

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Aline Aparecida Costa Bagatin

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Especialização em Direito Processual Tributário

São Paulo

2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC – SP

Aline Aparecida Costa Bagatin

**RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL EM MATÉRIA
TRIBUTÁRIA**

Especialização em Direito Processual Tributário

Monografia apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação do Professor Doutor Paulo César Conrado.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da relativização da coisa julgada, analisando as situações em que há uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que transita em julgado na esfera individual e, que em momento posterior, é decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário. Para alcançar esse objetivo foi analisado no primeiro capítulo o instituto da coisa julgada, incluindo os seus limites objetivos e subjetivos, uma vez que importante se delimitar o âmbito de eficácia do provimento jurisdicional. No segundo capítulo foram apresentadas breves considerações acerca da segurança jurídica e sua relação com a coisa julgada. O terceiro capítulo aborda a questão da relativização da coisa julgada, apresentando-se os temas que a evocam, bem como algumas das posições doutrinárias favoráveis e contrárias a esse respeito. No quarto capítulo foi analisada a hipótese de relativização da coisa julgada inconstitucional, apresentando-se as hipóteses identificadas pela doutrina que ensejam a inconstitucionalidade da coisa julgada. Em seguida apresentou-se o fenômeno da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária, abordando-se a aplicação da Súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal, a posição doutrinária e a posição da jurisprudência. Por fim, o quinto capítulo é dedicado à apresentação dos principais instrumentos processuais existentes para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária. Nesse estudo foram observadas as disposições trazidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, aplicáveis ao tema objeto deste estudo.

Palavras-chave: Coisa julgada. Inconstitucionalidade. Relativização. Segurança Jurídica.

ABSTRACT

This work aims to study the relativity of res judicata, analyzing the situations in which there is a declaration of constitutionality or unconstitutionality to become final in the individual sphere, and at a later moment, is decided by the Supreme Court in diffuse or concentrate control in the opposite direction. To achieve this goal was analyzed in the first chapter the institution of the res judicata, including its objective and subjective limits, as important to define the effectiveness of the framework of the judicial act. In the second chapter were made brief remarks about the legal security and its connection with the res judicata. The third chapter addresses the issue of relativity of res judicata, presenting the themes that evoke it, as well as some of the doctrine positions in favor and against in this regard. In the fourth chapter it was analyzed the relativity of the unconstitutional res judicata, presenting the cases identified by the doctrine giving rise to the unconstitutionality of the res judicata. Subsequently it was presented the phenomenon of unconstitutional res judicata in tax matters, approaching the application of Precedent # 239 of the Supreme Court, the doctrine position and the position of the Brazilian Courts. Finally, the fifth chapter is dedicated to the presentation of the main existing procedural instruments to deconstruct the unconstitutional res judicata in tax matters. In this study it was observed the provisions of the Law # 13 105 of 16 March 2015 applicable to the object of this study.

Key words: Res judicata. Unconstitutionality. Relativization. Security Counsel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1. COISA JULGADA- BREVES CONSIDERAÇÕES	8
1.1. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada	9
1.2. Coisa Julgada Formal e Material	12
2. COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA	17
3. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA	19
3.1. Corrente favorável	20
3.2. Corrente contrária	22
4. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL	24
4.1. Identificação do fenômeno da coisa julgada inconstitucional	24
4.2. Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária	27
4.3. Aplicação da Súmula 239 do STF	30
4.4. Posição Doutrinária	32
4.5. Posição da Jurisprudência	45
5. INSTRUMENTOS DE CONTROLE	51
5.1. Ação Rescisória	51
5.2. Impugnação à execução	53
5.3. Ação declaratória de nulidade (<i>querela nullitatis</i>)	55
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS	61

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo a análise da relativização da coisa julgada, em matéria tributária, especificamente nas situações em que há uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que transita em julgado na esfera individual e, que em momento posterior, é decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário.

A fim de se alcançar o objetivo proposto, o estudo foi dividido em cinco capítulos desenvolvidos em uma sequência lógica.

No primeiro capítulo serão feitas breves considerações acerca da coisa julgada, sendo abordado seu conceito, sua natureza jurídica, suas modalidades formal e material, bem como seus limites subjetivos e objetivos, este último relevante para a questão do alcance temporal da coisa julgada em matéria tributária.

O segundo capítulo consistirá na apresentação de breves considerações acerca da segurança jurídica e sua relação com a coisa julgada. Por outro lado, será apresentado que há aqueles que defendem que a coisa julgada deve conviver harmonicamente com outros princípios constitucionais além da segurança jurídica.

No terceiro capítulo será abordada a questão da relativização da coisa julgada, apresentando-se os temas que a evocam, bem como algumas das posições doutrinárias favoráveis e contrárias a esse respeito.

No quarto capítulo será analisada a hipótese de relativização da coisa julgada relacionada à coisa julgada inconstitucional. Nesse contexto, serão apresentadas, em princípio, as hipóteses identificadas pela doutrina que ensejam a inconstitucionalidade da coisa julgada. Em seguida será apresentada em maior detalhe a coisa julgada inconstitucional em matéria tributária, apresentando-se, a esse respeito, a aplicação da Súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal, a posição doutrinária e a posição da jurisprudência.

Por fim, o quinto capítulo é dedicado à apresentação dos principais instrumentos processuais existentes para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional em matéria tributária.

Cumprе destacar que neste trabalho foram observadas as disposições processuais civis introduzidas pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC de 2015), que apresenta importantes alterações relativas ao tema objeto deste estudo.

