 out. 2002, p. 199.

<sup>210</sup> Se verificado, por exemplo, que o contribuinte é devedor contumaz perante a Fazenda Pública, que somente paga suas dívidas mediante parcelamento, viabiliza-se a conclusão de que está se utilizando dos argumentos expostos para garantir sua sujeição tão somente às decisões no controle concentrado de constitucionalidade. Nessa hipótese, não se pode admitir o excepcionamento da coisa julgada, impondo-se o pagamento do tributo, como forma de preservação da segurança jurídica e do controle difuso de constitucionalidade.

A situação ora enfrentada é substancialmente diversa do caso em que a decisão é anterior ao exaurimento dos efeitos da sentença. Como se viu, quando a decisão do STF é anterior ao esgotamento dos efeitos da sentença, a manutenção da autoridade da coisa julgada a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, com efeitos *erga omnes*, acaba provocando violação ao princípio da legalidade tributária.

Diferentemente, *a priori*, quando o STF declara a inconstitucionalidade de uma norma tributária posteriormente à consolidação dos efeitos da sentença, a coisa julgada limita os efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da decisão. Ademais, caso a decisão haja sido proferida em controle difuso, se proferida no regime de amplificação, este logicamente só se impõe *pro futuro*.

Nessa hipótese, a procedência do pedido em demanda para a modificação de coisa julgada anterior, com fundamento em posterior decisão do STF, ainda que em alguma medida diminua o alcance do princípio da legalidade tributária, já que mitiga a eficácia geral da decisão, o faz com sustentáculo em regra constitucional que demonstra a preferência do constituinte pela segurança jurídica em detrimento da própria legalidade. Por essa razão, diferentemente do que ocorre quando a sentença não cessou de produzir efeitos, a ofensa ao princípio da legalidade tributária não se mostra suficiente ou mesmo adequada para justificar a relativização da coisa julgada, uma vez que a eficácia de sentença independe da aplicação de norma inconstitucional, pois que esgotada ao tempo em que seu fundamento gozava de presunção de legalidade.

Isso não impede, todavia, que, no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade (seja ela com efeitos *erga omnes* ou meramente amplificados) possa causar um conflito entre a coisa julgada e outras normas constitucionais, capazes, inclusive, de justificar o afastamento da regra da imutabilidade, dentro da mesma hipótese do art. 485 do CPC, qual seja, a violação literal da lei pela sentença.

Também o princípio da igualdade tributária<sup>211</sup> pode, com o devido cuidado, ser invocado para fundamentar pedidos para restringir a autoridade da coisa julgada

---

<sup>211</sup> Constituição Federal:

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

(formulados em ação rescisória, impugnação ao cumprimento de sentença ou embargos do devedor). Isso dependerá, todavia, de que a incidência da regra da imutabilidade da coisa julgada gere situação de desigualdade extrema entre contribuintes em face de superveniente decisão do STF declarando a inconstitucionalidade da norma que serviu de fundamento àquela sentença. A dimensão dessa situação de desigualdade tem de se apresentar de tal maneira teratológica que não possa ter sido considerada pelo constituinte quando estabeleceu a coexistência entre o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, a imutabilidade da coisa julgada e o princípio da igualdade tributária.

A identificação dos casos de inadmissível desigualdade entre os regimes jurídicos tributários entre contribuintes criadas pela manutenção da coisa julgada exige, primeiramente, estabelecer em que consiste o princípio constitucional da igualdade tributária<sup>212</sup>.

Ao princípio da igualdade vem sendo reconhecido conteúdo próprio. Nesse sentido, a igualdade vai além de garantir a aplicação de determinada norma de direito substancial ou de estabelecer o dever de tratar igualmente os iguais, e

---

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

<sup>212</sup> Tendo em vista o ambiente em que se dão as relações jurídicas de natureza tributária, em que há sempre preocupação com a repercussão econômica dos fatos, contabilizados nos custos do contribuinte considerados para desenvolver suas atividades, impende reconhecer uma íntima relação entre a igualdade tributária e a liberdade de concorrência. Nesse sentido, em regra, quando se institui tratamento desigual entre os contribuintes de determinado setor, provoca-se uma situação de quebra da liberdade de concorrência. Ou seja, a criação de desigualdades é fator indicativo de restrição na liberdade concorrencial. Ocorre que, apesar dessa conexão entre a igualdade tributária e a livre concorrência, não se pode negar que esta apresenta também um conteúdo próprio. A liberdade de concorrência constitui espécie do gênero liberdade de iniciativa, que depende de ações, inclusive do poder público, que garantam a igualdade entre os agentes no universo das relações econômicas, especialmente no que se aplica ao combate de abusos do poder econômico. Serve, portanto, para regular o funcionamento do mercado, permitindo que os agentes concorram em situações de igualdade. Sobre o assunto, são sempre válidas as considerações de Eros Roberto Grau, das quais se destaca a seguinte: “a liberdade de concorrência é, fundamentalmente, uma liberdade privada e se apresenta dotada de caráter positivo, expressando-se como direito a que o abuso (deslealdade) da liberdade de comércio e indústria não comprometa o funcionamento regular dos mercados.” (GRAU, Eros Roberto. Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa.” *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, 1993, p. 126). Traçadas essas breves observações sobre de que se trate a liberdade de concorrência apresentar um conteúdo próprio, a partir deste momento, ela será tratada em conjunto com o princípio da igualdade, verificando-se em conjunto sua aptidão para limitar a proibição de violação da coisa julgada. A reunião de ambos os princípios sob a denominação genérica de igualdade justifica-se em razão do núcleo comum existente entre a finalidade de ambos, consistente justamente na garantia de igualdade entre os agentes econômicos.

desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, importando em que se esclareçam quais os critérios capazes de justificar validamente uma diferenciação entre sujeitos condizente com os limites impostos pelas demais normas do sistema, que os classifique como iguais ou desiguais.