1. COISA JULGADA- BREVES CONSIDERAÇÕES

Enrico Túlio Liebman defende que “a autoridade da coisa julgada não é efeito ulterior e diverso da sentença, mas uma qualidade dos seus efeitos e a todos os seus efeitos referente, isto é, precisamente a sua imutabilidade”.¹

Nesse sentido; Helenilson Cunha Pontes² explica que a imutabilidade, definitividade e inalterabilidade são características não só do ato formal que emite o comando normativo, mas abrange em especial os efeitos do comando que emerge da sentença.

Significa dizer que com o resultado final de um processo judicial, ou seja, esgotados os meios recursais cabíveis, a controvérsia está definitivamente solucionada, nos limites fáticos e jurídicos apresentados e às partes do processo.

Tal imutabilidade representa necessidade social, pois não haveria como se garantir equilíbrio social e estabilidade nas relações jurídicas caso fosse admitido que o mesmo conflito de interesses fosse levado diversas vezes à apreciação do Poder Judiciário.

Em nosso ordenamento a coisa julgada tem proteção constitucional, estando prevista no artigo 5º, XXXVI, da Magna Carta, que dispõe que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A respeito dessa previsão há doutrinadores, como Humberto Theodoro Junior³, que defendem uma interpretação mais restrita desse dispositivo, entendendo que o legislador constitucional buscou apenas resguardar a coisa julgada de lei nova (princípio da irretroatividade das leis).

Para essa corrente, a coisa julgada é tratada por lei infraconstitucional e que, portanto, quando a mesma encontrar-se em conflito com uma norma constitucional, esta deve prevalecer.

¹ LIEBMAN, Enrico Túlio apud PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. P. 107.

² PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética: 2005. P. 107.

³ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 598.

Por outro lado, há aqueles que entendem que o constituinte pretendeu resguardar a coisa julgada de todas as esferas estatais, inclusive o judiciário. Neste sentido é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco⁴:

Na fórmula constitucional da garantia da coisa julgada está dito apenas que a lei não a prejudicará (art. 5º, inc. XXXVI), mas é notório que o constituinte *minus dixit quam voluit*, tendo essa garantia uma amplitude mais ampla do que as palavras poderiam fazer pensar. Por força da coisa julgada, não só o legislador carece de poderes para dar nova disciplina a uma situação concreta já definitivamente regradada em sentença irrecorrível, como também os juízes são proibidos de exercer a jurisdição outra vez sobre o caso e as partes já não dispõem do direito de ação ou de defesa como meios de voltar a veicular em juízo a matéria já decidida.

Rodrigo Chinini Mojica defende que o fato do instituto da coisa julgada ser tratado na Constituição Federal já é “indicativo mais que suficiente” para se afirmar que o Constituinte não buscou simplesmente consagrar o princípio da irretroatividade da lei, “de modo que, em relação a este direito fundamental, deve ser conferida a máxima efetividade, pondo-se a salvo a relevância do bem da vida por ele consagrado, qual seja: a segurança jurídica”⁵.

Cumprido destacar que o STF, em julgamento de agravo em recurso extraordinário interposto em ação rescisória, manifestou-se nesse mesmo sentido, afirmando que “não se pode perder de vista que a coisa julgada é uma garantia constitucional fundamental daqueles que litigam perante o Poder Judiciário”⁶.

1.1. Limites objetivos e subjetivos da coisa julgada

Os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada determinam a extensão dos efeitos da coisa julgada.

Os limites objetivos estabelecem “o que da sentença se reveste daquela qualidade de imutabilidade e o que fica de fora. Ou por outra, se destina a separar,

⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista de Processo, São Paulo, ano 28, nº 109, 2003.

⁵ MOJICA, Rodrigo Chinini. *Coisa julgada em matéria tributária e seus mecanismos de revisão*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 45-46.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no 649.404/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 28 jul. 2015.

das múltiplas questões decididas pela sentença, aquelas que restam protegidas pelo manto da coisa julgada”.⁷

O artigo 458 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC 73) preceitua que a sentença é composta de:

- I. relatório, que conterà o nome das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
- II. os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
- III. o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

No entanto, não são todos os elementos da sentença que são acobertados pela imutabilidade, pois o artigo 468 do mesmo diploma legal prescreve que “a sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”. Assim, como é na “parte dispositiva que o Juiz decide a lide e as questões que lhe foram submetidas, só esta parte da sentença é que adquire a autoridade de coisa julgada”.⁸

Já o artigo 469 traz o rol dos elementos da sentença que não fazem coisa julgada, quais sejam: os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença, a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença e a questão prejudicial decidida incidentalmente no processo⁹.

Não obstante a lei processual limite a coisa julgada à parte dispositiva da sentença, há de se considerar que muitos casos somente a investigação da motivação contida na sentença juntamente com a causa de pedir e o pedido da causa é possível determinar o exato alcance da coisa julgada.

⁷ OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

⁸ VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa julgada e ação anulatória*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69.

⁹ No novo CPC (Lei nº 13.105/2015) o artigo 504 dispõe que não fazem coisa julgada os motivos e a verdade dos fatos. As questões prejudiciais foram incluídas nos limites objetivos da coisa julgada, desde que (a) dessa questão dependa o julgamento do mérito, (b) a respeito dela tiver havido contraditório e (c) o juiz tiver competência em razão da matéria e da pessoa para conhecê-la e julgá-la (art. 503, §1º).

De fato, não é raro o dispositivo da sentença contém unicamente expressões abstratas, tais como “pedido acolhido” ou “sentença procedente”. Nesses casos, é evidente que sem a análise dos motivos da sentença e da causa de pedir e do pedido não é possível “identificar com razoável segurança os termos do comando emitido pelo Poder Judiciário”.¹⁰

Nesse sentido, Liebman adverte:¹¹:

[...] é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a frase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura haja considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos, por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar o alcance do dispositivo.