O conteúdo próprio da igualdade, destarte, consiste em coibir discriminações, pela comparação entre o tratamento dispensado a um ou outro sujeito. Sobre esse tema, é insuperável a lição de Humberto Ávila, senão vejamos:

Em algumas situações ela (a igualdade) tem uma finalidade substancial autônoma consistente na realização de um estado de igualdade relativamente a algum direito, qualquer que seja ele. Faz-se referência, aqui, à igualdade enquanto instrumento para garantir tratamento antidiscriminatório: uma vez descoberto algum sujeito que tenha obtido algum tipo de tratamento vantajoso, a mera comparação com ele já proporciona a expectativa de tratamento igualitário. Nessa compreensão, é o raciocínio comparativo, e não a norma substancial em si, que justifica a igualdade de tratamento. É a igualdade andando sozinha, em outras palavras. Isso pode ocorrer, por exemplo, no caso de medidas concernentes a evitar a competição desleal entre contribuintes: essas medidas devem ser distribuídas com isonomia, no sentido de que os contribuintes na mesma situação devem receber o mesmo tratamento *apenas porque estão na mesma situação*. Aqui pode-se dizer, com Peters, que a igualdade no seu sentido prescritivo e não-tautológico, estabelece que o simples fato de uma pessoa ter sido tratada de um certo modo já é uma razão suficiente para tratar da mesma forma outra que esteja na mesma situação. Nesse sentido, a igualdade introduz uma razão independente para o tratamento igualitário: o sujeito não deve ser tratado igual apenas porque a norma deixou de ser aplicada a ele, mas, *também*, porque foi aplicada a outro sem ter sido aplicada a ele.<sup>213</sup>

Adotando razões semelhantes, já há algum tempo, o STF reconheceu a existência de um conteúdo próprio à igualdade, tendo então definido que a isonomia impõe a não discriminação e a extinção de privilégios. Confira-se a respeito a ementa do Mandado de Injunção n. 58:

**MANDADO DE INJUNÇÃO - PRETENDIDA MAJORAÇÃO DE VENCIMENTOS DEVIDOS A SERVIDOR PÚBLICO (INCRA/MIRAD) - ALTERAÇÃO DE LEI JA EXISTENTE - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - POSTULADO INSUSCETIVEL DE REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA INOCORRENCIA DE SITUAÇÃO DE LACUNA TECNICA - A QUESTÃO DA EXCLUSAO DE BENEFICIO COM OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA - MANDADO DE INJUNÇÃO NÃO CONHECIDO. O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é - enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica - suscetível de regulamentação ou de complementação normativa. Esse princípio - cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público - deve ser considerado, em sua precípua função de**

<sup>213</sup> ÁVILA, 2008b, p. 143.

**obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei e (b) o da igualdade perante a lei.** A igualdade na lei - que opera numa fase de generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador imporá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade. Refoge ao âmbito de finalidade do mandado de injunção corrigir eventual inconstitucionalidade que infirme a validade de ato em vigor. Impõe-se refletir, no entanto, em tema de omissão parcial, sobre as **possíveis soluções jurídicas que a questão da exclusão de benefício, com ofensa ao princípio da isonomia, tem sugerido no plano do direito comparado: (a) extensão dos benefícios ou vantagens as categorias ou grupos inconstitucionalmente deles excluídos; (b) supressão dos benefícios ou vantagens que foram indevidamente concedidos a terceiros; (c) reconhecimento da existência de uma situação ainda constitucional (situação constitucional imperfeita), ensejando-se ao Poder Público a edição, em tempo razoável, de lei restabeecedora do dever de integral obediência ao princípio da igualdade, sob pena de progressiva inconstitucionalização do ato estatal existente, por insuficiente e incompleto.**<sup>214</sup>

Daí se depreende que a igualdade exige ações concretas capazes de obstar a discriminação ou o beneficiamento indevido de alguns em detrimento dos demais em idênticas condições.

Evidentemente, o princípio da igualdade não determina a igualdade de todos com relação a todas as posições jurídicas, sob pena de dar origem a normas incompatíveis com suas próprias finalidades, sem sentido e injustas, ou mesmo acabar com as condições necessárias ao exercício de determinadas competências<sup>215</sup>.

Destarte, tanto a igualdade não pode exigir que todos sejam tratados da mesma forma, quanto que sejam iguais em todos os aspectos<sup>216</sup>. Mas determina o dever de se estabelecer uma situação intermediária entre a exigência de que todos sejam iguais e a de que sejam admissíveis quaisquer diferenciações ou distinções<sup>217</sup>.

A igualdade, em última medida, importa em que se encontre um fundamento qualificado, uma razão suficiente, para a criação de uma situação de desigualdade. Ela não impõe uma igualdade geral e incondicional, alheia à realidade e ao sistema

<sup>214</sup> BRASIL. STF. Mandando de Injunção n. 58. Relator: Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. Julgamento 14 dez. 1990. *D.J.* 19 abr. 1991 Pp-04580 Ement Vol-01616-01 Pp-00026 RTJ Vol-00140-03 PP-00747.

<sup>215</sup> ALEXY, 2008, p. 397.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 397.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 397.

jurídico em que se insere, mas certos limites de justificação para que se possam estabelecer desigualdades entre determinados indivíduos.

Sobre essa questão, mais uma vez, é Humberto Ávila quem oferece subsídios para que se definam os elementos aferidores da relação de igualdade. São eles: o sujeito, a medida de comparação, o elemento indicativo da medida de comparação e a finalidade<sup>218</sup>.

A igualdade pode, portanto, ser definida como sendo a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de um elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade<sup>219</sup>.

Nessa relação, os sujeitos servem de objeto à comparação, devendo-se compreender o vocábulo sujeito em uma acepção ampla do termo, para comportar todos aqueles que se pretenda comparar<sup>220</sup>.

A medida de comparação, por sua vez, é o elemento comum em relação a qual devem ser comparados os sujeitos. Assim, tem de representar situação fatural existente com relação a que os sujeitos efetivamente se diferenciam. Ademais, essa medida tem de ser pertinente à finalidade que justifica seu emprego.

Traduzindo essa lição para o âmbito das relações jurídicas tributárias, Ávila refere que, quando se trata de imposto pessoal e direto, a capacidade contributiva pode servir como medida de comparação ao passo que o sexo do contribuinte será de todo impertinente<sup>221</sup>. Conclui, nesse contexto, que “considera-se pertinente aquela medida de comparação avaliada por elementos cuja existência esteja relacionada com a promoção da finalidade que justifica sua escolha<sup>222</sup>”.

Já o elemento indicativo da medida de comparação tem de estar em uma relação fundada e conjugada com a medida de comparação. Está *fundado* quando entre a medida e o elemento houver uma correspondência estatisticamente fundamentada de que o elemento é capaz de externar a medida de comparação. Dentre outros, o autor exemplifica a idade como elemento indicativo da medida de comparação da capacidade de discernimento. Nesse caso, existe uma relação de causa e efeito entre o elemento indicativo e a medida de comparação.

---

<sup>218</sup> ÁVILA, 2008b, p. 39.

<sup>219</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>220</sup> Ibidem, p. 42-43.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 43-47.

<sup>222</sup> Ibidem, p. 47.

Diferentemente, o sexo não serve de elemento indicativo de medida de comparação relacionada à força de trabalho, pois que aí entre os dois elementos não há uma relação fundada. Sob outro aspecto, o elemento indicativo está *conjugado* com a medida de comparação quando se tratar do *mais significativo* dentre os elementos indicativos existentes e vinculados à medida de comparação. Assim, a maior ou menor presença daquele tem de indicar a maior ou menor presença desta<sup>223</sup>.

Por fim, a finalidade com que se relaciona a correção da medida de comparação, para fins de aferição da igualdade, consiste na finalidade perseguida pela norma jurídica<sup>224</sup>.

Uma vez conhecidos os elementos a partir dos quais se faz possível estabelecer uma comparação entre indivíduos no sentido da aferição da relação de igualdade entre eles, resta aplicar essas noções especificamente à situação gerada pela declaração de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada tributária.

A finalidade da regra que estabelece a inviolabilidade, primordialmente, é a segurança jurídica (muito embora revele também o fim de ordenação no procedimento judicial, como se teve a oportunidade de destacar).

A medida de comparação para se estabelecer quando o regime jurídico de um indivíduo não pode ser modificado, em detrimento dos demais, leva em conta situações em que a segurança jurídica efetivamente se verifica. Por conseguinte, o elemento indicativo da medida de comparação é sua submissão em concreto a uma decisão com relação à qual se formou a coisa julgada material.

Por fim, os sujeitos objetos da comparação, tendo em vista a quem se destina a proteção estabelecida pelo art. 5º da Constituição Federal, são os indivíduos. No presente caso, representados pelos contribuintes.

Analisados os critérios adotados, a situação é aprovada em numa análise *inicial* da igualdade. Com efeito, a medida de comparação, através de seu elemento indicativo de sujeição de um contribuinte à autoridade da coisa julgada, guarda estreita correlação com a finalidade de promover a segurança jurídica. Ademais, o elemento indicativo da coisa julgada apresenta relação fundada com a medida de comparação segurança jurídica, na medida em que externaliza situação em que o juiz chancela a lei aplicável ao caso concreto mediante processo em que se assegura o contraditório e a ampla defesa, e, ainda, conjugada com a mesma,

---

<sup>223</sup> ÁVILA, 2008b, p. 47-63.

<sup>224</sup> Ibidem, p. 63-73.

porquanto se apresenta entre as mais significativas expressões das situações que merecem segurança (comparável só mesmo com o ato jurídico perfeito e com o direito adquirido).

Ocorre, todavia, que a análise de igualdade não se esgota em abstrato, nem mesmo a partir de uma aferição inicial.

A superveniência de decisão do STF, com caráter geral (quer por apresentar efeitos *erga omnes*, quer por apresentar efeitos vinculantes), pode gerar diferenciações entre contribuintes em proporção descabida, dando ensejo a um efetivo estado de desigualdade posterior não considerado quando se estabeleceu a diferença de tratamento com base na coisa julgada.

Com efeito, quando o STF profere juízo de inconstitucionalidade com efeitos gerais (*erga omnes* ou apenas vinculativos), as normas, que em função de sua presunção de validade, eram aplicadas, via de regra, deixam de sê-lo, pela modificação, se não do próprio direito objetivo, ao menos do sentido das decisões judiciais e da atuação da administração pública.

Segundo Ávila, quando a decisão do STF cria concretamente situações de excepcional desigualdade superveniente, ela pode ser invocada para bloquear os efeitos da coisa julgada com relação ao futuro, preservados, no entanto, os já ocorridos, como forma de se equilibrar a segurança jurídica com a igualdade<sup>225</sup>. Nesse sentido, é digna de transcrição passagem de sua mais recente obra:

Tal harmonização (entre a segurança, por meio da coisa julgada, com o princípio da igualdade, por meio da revisão da coisa julgada) repele tanto a solução extremada de manter os efeitos futuros da coisa julgada – independente do estado de desigualdade por ela provocado por meio da obrigação de alguém ter de pagar o que ninguém deverá pagar, ou de alguém não pagar o que todos deverão pagar – com a solução de anular totalmente a decisão transitada em julgado, independente da confiança nela depositada pela parte que dela se beneficiou. A manutenção da validade da coisa julgada, com mera limitação dos seus efeitos futuros, nos casos das relações continuativas preserva ambos os valores, sem comprometer – para o que aqui interessa mais de perto – a estabilidade da decisão judicial.<sup>226</sup>

Há que se salientar, conforme o autor, que a desigualdade só é capaz de autorizar a relativização da coisa julgada em certa medida (com relação aos efeitos futuros, tão somente), e desde que haja comprovadamente gerado um estado de excessiva e irrazoável quebra da igualdade, por abolição e restrição injustificada da

---

<sup>225</sup> ÁVILA, 2008b, p. 127.

<sup>226</sup> ÁVILA, 2011, p. 354.

liberdade com relação a bens jurídicos essenciais ao exercício da liberdade de atividade econômica e de concorrência dos contribuintes que foram obrigados ao pagamento do tributo frente aos que não o tiveram que pagar<sup>227</sup>.

Diante disso, propõe-se ilustrar um caso em que a desigualdade entre contribuintes se mostra excessiva a irrazoável, como exemplo de situação em que poder-se-ia cogitar da mitigação da coisa julgada.

Imaginem-se dois contribuintes, que exercem a mesma atividade econômica em uma mesma localidade, realizando habitualmente o mesmo fato gerador. É editada norma instituindo determinado tributo à sua categoria.

Inconformado, mesmo antes do lançamento, um deles impetra mandado de segurança, de caráter preventivo, objetivando o reconhecimento de imunidade tributária com relação àquele tributo (pedido relacionado a elemento permanente da relação jurídica tributária). Seu pedido, no entanto, é julgado improcedente, transitando em julgado decisão que declara a inexistência de imunidade, e, por conseguinte, a constitucionalidade da relação jurídica tributária criada pela lei. O outro contribuinte não discute a relação tributária em juízo, no entanto, efetuado o lançamento, também não o paga, aguardando inerte seja iniciada a execução fiscal. Antes disso, para sua sorte, sobrevém decisão do STF com efeito vinculante reconhecendo a existência da imunidade em questão, declarando a inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo, pelo que a Fazenda deixa de promover a execução da dívida.

Por certo, a partir da decisão do STF com eficácia geral, aquele contribuinte que não teve a imunidade reconhecida por decisão transitada em julgado poderia invocar o efeito paralisante da decisão para deixar de pagar o tributo a partir de sua publicação, de acordo com aquilo que se demonstrou na primeira parte deste capítulo.

Ocorre que além desse fundamento, o próprio sistema constitucional tributário ainda lhe oferece uma garantia adicional para desvencilhar-se da relação tributária inconstitucional, consistente, justamente, na quebra da igualdade superveniente.

Nesse caso, a sujeição de ambos os contribuintes à mesma regra de imunidade pode ser invocada para justificar a pertinência do argumento que defende a existência de literal violação da igualdade tributária. Diante disso, é de rigor a

---

<sup>227</sup> ÁVILA, op. cit., p. 126.

procedência do pedido a submissão dos contribuintes que apresentem condições idênticas a uma mesma carga tributária, nivelada tão somente pelas demonstrações concretas de suas respectivas capacidades contributivas individuais.