Ademais, como bem destacado no trecho acima, tendo em vista que a norma jurídica concreta contida na parte dispositiva da sentença é constituída a partir da pretensão deduzida pelo autor, é possível inferir que o pedido e a causa de pedir também integram a *res iudicata*. Nessa mesma linha são os ensinamentos de Barbosa Moreira:

Através da demanda, formula a parte um *pedido*, cujo teor determina o objeto do litígio e, conseqüentemente, o âmbito dentro do qual toca ao órgão judicial decidir a lite (art. 128). Ao proferir a sentença de mérito, o juiz acolherá ou rejeitará, no todo ou em parte, o pedido do autor (art. 459, 1ª parte). Não poderá conceder providência diferente da pleiteada, nem quantidade superior ou objeto diverso do que se pedir (art. 460); tampouco deixar de pronunciar-se sobre o que quer conste do pedido. É o princípio da *correlação* (ou da *congruência*) entre o pedido e a sentença (*ne eat iudex ultra vel extra petita partium*), só afastável ante exceção legal expressa.¹²

Assim, muito embora pela lei processual somente o dispositivo da sentença estaria albergado pela coisa julgada, não se pode deixar de reconhecer que o pedido e a causa de pedir “integram a *res iudicata*, uma vez que atuam como delimitadores do conteúdo e da extensão da parte dispositiva da sentença”¹³.

¹⁰ PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. P. 108.

¹¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 164.

¹² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação no 4.421/DF. Primeira Seção. Relator Ministro Luiz Fux. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 29 ago. 2015.

Já os limites subjetivos dizem respeito à discriminação os sujeitos que serão atingidos pela coisa julgada material, se somente às partes ou se a terceiros beneficiados ou prejudicados pelos efeitos da sentença.

A esse respeito, a primeira parte o artigo 472 do CPC estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Como se nota a lide processual não admite que a coisa julgada alcance terceiros estranhos à lide em que foi formada. Tal disposição encontra-se em consonância com a ordem constitucional vigente, uma vez que não se pode admitir restrições de direitos a quem não foi sujeito ao contraditório e a ampla defesa.

Por outro lado, a parte final do referido dispositivo prevê que a coisa julgada se estende a terceiros nas causas relativas ao estado de pessoa. O terceiro a que se refere é um interessado no resultado da lide, que deverá ser regularmente citado e formar litisconsórcio necessário.

A esse respeito esclarece Luiz Guilherme Marinoni:

[...] terceiro interessado é aquele que tem interesse jurídico na causa, decorrente da existência de alguma relação jurídica que mantém conexa ou dependente, em face da relação jurídica deduzida em juízo. Por haver um interesse jurídico, é permitida a participação do terceiro. Deve-se ressaltar também, que se faz mister abrir o contraditório para que a sentença torne-se imutável tanto em relação às partes como em relação a terceiros.¹⁴

Assim, os limites subjetivos da coisa julgada estão relacionados com o alcance do instituto, o qual, conforme exposto, atinge às partes da relação processual e eventualmente à terceiros.

1.2. Coisa Julgada Formal e Material

Para esse estudo cumpre destacar ainda a distinção entre a coisa julgada formal e material.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 685.

O CPC, no artigo 467, define apenas a coisa julgada material, afirmando que “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.¹⁵

Tanto a coisa julgada formal quanto a material decorrem da impossibilidade de interposição de recurso contra a sentença, a diferença é que a primeira ocorre endoprocessualmente, enquanto que a segunda é um fenômeno extraprocessual.

De acordo com Humberto Theodoro Júnior:

A coisa julgada formal decorre simplesmente da imutabilidade da sentença dentro do processo em que foi proferida pela impossibilidade de interposição de recursos, quer porque a lei não mais os admite, quer porque se esgotou o prazo estipulado pela lei sem interposição pelo vencido, quer porque o recorrente tenha desistido do recurso interposto ou ainda tenha renunciado à sua interposição.

(...).

Já a coisa julgada material, revelando lei entre as partes, produz seus efeitos no mesmo processo ou em qualquer outro, vedando o reexame da *res in iudicium deducta*, por já definitivamente apreciada e julgada.¹⁶

A coisa julgada formal, portanto, identifica-se com a irrecorribilidade dentro do próprio processo em que foi formada. É por isso que a doutrina a denomina de preclusão máxima, “deixando claro que nenhum outro ato processual poderá ser realizado dentro daquela determinada relação jurídico-processual porque a sentença de mérito tornou-se imutável”.¹⁷

Ocorrendo apenas endoprocessualmente, a coisa julgada formal não impede a propositura de nova ação, ao contrário da coisa julgada material.

De fato, a coisa julgada material impede que as partes rediscutam o objeto da demanda na mesma relação processual ou em outro processo. Por esse motivo, se a sentença for omissa em relação a um dos pedidos da ação não se forma a coisa julgada sobre a matéria que não foi apreciada, podendo ser objeto de nova ação para se obter a prestação jurisdicional.

¹⁵ O novo CPC também só traz a definição da coisa julgada material, com pequenas alterações na redação do dispositivo do CPC de 1973: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., p. 595.

¹⁷ MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 1437.

O CPC de 2015, no artigo 487 define que haverá resolução do mérito quando o juiz:

- I. acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;
- II. decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;
- III. homologar:
 - a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;
 - b) a transação;
 - c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Havendo sentença de mérito transitada em julgada não se poderá propor nova ação para rediscussão da mesma matéria. No entanto, devem-se observar também os elementos identificadores da ação, a fim de verificar a identidade entre as ações e a consequente impossibilidade de rediscussão da matéria.

O artigo 337 do CPC de 2015 dispõe em seu parágrafo 2º que uma ação é idêntica à outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido. Havendo a modificação de qualquer desses elementos caracterizados da identidade das ações estar-se-á diante de uma nova ação, que não se submete aos efeitos da coisa julgada material.