É nesse sentido a advertência de Paulo Roberto Oliveira Lima de que no direito tributário, mais do que a coisa julgada, importa a capacidade contributiva do indivíduo para determinar o quanto deverá contribuir para o funcionamento da máquina estatal em situação de igualdade com os demais<sup>228</sup>. Assim, somente quando observado o reflexo econômico dos atos praticados pelo contribuinte ou das situações geradoras de obrigações tributárias em que se vir envolvido, estará atendido o princípio da igualdade na tributação.

Evidentemente, a observação tem de ser assimilada com restrições, sob pena de admitir-se a ponderação da coisa julgada no caso concreto como se princípio fosse. Todavia, há que se reconhecer que a regra pode ser afastada quando implicar ofensa direta ao princípio da capacidade contributiva, elemento escolhido pelo contribuinte para nivelar a igualdade entre os contribuintes no sustento do ente estatal, como reforço ao argumento fundado na eficácia paralisante da coisa julgada pela superveniência de decisão do STF com efeitos gerais.

Não é demais referir, finalmente, que a adoção de entendimentos divergentes sobre a constitucionalidade de determinada norma, sobretudo quando em curto espaço de tempo, causa prejuízo à coerência do ordenamento jurídico no campo substancial, na medida em que revela a atribuição de significados distintos a idênticos conceitos jurídicos, ora para considerá-los compatíveis, ora para considerá-los incompatíveis com os limites traçados pela Constituição<sup>229</sup>.

Isso traz como consequências, por um lado, a indeterminação sobre a norma que irá regular um dado fato jurídico ou sobre o modo como essa norma deverá regular determinado fato, o que enfraquece a segurança jurídica, por imprevisibilidade. Por outro lado, as diferentes compreensões sobre a constitucionalidade de determinado preceito geram desigualdade na aplicação do direito ao jurisdicionado, provocando, dessa forma, violação à igualdade, por divergência no tratamento jurisdicional de situações iguais.

A variabilidade do significado extraído de determinadas expressões, e, por conseguinte, das normas jurídicas que delas se constroem mediante o processo

---

<sup>228</sup> LIMA, 1997, p. 159.

<sup>229</sup> ÁVILA, 2006, p. 31.

interpretativo, gera uma situação de incoerência substancial que não se coaduna com ideais como unidade formal, clareza conceitual e plenitude sistemática<sup>230</sup>. Esses ideais, contudo, estão intrinsecamente relacionados com rigidez e supremacia constitucional, segurança jurídica e a igualdade.

Sob esse ponto de vista, portanto, a preservação da coisa julgada individual, pela manutenção em termos absolutos de juízos de constitucionalidade em sentidos divergentes (um expresso na norma individual; outro, na decisão do STF), acaba também afastando a norma da coisa julgada da segurança jurídica (muito embora preserve a ordenação do processo), além de abrir caminho para significativa violação de outros princípios fundamentais do ordenamento brasileiro, onde se destaca, sobretudo sob a perspectiva do sistema constitucional tributário, a igualdade.

Nesse sentido, Helenilson Cunha Pontes sustenta que somente o que é conforme a Constituição é, também, digno de receber segurança jurídica, em sentido próprio. Confira-se, a respeito, a seguinte passagem:

segurança jurídica é fundamentalmente obediência ao que determina a Constituição. Coisa julgada individual em conflito com a Constituição Federal não pode manter-se eficaz. Logo, a aplicação de pronúncia de constitucionalidade com efeitos gerais sobre a coisa julgada individual em nome do princípio da Supremacia da Constituição longe está de representar ofensa à segurança jurídica, antes significa autêntica exigência de concretização deste princípio. Não há relação de colisão, mas de complementariedade entre os princípios da segurança da Constituição e da segurança jurídica.<sup>231</sup>

A opinião do autor é compartilhada por Carmen Lúcia Antunes Rocha. A autora igualmente defende a limitação da segurança jurídica à compatibilidade com o texto constitucional, de modo que a prevalência daquele princípio só sustentaria-se quando a norma incidente atentasse aos limites estabelecidos pelo poder constituinte. Desse estudo de Rocha destaca-se também trecho elucidativo:

a falibilidade constitucional seria a insegurança jurídica permanente. Se nem ao menos a Constituição pudesse consistir em fonte de garantias, o que se diria das demais normas jurídicas positivadas segundo uma Lei Fundamental que pudesse ser asilada em sua observância obrigatória. A

---

<sup>230</sup> ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation: Recht, Vernunft, Diskurs*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995, p. 86. apud ÁVILA, 2006, p. 33.

<sup>231</sup> PONTES, 2005, p. 197.

certeza da inviolabilidade da Constituição é a fonte da confiança no sistema normativo, que se expressa pelo princípio da segurança jurídica.<sup>232</sup>

Na mesma esteira, a opinião de Souto Maior Borges, quando sustenta que deve prevalecer o julgamento de constitucionalidade emitido pelo STF, guardião da Constituição, sobre as decisões de tribunais inferiores. Assim, a definição do que é constitucional pelo Supremo funciona como limite à eficácia da coisa julgada formada nas jurisdições ordinárias. Nesse sentido a passagem em que diz o seguinte: “A coisa julgada não pode ter o efeito de derogar (=revogar parcialmente), a cláusula-síntese: o STF é o guardião da Constituição Federal. Este é um limite constitucional à eficácia da coisa julgada<sup>233</sup>.”

Porto outro lado, Souto Maior Borges ensina que é natural que as decisões judiciais provoquem certo grau de desigualdade entre os indivíduos, em razão da limitação de seus efeitos aos sujeitos envolvidos na relação processual. Tal desigualdade, gerada pelo efeito excludente do julgamento isolado, no entanto, é tolerada pelo sistema, uma vez que todos em situação semelhante à dos que participaram de um processo têm acesso garantido ao poder judiciário pelo art. 5º, XXXV, da Constituição<sup>234</sup>. Diferentemente, se nem todos os contribuintes têm direito de obter uma resposta jurisdicional para suas demandas, aí sim, há uma divergência constitucionalmente relevante, por desequiparação de regimes jurídicos de sujeitos em idênticas condições<sup>235</sup>.

Seguindo essa linha, o jurista destaca a relevância da desigualdade ocasionada pela divergência entre decisões do STF e de tribunais locais, em razão de nesta hipótese haver criação de duplo regime tributário, em que uns veem-se obrigados a determinado tributo, enquanto outros não. Nessa situação, sustenta que deve prevalecer a decisão do STF, por sua hierarquia superior e por seu papel de guardião da Constituição. Conclui afirmando que nem mesmo a coisa julgada tem importância suficiente para sobrepor-se à função institucional do Supremo. Merecem destaque as palavras do mestre sobre a questão:

Não há como afastar-se a posição de proeminência das decisões do Supremo Tribunal Federal no contraste com as de quaisquer outros tribunais do País, mesmo sob a invocação de coisa julgada. Esse efeito a

---

<sup>232</sup> PONTES, 2005, p. 170.

<sup>233</sup> BORGES, 1999, p. 181.

<sup>234</sup> Ibidem, p. 174-175.

<sup>235</sup> Ibidem, p. 175.

coisa julgada não tem, porque ela equivaleria a uma derrogação parcial da cláusula síntese, na medida em que prevalecessem as decisões jurisdicionais em contrário, sob invocação da coisa julgada que desconsiderasse esses limites constitucionais, Como diria o saudoso Geraldo Ataliba, a Constituição Federal não dá com uma mão ao Supremo Tribunal Federal- a guarda da Constituição, art. 102, *caput*, - e tira com a outra- a proteção da coisa julgada art. 5º, XXXVI. Esses dois dispositivos devem ser harmonizados. Mas há entre eles diferença capital: a Competência do Supremo Tribunal Federal é *plena*; a proteção à coisa julgada, *limitada*<sup>236</sup>.”

Saliente-se que, mesmo sob a ótica do direito à igualdade, não há autorização para o afastamento da regra da coisa julgada em qualquer situação; do contrário, não haveria regra.

Em vista disso, o fator tempo pode ser utilizado como elemento capaz de traduzir se concretamente se verifica situação de desigualdade significativa a ponto de determinar o afastamento da coisa julgada.

Ao mesmo tempo, é certo que a oneração de um contribuinte e a desoneração de outro, em situação idêntica com relação ao mesmo fato gerador, a qualquer tempo, evidencia uma situação de desigualdade, mesmo que o efeito econômico da decisão seja sentido por eles em espaços de tempo distintos. Todavia, a regra da coisa julgada exige que essa desigualdade seja suportada, para que não haja prejuízo desproporcional à segurança jurídica e à ordenação do processo. No entanto, quando se trata de exigências relacionadas a um mesmo espaço de tempo, prejudicando a liberdade de concorrência entre esses indivíduos, a desigualdade torna-se mais significativa, de modo que nesses casos a coisa julgada poderá ceder, se o prejuízo do contribuinte que teve de arcar com a carga tributária inconstitucional por força da coisa julga em detrimento dos demais for devidamente comprovado nos autos da demanda relativizadora.

---

<sup>236</sup> BORGES, 1999, p. 181.

## CONCLUSÕES

I. A coisa julgada estabelece o fim do processo judicial (coisa julgada formal), conferindo certeza ao direito aplicado à relação jurídica litigiosa, na medida em que a torna indiscutível em nova demanda (coisa julgada material).

II. Uma parcela da doutrina defende que a coisa julgada nada mais é do que o efeito declaratório da sentença. Outra parcela, que a coisa julgada é uma qualidade que se agrega aos efeitos da sentença tornando-os imutáveis, independentemente de qual seja seu efeito preponderante. Há, ainda, os que defendem que a coisa julgada é uma qualidade que se agrega ao dispositivo da sentença, tornando-o imutável, mas que esta qualidade afeta tão somente a seu efeito declaratório e não aos demais.

III. O princípio da segurança jurídica é o fundamento que se relaciona de forma mais evidente com o instituto da coisa julgada.

IV. A coisa julgada, no entanto, está também relacionada com a ordenação do processo, concretizando o direito fundamental de ação e o devido processo legal, complementando o instituto da preclusão na definição de um fim para a discussão judicial.

V. Situada a norma constitucional que estabelece a imutabilidade da coisa julgada na teoria dos direitos fundamentais, verifica-se que ela determina, por um lado, um conjunto de direitos a ações negativas do Estado, e, por outro lado, um direito a ações positivas do Estado.

V.a. Enquanto direito a uma ação negativa, a inviolabilidade da coisa julgada atribui ao indivíduo direito a algo, cuja função é a de direito de defesa. Nesse sentido, atribui às partes no processo o direito à não eliminação de posições jurídicas abstratas e concretas.

V.b. Enquanto direito a uma ação positiva, a inviolabilidade da coisa julgada estabelece direito à organização e ao procedimento. Nesse sentido, estabelece técnica que garante que o processo judicial não tenha seu resultado frustrado, na medida em que proíbe que se rediscuta em outro processo aquilo que foi decidido com autoridade de coisa julgada, indo, nesse sentido, além do que assegura a técnica da preclusão.

VI. A definição do conteúdo da proteção da norma que estabelece a proteção da coisa julgada depende da extensão teleológica do sentido do vocábulo “lei” utilizado pelo constituinte, quando se refere aos atos jurídicos cujo conteúdo seja limitado pela coisa julgada, de modo a abranger todos os atos normativos emanados dos poderes de Estado capazes de provocar violação à coisa julgada, dentre os quais, principalmente, os emanados do poder judiciário, como forma de promover em maior medida a segurança jurídica e a ordenação do processo.

VII. Considerados os elementos que compõem a segurança jurídica, é possível estabelecer uma relação de continência entre a segurança e a coisa julgada, em que esta está contida naquela, uma vez que a coisa julgada é responsável por parcela de seu conteúdo no que se refere à sua eficácia *ex post*, sob perspectiva da estabilidade do dispositivo da sentença de mérito, bem como à sua eficácia *ex ante*, sob a perspectiva de proibição de edição de lei que afete os direitos subjetivos que foram objeto de coisa julgada.

VII.a. Com relação à eficácia *ex post* da segurança jurídica, a coisa julgada atua conferindo estabilidade ao direito objeto de relação litigiosa.

VII.b. Com relação à eficácia *ex ante* da segurança jurídica, a coisa julgada impede a lei de atribuir consequências jurídicas a fatos passados que já foram alcançados pela coisa julgada (especificação do princípio da irretroatividade).

VIII. A dimensão normativa da proibição de violação da coisa julgada estabelecida pela Constituição é de regra.

VIII.a. No caso da proteção à coisa julgada, tendo-se em vista a eficácia *ex ante* da segurança jurídica, a Constituição permite que a regra seja excepcionada através de ação rescisória. No entanto, a previsão do cabimento da ação rescisória na Carta Constitucional deve ser considerada exemplificativa, e não taxativa. Em vista disso, deve-se atentar para que, nas hipóteses de cabimento da ação rescisória, revelam-se os limites no que se refere aos fundamentos que podem ser invocados para o pedido de relativização da coisa julgada. Como consequência, a previsão de utilização de outros instrumentos processuais para revisão do julgado, como a impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução, desde que se observem os limites fixados pela rescisória, e, ainda, mantendo-se a conexão direta com valores constitucionais, deve ser considerada constitucional.