No entanto, para haver coisa julgada material é indispensável o exercício da cognição exauriente, ou seja, após ampla permissão de instrução e debate. Ou seja, além de enfrentar o mérito, a sentença deve ainda ser fruto de uma prestação jurisdicional em que a discussão acerca do mérito tenha minimamente se aprofundado, “sob pena de se outorgar imutabilidade a uma decisão que não goza de certeza”.¹⁸

¹⁸ MOJICA, Rodrigo Chinini, op. cit., p. 23.

Por esse motivo, não fazem coisa julgada material as decisões proferidas em processo de execução, as de cognição sumária (tais como as tutelas de urgência) e as sentenças terminativas (artigo 485 do CPC de 2015).

Nesse contexto cumpre destacar a previsão da figura da tutela antecipada estabilizada trazida no artigo 304 do CPC de 2015 que prevê que a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303¹⁹, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

Não sendo interposto recuso, o processo será extinto (parágrafo 1º) sem o julgamento do mérito, garantindo-se a estabilidade dos efeitos da tutela antecipada mesmo nessa hipótese.

No entanto, no parágrafo 2º do mesmo dispositivo é permitido que as partes proponham ação com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada.

Havendo possibilidade de rediscussão da tutela antecipada estabilizada, não haverá a formação da coisa julgada material, pois a ela não se agregará os efeitos da indiscutibilidade e imutabilidade extraprocessual.

Todavia, esse direito a rediscussão da tutela antecipada estabilizada deve observar o prazo de dois anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo (parágrafo 5º).

Dessa forma, esgotado o prazo legal para a rediscussão da tutela antecipada estabilizada, a decisão proferida nesse processo adquirirá os efeitos da indiscutibilidade e imutabilidade da matéria ali decidida em uma nova ação. Significa dizer que transcorrido o prazo de dois anos, a decisão proferida em sede de tutela antecipada formará coisa julgada material.

¹⁹ Art. 303. Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

Por esse motivo, a previsão contida no parágrafo 6º, do artigo 304 do CPC de 2015 deve ser interpretada como a impossibilidade de formação da coisa julgada enquanto for possível a rediscussão da decisão, prevista no parágrafo 2º.

Esse é o entendimento manifestado por Luiz Eduardo Ribeiro Mourão, que afirma que “enquanto perdurar o direito de revisão da tutela antecipada, não há coisa julgada. Findo este direito, a tutela liminar será selada com a autoridade da coisa julgada (artigo 502 do CPC de 2015)”.²⁰

Por outro lado, Luiz Eduardo Ribeiro Mourão ainda destaca que “a coisa julgada da tutela antecipada antecedente respeitará a natureza provisória desta decisão”, pois sobrevindo a tutela de mérito, que é definitiva, a tutela antecipada, sendo provisória, será substituída, sem que importe em violação da coisa julgada:

Assim, o julgamento do mérito, com a conseqüente substituição da tutela provisória, não importa em violação coisa julgada, uma vez que não houve repetição do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre o mesmo objeto: a apreciação da tutela antecipada baseia-se na probabilidade do direito e na presença da urgência enquanto a tutela final desconsidera a urgência e busca a certeza do direito. São atividades jurisdicionais diversas, sobre objetos distintos.²¹

Assim, em razão do caráter provisório da tutela antecipada estabilizada, neste trabalho será analisada a relativização da coisa julgada proferida em tutela de mérito de cognição exauriente.

A coisa julgada material constitui a coisa julgada por excelência, instrumento da estabilidade das relações jurídicas e pacificação social. Por esse motivo as referências à coisa julgada nos próximos capítulos deste trabalho corresponderão à coisa julgada material.

²⁰ MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>. Acesso em 25 ago. 2015.

²¹ Idem.

2. COISA JULGADA E SEGURANÇA JURÍDICA

A segurança jurídica constitui um dos fundamentos do Estado e ao direito, inserindo-se no rol dos direitos fundamentais, uma vez que é consagrada no artigo 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um direito natural e imprescindível e positivada como um direito individual no ordenamento pátrio (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Luis Roberto Barroso defende que o princípio da segurança jurídica apresenta “um sentido nuclear básico e elementar ligado à garantia de que novas obrigações somente podem ser exigidas dos cidadãos após sua prévia e válida introdução na ordem jurídica”.²²

Ainda de acordo com Barroso “esta é a proteção básica conferida pelas ideias complementares de legalidade e irretroatividade, que nada mais são do que corolários da segurança jurídica”.²³

Ao lado desse aspecto formal, Barroso destaca que a “segurança jurídica ostenta também uma dimensão material, identificada com a possibilidade que as pessoas devem ter de prever razoavelmente as obrigações decorrentes do sistema normativo”.²⁴

Nesse sentido a segurança jurídica aplica-se também à atividade jurisdicional já que “juízes e tribunais é que vão dizer, de modo definitivo, o sentido e o alcance da lei”.²⁵

A esse respeito, Paulo de Barros Carvalho esclarece que a segurança jurídica é:

Um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação da conduta. Tal sentimento tranquiliza os cidadãos, abrindo espaço para o planejamento de ações futuras, cuja disciplina jurídica conhecem, confiantes

²² BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 24 ago. 2015

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ Idem.

que estão no modo pelo qual a aplicação das normas do direito se realiza. Concomitantemente, a certeza do tratamento normativo dos fatos já consumados, dos direitos adquiridos e da força da coisa julgada, lhes dá a garantia do passado. Essa bidirecionalidade passado/futuro é fundamental para que se estabeleça o clima de segurança das relações.²⁶