VIII.b. No caso da proteção à coisa julgada, tendo-se em vista a eficácia *ex ante* da segurança, a Constituição não prevê cláusula de exceção. Ademais, a própria proibição de retroatividade da lei para alcançar a coisa julgada introduz cláusula de exceção à relativa liberdade de atribuição de efeitos jurídicos a fatos passados, sob a forma de regra negativa de competência legislativa, que proíbe a retroatividade maléfica à segurança jurídica e à ordenação processual.

IX. Considerado o objeto do controle concentrado de constitucionalidade, as mais diversas normas tributárias estão sujeitas ao controle concentrado de constitucionalidade, respeitadas as hipóteses de cabimento da ADI (lei ou ato normativo federal ou estadual), da ADC e (lei ou ato normativo federal) da ADPF (demais atos normativos, incluídas as decisões judiciais, descumpridores de preceito fundamental), ou, ainda, no âmbito dos Tribunais de Justiça locais, da representação de inconstitucionalidade ou constitucionalidade.

X. Considerado o objeto do controle difuso de constitucionalidade, quaisquer atos que produzam efeitos sobre relação jurídica tributária são passíveis de controle pela via do Recurso Extraordinário ou de outro instrumento que permita a aferição da validade da norma pelo STF, podendo consubstanciarem-se em decisões judiciais, tratados ou leis federais, leis ou atos de governo local, inclusive municipais (e distritais em competência equivalente a dos municípios). Todavia, apesar de o controle de constitucionalidade pela via difusa através do Recurso Extraordinário

apresentar objeto bastante amplo, em razão dos requisitos de admissibilidade exigidos ao conhecimento desse recurso, muitas controvérsias tributárias acabam deixando de ser apreciadas pelo STF.

XI. A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no controle concentrado produz efeitos *erga omnes*, vinculantes e, em regra, *ex tunc*.

XI.a. A retroatividade *ex tunc* e a imposição vinculante e *erga omnes* da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado devem-se à adoção, ainda prevalente no ordenamento jurídico brasileiro, da teoria da nulidade da lei inconstitucional. Admite-se, contudo, a modulação dos efeitos da declaração por motivos de segurança jurídica e excepcional interesse público, reconhecidos por quórum qualificado no STF, segundo determina a Lei 9.868.

XI.b. A eficácia *erga omnes* relaciona-se intimamente com o dispositivo da decisão, uma vez que a validade na norma se apresenta como questão principal no controle concentrado, e, em regra, tem efeito *ex tunc*, demonstrando a eficácia declaratória do juízo de inconstitucionalidade, que traz como resultado a impertinência da norma inconstitucional no ordenamento desde seu nascimento.

XI.c. Os efeitos *erga omnes* e *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade no controle concentrado, em regra, afetam somente as relações jurídicas tributárias que não foram objeto de decisão com autoridade de coisa julgada. Essa conclusão se justifica na medida em que a Constituição estabelece regra que proíbe a alteração da coisa julgada, a qual deve ser observada como limite à incidência dos efeitos *erga omnes* e *ex tunc*. Assim, mesmo em sendo a inconstitucionalidade declarada em processo objetivo, nem todas as relações jurídicas tributárias sofrerão os efeitos da decisão, por imposição da preservação da segurança jurídica e da ordenação processual, assegurando-se o dever-poder do juiz no exercício do controle difuso de constitucionalidade e reconhecendo-se a importância de seu papel na criação do direito e na proteção dos direitos fundamentais.

XI.d. Diferentemente do efeito *erga omnes*, a eficácia vinculante da decisão relaciona-se com fundamentos determinantes da decisão e tem eficácia somente prospectiva, uma vez que serve para assegurar a força de precedente da decisão do STF. Assim, em regra, pelos próprios limites de sua eficácia temporal, a vinculatividade não serve para fundamentar a rescisão da coisa julgada.

XII. A declaração de inconstitucionalidade pelo STF no controle difuso, apesar de não dispor de disciplina legal que trate de seus efeitos temporais, é informada pelos mesmos princípios que subjazem às regras aplicáveis aos efeitos temporais no controle concentrado. Por essa razão, em regra, produz efeitos *ex tunc*, exceto quando motivos de segurança jurídica e excepcional interesse público forem reconhecidos por quórum qualificado do STF.

XIII. A declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF no controle difuso pode apresentar diferentes eficácias subjetivas.

XIII.a. A declaração de inconstitucionalidade no controle difuso, originalmente, produz efeitos exclusivamente sobre a relação jurídica perante a qual é exercido o controle de constitucionalidade, por se tratar de processo de caráter subjetivo, em que se impõem os limites da coisa julgada. Assim, tais decisões não são passíveis de invocação por um contribuinte estranho à relação objeto de controle, ainda que concorrente daquele que obteve a declaração de inconstitucionalidade, para fundamentar o pedido no sentido da relativização da autoridade da coisa julgada.

XIII.b. A edição de Resolução pelo Senado suspendendo a eficácia da norma declarada inconstitucional faz com que a declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso imponha-se *erga omnes*. Contudo, nem nessa hipótese o contribuinte está apto a fundamentar validamente o pedido de relativização do julgado tendo em vista, tal qual nas decisões no controle concentrado, a limitação do efeito *erga omnes*, normalmente associado à eficácia *ex tunc*, pela regra constitucional que proíbe a violação da autoridade da coisa julgada.

XII.c. Sobretudo a partir da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, tem-se verificado significativa ampliação da eficácia subjetiva da declaração de inconstitucionalidade proferida no controle difuso, em especial através da súmula vinculante e do requisito da repercussão geral no recurso extraordinário (sem prejuízo de outras normas processuais que vêm fortalecendo os precedentes do STF).

XII.d. Diferentemente do que ocorre no caso da Resolução do Senado suspendendo a eficácia da norma inconstitucional, a amplificação dos efeitos do controle difuso utiliza-se da atribuição de efeitos vinculantes à declaração de inconstitucionalidade. O efeito vinculante, diferentemente da eficácia *erga omnes*, tem vocação temporal prospectiva e se aplica à fundamentação (motivos determinantes) da decisão. Em razão da eficácia *ex nunc* da vinculação dos tribunais e também porque à eficácia vinculante se impõe limitação imposta pela regra constitucional da imutabilidade da autoridade da coisa julgada. Em regra, as decisões proferidas nesse regime de controle difuso não servem para fundamentar pedido de relativização da coisa julgada.

XIV. Quando a decisão com autoridade de coisa julgada tem por objeto elementos mutáveis da relação jurídica tributária, adotando com fundamento a constitucionalidade da norma tributária, mesmo que haja posterior declaração de inconstitucionalidade daquela norma pelo STF, em regra, deve prevalecer sobre o caso concreto que lhe serviu de objeto. Nesse caso, no entanto, há que se observar que a coisa julgada não projeta efeitos com relação ao futuro em razão dos limites objetivos estabelecidos pelos elementos mutáveis, que lhe determinam falta de eficácia prospectiva. A possibilidade de não se aplicar o *decisum* com força de coisa julgada com relação a fatos geradores não abrangidos pela decisão não se fundamenta na eficácia da decisão do STF, mas nos próprios limites objetivos inerentes a uma decisão sobre interesses instantâneos do contribuinte.

XV. Excepcionalmente, nos casos em que há decisão de mérito definitiva sobre elementos mutáveis da relação tributária ainda estiver produzindo efeitos no momento em que o STF declara a inconstitucionalidade da norma por que lhe serviu

de fundamento em decisão com efeitos *erga omnes*, pode ser limitada a autoridade da coisa julgada a partir da publicação dessa decisão (ou até mesmo de momento futuro a partir do qual se determine o início da eficácia da declaração). Nesse caso, o reconhecimento da exigibilidade de pagamento de valores relacionados ao tributo declarado inconstitucional com base na coisa julgada importa supressão injustificada do princípio da legalidade tributária, cabendo a relativização da autoridade do caso julgado para assegurar o direito ao não pagamento das parcelas não adimplidas, sem, contudo, direito à devolução ou compensação das já pagas.

XV.a. A fundamentação do pedido, nesse caso, pode invocar somente o dispositivo da decisão do STF, em razão do objeto da eficácia *erga omnes*.

XVI. Quando a decisão de mérito definitiva tem por objeto elementos permanentes da relação tributária, a autoridade da coisa julgada é limitada pela declaração de inconstitucionalidade pelo STF, caso haja adotado como fundamento a constitucionalidade da norma tributária, em razão da própria eficácia paralisante da decisão STF, seja ela *erga omnes* e vinculante ou apenas vinculante.

XVII. A manutenção da autoridade da coisa julgada sobre decisão de mérito definitiva que tem por objeto elementos permanentes da relação tributária, a despeito de declaração de inconstitucionalidade pelo STF com efeitos gerais (*erga omnes* e/ou vinculantes), gera desigualdade entre contribuintes em dimensão não admitida pela Constituição, e, por conseguinte, também excessiva limitação da liberdade de concorrência. Assim, a partir da decisão do STF, deve ser a cessação da autoridade de coisa julgada da decisão.

XVII.a. A fundamentação do pedido, nesse caso, pode invocar os motivos determinantes que conduziram a decisão do STF, em razão do objeto da eficácia vinculante.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALLORIO, Enrico. Naturaleza de la cosa juzgada. *In: PROBLEMAS de derecho procesal*. Traducción Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1963.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Incidente de argüição de inconstitucionalidade: comentários ao art. 97 da Constituição e os arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Sentença e coisa julgada*. Rio de Janeiro: Aide, 1982.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- AVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008a.
- \_\_\_\_\_. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008b.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 416, p. 9-15, jun. 1970.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BETTI, Emilio. *Tratatto dei limiti soggetivi della cosa giudicata in diritto romano*. Macerta: Bianchini, 1922.
- BORGES, José Souto Maior. Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária: contribuição social sobre o lucro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 7, n. 27, p. 170-194, abr./jul. 1999.

- BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Parecer n. 492-2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/ano-i-numero-ii-2011/015.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2012.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1943.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999.
- CAPONI, Remo. *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*. Milão: Giufré, 1991, e, mais recentemente, em ensaio dedicado ao professor Egas Moniz de Aragão Disponível em: <[http://judicium.it/news/ins\\_19\\_01\\_05/caponi%20dirproc.html#\\_edn1](http://judicium.it/news/ins_19_01_05/caponi%20dirproc.html#_edn1)>. Acesso em: 14 fev. 2012.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale*. Padova: Cedam, 1936. v. 1.
- CARRRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Saraiva. 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Tradução J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.
- COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei de Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784-99). *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 2, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 25 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista de Direito Público*, n. 84, p. 46-63, out./dez. 1987.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958.
- DELGADO, José Augusto. *O princípio da segurança jurídica: supremacia constitucional*. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O\\_Princ%C3%ADpio\\_da\\_Seguran%C3%A7a\\_Jur%C3%ADdica.pdf?sequence=4](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/448/O_Princ%C3%ADpio_da_Seguran%C3%A7a_Jur%C3%ADdica.pdf?sequence=4)>. Acesso em: 25 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 79, p. 49-69, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

HECK, Luís Afonso. *Jurisdição constitucional e legislação pertinente no direito comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FAZZALARI, Elio Il camino dessa sentenza e della cosa giudicata. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 43, n.3, p. 589-597, jul./set.1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7.689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 125, p. 72-91, 2006.

GASTAL, Alexandre Fernandes. A coisa julgada: sua natureza e suas funções. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). *Eficácia e coisa julgada*. Atualizada de acordo com o código civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GOMES DE SOUZA, Rubens. Coisa julgada. In: REPERTÓRIO enciclopédico do direito brasileiro, Rio de Janeiro: Borsoi, [198?],

GRAU, Eros Roberto. Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 4, 1993.

GRECO, Marco Aurelio; PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da Lei Tributária: repetição do indébito*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Notas. In: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945, com notas relativas ao direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada*. Tradução: Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945, com notas relativas ao direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. *Teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LUMMERTZ, Henry Gonçalvez. *Processo de controle de constitucionalidade: revisitando a inconstitucionalidade da norma*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande Sul. Porto Alegre, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Coisa julgada inconstitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Coisa Julgada Erga Omnes e Eficácia Vinculante*. Disponível em: <[http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/149256/Coisa\\_Julgada\\_Erga\\_Omnes\\_e\\_Eficacia\\_Vinculante](http://ufpr.academia.edu/LuizGuilhermeMarinoni/Papers/149256/Coisa_Julgada_Erga_Omnes_e_Eficacia_Vinculante)>. Acesso em: 29 set. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos. In: FUNDAMENTOS do estado de direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MAURER, Hartmut. *Contributos para o direito do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das Constituições rígidas*. São Paulo: José Bushtsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 3, julho 1999a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_03/contr\\_const\\_dir\\_mun\\_est.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/contr_const_dir_mun_est.htm)>. Acesso em: 26 mar.2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1999b.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999c.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. 5 (arts. 444-475).

\_\_\_\_\_. *Tratado das ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991. v. 2.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NETTO, Nelson Rodrigues. *Notas sobre a coisa julgada no processo individual e no processo coletivo*. Disponível em: <[http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson\\_rodrigues\\_netto](http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=nelson_rodrigues_netto)>. Acesso em: 18 fev. 2011.

MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.

NEVES, Celso. *Coisa julgada civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

\_\_\_\_\_. Técnica e formalismo. In: \_\_\_\_\_. *Do formalismo no processo civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

\_\_\_\_\_. *A nova execução: comentários à Lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *A nova execução de títulos extrajudiciais: comentários à Lei n. 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de (Org.). *Processo e constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Dordrecht: Kluwer, 1989.