Conforme mencionado acima, a coisa julgada se qualifica pelo “esgotamento de todos os meios regularmente admitidos em Direito para seu questionamento”, de modo a evitar que as discussões se eternizem em favor da estabilidade das relações jurídicas e da certeza dos atos estatais”.²⁷

Nesse sentido, a coisa julgada guarda estrita relação com a segurança jurídica, conforme explica Humberto Ávila:

A garantia da coisa julgada, portanto, é – como acentua Ferraz Jr. – uma manifestação da segurança jurídica, segundo a qual não se pode, desde o presente, alterar o sentido normativo decorrente da decisão judicial anterior, com o quê se confere segurança, por estabilidade, à relação jurídica objeto da decisão, impedindo a continuidade da discussão.²⁸

No entanto, há aquele que defendem que o princípio da segurança jurídica, como expressão da coisa julgada, deve conviver harmonicamente com outros valores e princípios de mesma hierarquia, como, por exemplo, a “justiça das decisões judiciais, constitucionalmente vinculado à garantia do acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV)”.²⁹

Ademais, o princípio da unidade da Constituição determina que “todas as normas (regras e princípios) constitucionais têm igual dignidade, ou seja, não há hierarquia de supra-infra ordenação no corpo de uma mesma Constituição”.³⁰

Assim, para essa corrente, a segurança jurídica e coisa julgada não significam a imutabilidade do direito, mas sim garantias constitucionais que devem ser sopesadas com outras garantias de igual grandeza, de modo que é possível admitir a sua relativização, em especial quando se tratar de inconstitucionalidade, conforme se demonstrará a seguir.

²⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2014. P. 366.

²⁸ Idem.

²⁹ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p.112.

³⁰ Canotilho, JJ. Gomes apud PONTES, Helenilson Cunha, ibidem, p. 156.

3. A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

Conforme esclarece Helenilson Cunha Pontes, a relativização da coisa julgada passou a receber atenção pela doutrina processualista brasileira nos últimos anos em razão de uma série de fatores, dentre os quais o autor destaca: (I) a proliferação de ações indenizatórias e desapropriatórias; (II) a constitucionalização das demandas; (III) ações de paternidade em que o exame de DNA permite a revisão de julgados; e (IV) reconhecimento de valores éticos indispensáveis à realização da justiça:

A proliferação de ações indenizatórias e desapropriatórias transitadas em julgado condenando o Poder Público a cifras milionárias; a constitucionalização das demandas, o que gera descompasso entre decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade transitadas em julgado e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário; o avanço tecnológico a permitir que decisões judiciais transitadas em julgado possam ser revistas em nome de maior certeza, sobretudo em ações relacionadas ao estado de pessoas (como ações de paternidade, em que o exame de DNA permite aferir a justiça da decisão judicial transitada tomada alguns anos atrás); a afirmação e o reconhecimento pelo Poder Judiciário de valores éticos indispensáveis à realização da justiça (o que pode ser observado pela aplicação que os Tribunais brasileiros vêm fazendo dos princípios da moralidade e da boa-fé), antes completamente afastados do discurso judicial por força da formação eminentemente positivista que dominou por muitos anos (e ainda existente, diga-se de passagem) a formação dos operadores de direito.³¹

Diante desses temas que evocam a relativização da coisa julgada, a doutrina se divide entre aqueles que admitem a relativização da coisa julgada, inclusive admitindo o seu desfazimento a qualquer tempo em situações de absoluta e evidente nulidade, por meio da propositura da ação declaratória negativa ou uma *querella nullitatis*, e entre aquele que defendem o caráter absoluto da coisa julgada como expressão do ideal de segurança jurídica.³²

A seguir passaremos a analisar essas correntes doutrinárias e também o posicionamento da jurisprudência a esse respeito.

³¹ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 109/110.

³² PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 116.

3.1. Corrente favorável

Dentre os defensores da relativização da coisa julgada pode-se destacar o processualista Cândido Rangel Dinamarco que em artigo denominado “Relativizar a coisa julgada material” sustenta que a segurança jurídica e a coisa julgada não são valores absolutos em nosso sistema. Confira-se:

O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais, constitucionalmente prometido mediante a garantia do acesso à justiça (Const., art. 5º, inc. XXXV). (...) Não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar a eternização de incertezas. (...) Conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, ou seja, sua leitura com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo.³³

O professor Humberto Theodoro Júnior, em artigo escrito conjuntamente com Juliana Cordeiro de Faria sustentam a possibilidade de rescisão da coisa julgada, “fundamentando-se na premissa de que a imutabilidade da coisa julgada é distorcida”:

[...] Em passado recente a intangibilidade da coisa julgada se revestia de uma mística auréola de santidade [...]. E o que prevalecia, mesmo no transcendente domínio da ordem constitucional, era o critério de somente contemporizar com o rompimento da *res iudicata* nos acanhados limites da ação rescisória. [...]. Ergueram-se, no entanto, vozes de inconformismo no seio da doutrina constitucional contra esse exagero de “santificação” de um fenômeno que haveria de conduzir a sentença a um nível de autoridade superior ao da própria constituição.³⁴

O ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, José Augusto Delgado também defende a relativização da coisa julgada, na medida em que não é possível conceber o reconhecimento da força absoluta da coisa julgada sob o único argumento que há de se fazer valer o império da segurança jurídica, devendo prevalecer a justiça. Nas palavras de Delgado:

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2015.

³⁴ THEODORO JR., Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para o seu Controle*. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Org.) apud ELALI, André; PEIXOTO Marcelo Magalhães. *Coisa Julgada em Matéria Tributária e sua Possível Relativização: Colisão de Princípios?*, p. 23. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO Marcelo Magalhães; ELALI, André (coordenadores). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005.