PONTES, Helenilson Cunha. Coisa julgada tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Coisa julgada tributária*. São Paulo: APET – MP, 2005.

PORTO, Sérgio. Classificação de ações, sentenças e coisa julgada. *Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 21, n. 61, p. 34-62, 1994.

RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

RUBIN, Fernando. O instituto da preclusão na dinâmica do processo civil. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Rio de Janeiro: LTR, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? In: DIDDIER JÚNIOR, Freddie (Coord.). *Relativização da coisa julgada*. Salvador: Podium, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes da. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. In: CONSTITUIÇÃO e segurança jurídica (direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada): estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTANA, Izaías José de. *Controle concreto de constitucionalidade: efeitos das decisões e vinculação do judiciário*. Porto Alegre: Fabris, 2008.

SCHAUER, Frederick. *Las Reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas, en el derecho y en la vida cotidiana*. Madri: Marcial Pons, 2004.

SILVA, Blecaute de Oliveira. Coisa julgada baseada em lei inconstitucional (?): considerações à luz da teoria pontiana. In: DIDIER, Freddie; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). *Revisitando a teoria do fato jurídico: estudos em homenagem ao Professor Marcos Bernardes de Mello*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da.. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e coisa julgada*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006b.

STUMPF, Lívia Troglio. Efeitos amplificados às decisões no controle concreto de constitucionalidade: o novo papel do Supremo Tribunal Federal na guarda da Constituição. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 5, n. 18, p. 105-138, abr./jun. 2011.

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

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

TESHEINER, José Maria. *Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para o seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valter do (Org.) *Coisa julgada inconstitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

TIPKE, Klaus; LANG, Joachim. *Direito tributário: Steuerrecht*. 18. ed. Porto Alegre: Fabris, 2008. v. 1.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa julgada em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

\_\_\_\_\_. Segurança jurídica e processo: recursos, coisa julgada, ação rescisória e ações de (in)constitucionalidade. In: SANTI, Eurico Marcos de (Coord.). **Curso de especialização em direito tributário**: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001a.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001b.

## JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. STF. Decisão Monocrática. ADPF 100 MC. Relator Ministro Celso de Mello, Julgamento 15 dez. 2008. *D.J.e-240*, 18 dez. 2008.

\_\_\_\_\_. Mandando de Injunção n. 58. Relator: Min. Carlos Velloso, Relator p/ Acórdão: Min. Celso de Mello. Julgamento 14 dez. 1990. *D.J.* 19 abr. 1991.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma. Recurso Extraordinário n. 188366. Relator: Min. Moreira Alves, Julgamento 19 out. 1999. *D.J.* 19 nov. 1999.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 555806. Relator Ministro Eros grau, Julgamento 1º abr. 2008. *D.J.e-070*.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Relator Néri da Silveira. Julgamento 12 mar. 2002. *D.J.* 17 maio 2002.

\_\_\_\_\_. Terceira Turma. Recurso em Mandado de Segurança 17976. Relator: Min. Amaral Santos. Julgado em: 13/09/1968, *D.J.* 26 set. 1969.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. ADI 293-MC. Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento em: 6 jun. 1990. *D.J.* 16 abr. 1993.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. ADPF 33 MC. Relator Ministro Gilmar Mendes, Julgamento 29 out. 2003. *D.J.* 06 ago 2004.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. ADPF 54 QO. Relator Ministro Marco Aurélio, Julgamento 27 abr. 2005, *D.J.* 31 ago.2007.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Reclamação n. 2600. Relator Ministro Cezar Peluso, Julgamento 14 set. 2006. *D.J.e-072*.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 605. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento 23 out. 1991. *D.J.* 05 mar. 1993.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. Rcl 2617 AgR . Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento 23 fev. 2005. *D.J.* 20 maio 2005.

\_\_\_\_\_. Tribunal Pleno. RE 197917. Relator Ministro Maurício Corrêa. Julgamento 06 jun. 2002. *D.J.* 7 maio 2004.

BRASIL. STJ. Decisão Monocrática. Embargos de declaração nos Embargos de Divergência no Recurso Especial 841.818 30/DF. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Julgamento 19 dez. 2011. *D.J.* 02 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. Primeira Seção. Embargos de Divergência no Recurso Especial 423994/MG. Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgamento 8 out. 2003. *D.J.* 5 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Primeira Seção. EREsp 738689. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento 27 jun. 2007. *D.J.* 22 out. 2007.

\_\_\_\_\_. Primeira Seção. Recurso Especial n. 1.104.900/ES. Relatora Ministra Denise Arruda. Julgamento 25 mar. 2009. *D.J.e* 1º abr. 2009.

\_\_\_\_\_. Primeira Seção. Recurso Especial n. 1118893/MG, Relator. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Julgamento 23 mar. 2011. *D.J.e* 6 abr. 2011.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.35.851/PE. Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento 06 maio 2003. *D.J.* 19 maio 2003.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma. Recurso Especial n. 760.840/RS. Julgamento 16 set. 2008. Relator Ministro Luiz Fux. *D.J.e* 02 out. 2008.

BRASIL. STJ. Primeira Turma. Recurso Especial n. 833769/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento 29 jun. 2006. *D.J.* 03 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma. Recurso Especial n. 833769/SC. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. *D.J.* 03 ago. 2006.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. AI 489449 AgR. Relator Ministro Cezar Peluso. Julgamento 23 out. 2007, *D.J.e* 23 nov. 2007.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Recurso Especial 36017/PE. Relator Ministro Francisco Peçanha Martins, Julgamento: 19 out. 2000. *D.J.* 11 dez. 2000.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Recurso Especial nº. 258565/RS. Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgamento 20 ago. 2002. *D.J.* 14 out. 2002.

BRASIL. TRF 1ª Região. Terceira Turma. Apelação Cível nº 199701000310026. Relator: Juiz Eustaquio Silveira. *D.J.* 3 set. 1999.

BRASIL. TRF 4ª Região. Primeira Turma. Agravo Regimental na Remessa Ex Officio nº. 2000.04.01.134832-0. Relator Leandro Paulsen. *D.J.* 05 nov. 2003.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma. Apelação Cível nº 2001.04.01.020569-3. Relatora: Vivian Josete Pantaleão Caminha. *D.J.* 08 mar. 2006.

\_\_\_\_\_. Segunda Turma. Apelação Cível nº. 95.04.19433-8. Relatora: Tânia Terezinha Cardoso Escobar. *D.J.* 20 dez. 1995.

BRASIL. TRF 5ª Região. Quarta Turma. Apelação Cível nº 248486. Relator: Desembargador Federal Edílson Nobre. *D.J.* 16 ago. 2006.