Há de se ter como certo que a segurança jurídica deve ser imposta. Contudo, essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no ordenamento jurídico são violados pela sentença, por ser necessário, acima de todo esse aparato de estabilidade jurídica, prevalecer o sentimento do justo e da confiabilidade nas instituições.³⁵

Em outro trabalho de sua autoria, Delgado afirma “a necessidade imposta pelos novos tempos de revisão do conceito da coisa julgada”³⁶, concluindo que:

a) o princípio da coisa julgada é de natureza relativa; b) a coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade; c) o Poder Judiciário tem por missão aplicar as estruturas que sustentam o regime democrático; d) a sentença judicial transitada em julgado não pode ser veículo de injustiças; e) a decisão judicial não pode conduzir a resultados além ou aquém dos garantidos pela Constituição Federal; f) a coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza consequências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para as pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo Direito; g) a segurança jurídica produzida pela coisa julgada não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático; h) a garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar; i) em nome do princípio da não-retroatividade, os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado; j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocações de desigualdades nas relações do contribuinte com o Fisco, nas dos servidores com órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance; k) em tema de desapropriação, o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada; l) a sentença que transita em julgado pode ser revista, além do prazo para a rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por ofender à moralidade, à legalidade, à Constituição Federal e às regras da natureza; e finalmente m) a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial.³⁷

Por fim, Carlos Vader do Nascimento sustenta que a sentença é eivada de nulidade se contrária a Constituição, devendo ser eliminada por meio da *actio querella nullitatis*:

Se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade de sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face do grau de vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado, nesse caso, há de se buscar suporte na *actio querela nullitatis*.³⁸

³⁵ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*, p. 251. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO Marcelo Magalhães; ELALI, André (coordenadores). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005.

³⁶ Delgado, José Augusto apud PONTES, Helenilson Cunha op. cit., p. 110-111.

³⁷ Idem.

³⁸ NASCIMENTO, Carlos Vader do (Org.) apud: PONTES, Helenilson, ibidem, p. 112-113.

3.2. Corrente contrária

Em sentido contrário, há aqueles que sustentam a importância da coisa julgada.

Nesse sentido, Luis Guilherme Marinoni defende a importância da coisa julgada material, pois para o autor a simples afirmação de que o Poder Judiciário não pode emitir decisões contrárias à justiça, à realidade dos fatos e à lei não podem ser vistos como fundamentos adequados “para o que se pretende ver como “relativização” da coisa julgada.³⁹

Ainda de acordo com o professor Marinoni, “admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”.

Helenilson Cunha Pontes destaca a posição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery que não admitem qualquer hipótese de relativização da coisa julgada. Segundo Pontes, “esses autores consideram a coisa julgada e a segurança jurídica que ela consubstancia em elemento essencial da própria *existência* do Estado Democrático de Direito”.

Continua Pontes destacando o seguinte:

Não lhes impressiona a tese da necessidade de relativização em nome do afastamento das decisões judiciais injustas, pois, segundo eles, o sistema jurídico convive com a sentença injusta (quem será o juiz *posterior* da *justiça* da sentença que fora impugnável por recurso, e depois transitada em julgado, fora impugnável por ação rescisória?), bem como com a sentença proferida aparentemente contra a Constituição ou a lei (a norma que é *abstrata* deve ceder sempre diante da sentença que se dirige a uma situação *concreta*).⁴⁰

Essa corrente sustenta ainda a insegurança que poderia advir da admissão da relativização da coisa julgada, pois se estaria contaminado todo o sistema judiciário, na medida em que o vencido sempre encontraria meios para desafiar a decisão, invocando ofensa a valores da Constituição. Esse é o posicionamento de

³⁹ MARINONI, Luis Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 26 ago. 2015.

⁴⁰ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 115.

Arakem de Assis⁴¹ e do Superior Tribunal de Justiça no julgamento de ação negativa de paternidade⁴².

Feitas essas considerações a respeito da aceitação ou não da relativização da coisa julgada pela doutrina, será analisada a seguir, a que envolve o descompasso entre decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade transitadas em julgado e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, denominada coisa julgada inconstitucional.

⁴¹ ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. Porto Alegre: Revista Jurídica n.º 301. 2002. p. 11 e 27.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 107248/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 07 de maio de 1998. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 26 ago. 2015.

4. COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

4.1. Identificação do fenômeno da coisa julgada inconstitucional

Primeiramente cumpre fazer um esclarecimento acerca da expressão “coisa julgada inconstitucional”.

De acordo com Eduardo Talamini, inconstitucional não é a coisa julgada, mas sim a sentença com autoridade da coisa julgada:

[...] quando se alude a ‘coisa julgada inconstitucional’, tem-se em vista uma ‘inconstitucionalidade’ que reside na própria sentença: que está pressuposta ou situada no *decisium*, ou dele é um reflexo – e a coisa julgada só faz perpetuar esse comando. A rigor, trata-se de ‘sentença inconstitucional’ revestida de coisa julgada.⁴³

Assim, seria mais preciso o uso da expressão decisão inconstitucional transitada em julgado, utilizando-se decisão em um sentido amplo, abrangendo sentenças, acórdão e decisões monocráticas em relação aos quais se forma a coisa julgada.

No entanto, tendo sido consagrada pela doutrina, será mantida neste trabalho a expressão coisa julgada inconstitucional, mesmo reconhecendo que representa uma imprecisão técnica.

A doutrina identifica algumas situações que podem dar ensejo à coisa julgada inconstitucional. Paulo Otero, constitucionalista português, elenca três dessas situações, a saber:

- a) Primeira Situação: a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito que aplica uma norma inconstitucional;
- b) Segunda Situação: a decisão judicial que aplica uma norma inconstitucional;
- c) Terceira Situação: a decisão judicial que recusa a aplicação de uma norma com fundamento de que a mesma é inconstitucional, sem que se verifique qualquer inconstitucionalidade da norma.⁴⁴

⁴³ TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo, Editora dos Tribunais, 2005, p. 404.

⁴⁴ OTERO, Paulo apud GIROTTO, Luiz Eduardo de Castilho. *Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60-61.

Janaína Soares Noleto Castelo Branco adota as três situações propostas por Otelo e acrescenta uma quarta situação, definida por ela como a “sentença que dá à lei interpretação incompatível com a Constituição Federal”.⁴⁵

Juraci Mourão Lopes Filho, por sua vez, entende que há sete situações capazes de gerar a inconstitucionalidade da coisa julgada, estabelecendo ainda um grau de intensidade inconstitucionalidade da coisa julgada em ordem decrescente, sendo a primeira situação abaixo a que revelaria o maior grau de inconstitucionalidade e a última a de menor grau:

- a) ofende diretamente a Lei Magna, seja por seu dispositivo, seja por fundamentos que tratam diretamente de matéria constitucional;
- b) aplica norma infraconstitucional que posteriormente é declarada inconstitucional em contrato abstrato com efeito *ex tunc*;
- c) aplica norma infraconstitucional que posteriormente é declarada inconstitucional em contrato abstrato com efeito *ex nunc*;
- d) não aplica norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, mas posteriormente a norma é declarada constitucional pelo controle abstrato;
- e) aplica norma infraconstitucional que posteriormente é declarada inconstitucional em contrato difuso, sem Resolução do Senado Federal;
- f) aplica norma infraconstitucional que posteriormente é declarada inconstitucional em contrato difuso, com Resolução do Senado Federal;
- g) não aplica norma sob o fundamento de inconstitucionalidade, mas posteriormente a norma é declarada constitucional pelo controle difuso.⁴⁶

O ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto Delgado apresenta uma extensa lista exemplificativa de sentenças atentatórias à Constituição, as quais, a seu ver, “nunca terão força de coisa julgada”.⁴⁷

- a) a declaratória de existência de preclusão quando esse fenômeno processual inexistir por terem sido falsas as provas em tal sentido;
- b) a expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual;

⁴⁵ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto. *Coisa julgada inconstitucional: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 105.

⁴⁶ LOPES FILHO, Juraci Mourão. In: MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 245-246.

⁴⁷ DELGADO, José Augusto. *Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais*, p. 254-255. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO Marcelo Magalhães; ELALI, André (coordenadores). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005.

- c) a originária de posição privilegiada da parte autora que, aproveitando-se de sua própria posição de monopólio e do estado de necessidade do réu, demanda a este por razão de um crédito juridicamente infundado;
- d) a baseada em fatos falsos depositados durante o curso da lide;
- e) a reconhecedora da existência de um fato que não está adequado à realidade;
- f) a sentença conseguida graças a um perjúrio ou a um juramento falso;
- g) a ofensiva à soberania estatal;
- h) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana;
- i) a provocadora de anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- j) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (arts. 1º e 3º, da CF);
- k) a que obrigue alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário à lei;
- l) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;

Longe de se pretender esgotar as situações capazes de ensejar a inconstitucionalidade da coisa julgada, os exemplos colacionados acima demonstram que a doutrina considera que em diversas situações pode ocorrer o fenômeno da coisa julgada inconstitucional.

A situação objeto deste trabalho corresponde à declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que transita em julgado na esfera individual e, que em momento posterior, é decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário. O estudo proposto se concentrará, ainda, na área tributária.

A esse respeito, cumpre destacar a posição do professor Helenilson Cunha Pontes, para quem somente pode-se falar em inconstitucionalidade da coisa julgada caso a decisão proferida em controle difuso fosse proferida posteriormente em sentido contrário ao entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Destaca o autor:

“Não há o fenômeno da coisa julgada inconstitucional quando o juiz no livre exercício do ofício jurisdicional, ao decidir regularmente a lide, confere determinada interpretação a uma questão constitucional e em momento posterior o Supremo Tribunal Federal vem a manifestar diferente entendimento para a mesma questão.”⁴⁸

O autor explica ainda que é pacífico no Direito brasileiro que a coisa julgada inconstitucional pode ser revista pela ação rescisória, com fulcro na previsão contida no artigo 485, V, do CPC (violação a literal disposição de lei).

Nesse sentido, para Pontes, a “o fenômeno da coisa julgada inconstitucional somente revela alguma novidade se o identificarmos com a possibilidade de revisão de decisão judicial já albergada pela coisa soberanamente julgada, isto é insuscetível de ser objeto de ação rescisória”.⁴⁹

No entanto, pelos mesmos motivos comentados no início deste tópico, será mantida a expressão coisa julgada inconstitucional para referir-se à situação em que a decisão judicial transitada em julgada conflitante com posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso.

4.2. Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária

As relações jurídicas tributárias, do ponto de vista temporal, podem ser divididas em instantâneas, permanentes ou sucessivas, conforme proposto por Teori Albino Zavascki:

Instantânea é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. É instantânea, assim, no campo tributário, a relação obrigacional de pagar o imposto de transmissão em face da venda de determinado imóvel. Define-se como permanente (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo. A obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio doença tem como suporte fático a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborativas normais, estado de fato que, prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. [...] Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a sucessiva, nascida de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre a circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição

⁴⁸ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 150.

⁴⁹ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 149.

para a seguridade social sobre a folha de salário ou o sobre o seu faturamento.⁵⁰

Além do ICMS e COFINS citados pelo autor, outros tributos também revelam a relação de trato continuado ou sucessivo, tais como o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza (ISS), o Imposto sobre a Renda (IR) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

É caracterizada como sucessiva e continuativa a relação jurídica consubstanciada nesses tributos, porque os fatos geradores se repetem indefinidamente e a obrigação jurídica deles decorrente não são distintas e autônomas em relação às outras.

A esse respeito Helenilson Cunha Pontes explica:

(...) a relação jurídica tributária, entendida em sentido lato, caracteriza-se pela sucessividade ou continuidade, de modo que toda vez que se realiza o suporte fático da norma que estabelece o dever tributário (principal e/ou instrumental) surge para o Estado o direito potestativo de lançar o tributo devido e/ou de exigir o cumprimento do dever acessório. A sucessividade da relação tributária caracteriza-se pela incidência repetida da mesma norma tributária; as incidências da norma tributária, embora substancialmente iguais, sucedem-se no tempo; à medida que vão sendo realizados os suportes fáticos da norma tributária, vão se materializando, em ato, as relações jurídicas que, em potência, já estão definidas em lei.⁵¹

A legislação processual reconhece a peculiaridade dessa relação jurídica, dispondo em seu artigo 505, inciso I (CPC de 2015), que nenhum juiz decidirá as questões relativas à mesma lide, salvo “se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença”.

⁵⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2015.

⁵¹ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 129.

Em decorrência dessa característica peculiar das relações jurídicas tributárias é comum a propositura de ações declaratória e mandados de segurança requerendo do Poder Público o afastamento de normas tributárias tidas como inconstitucionais e, “por consequência, a definição do adequado regime jurídico que deve ser aplicado à relação jurídica tributária subjacente”.⁵²

Nesse contexto, a decisão judicial proferida nessas situações projetará seus efeitos para o futuro, regulando a relação jurídica tributária de forma similar a uma *lex specialis*, conforme explica Helenilson Cunha Pontes, o que significa que “consubstanciará a norma jurídica individual e concreta que regulará os fatos jurídicos sobre a qual o pronunciamento judicial se baseou na resolução da lide”,⁵³ desde que o autor não tenha limitado temporalmente o seu pedido.

O controle de constitucionalidade daí decorrente regulamentará as relações jurídicas tributárias como efeitos futuros é feito em sede difusa ou incidental, na medida em que é proferida por juízos de primeiro e segundo graus.

Não raras vezes, em razão das vicissitudes do controle difuso de constitucionalidade, a ação individual que projetará seus efeitos para o futuro transita em julgado nas instâncias inferiores, sem que a discussão tenha sido apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que, nosso ordenamento jurídico adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, o que significa que ele é feito também pela via concentrada.

Diante disso, pode ocorrer que posteriormente ao trânsito em julgado da ação individual que decidiu pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada obrigação tributária, a questão é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que profere uma decisão diferente da proferida na ação individual.

O controle concentrado de constitucionalidade é o exercido pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, na qual se decidirá as questões de constitucionalidade por meio de dois instrumentos processuais, na maior parte dos casos: ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

⁵² PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 132.

⁵³ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 135.

A decisão proferida em sede de controle de controle concentrado terá eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, via de regra. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade por esta via, em regra, possui efeito desconstitutivo, capaz de retirar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional, como se ela nunca tivesse existido.

Destaca-se que a Corte Suprema também poderá exercer o controle de constitucionalidade na sede difusa, por meio do julgamento de recurso extraordinário. Acompanhada da Resolução do Senado Federal a norma declarada inconstitucional terá sua execução suspensa com efeitos *erga omnes*.

Por outro, lado é discutível a admissão do caráter *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade incidental acompanhada de Resolução Senatorial, capaz de gerar a anulação retroativa dos efeitos produzidos pelo ato inconstitucional.

Em razão dessas características do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal discute-se a possibilidade de que a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferida por esse órgão possa atingir a coisa julgada individual formada anteriormente em sentido contrário.

Este é o conflito que se pretende analisar à luz da doutrina e jurisprudência acerca do tema, em matéria tributária.

4.3. Aplicação da Súmula 239 do STF

De acordo com a Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, a “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

No entendimento da doutrina, essa súmula deve ser interpretada como impossibilidade de formação de coisa julgada em relação os exercícios posteriores quando a sentença proferida se referir a um determinado exercício.

Assim, por exemplo, as sentenças anulatórias e nas desconstitutivas de títulos executivos proferidas em embargos à execução são típicos casos em que a eficácia da coisa julgada abrangerá apenas o tributo relativo ao período identificado no título executivo. Por esse motivo, a eficácia da sentença proferida nessas situações não poderá abranger períodos posteriores.

Por outro lado, as sentenças proferidas nas ações declaratórias e mandados de segurança podem ter eficácia mais abrangente, não se limitando a um exercício específico, tendo em vista que “se pede a tutela jurisdicional preventiva, direcionada para as relações jurídicas tributárias de forma continuada e duradoura”.⁵⁴

Contudo, há de se observar que mesmo nas ações declaratórias e mandados de segurança é possível que o pedido restrinja-se a um lançamento específico. Nesse caso, a coisa julgada não se formará em relação à fatos gerados futuros.

Por esse motivo é de extrema relevância os limites objetivos da coisa julgada. De fato, é o pedido formulado pelo autor da demanda que circunscreverá o âmbito de apreciação da sentença e, por consequência, determinará a eficácia do provimento judicial.

Nesse sentido vale conferir as lições do Ministro Francisco Rezek, acerca do real sentido da Súmula 239:

O que a Súmula 239 diz é apenas que quando a decisão judicial declara indevida cobrança do imposto em determinado exercício, ela, é óbvio, não faz coisa julgada em relação aos exercícios anteriores. Se ela própria se propõe reger um determinado exercício. Foi isso que disse no caso 83.225. A Súmula não significa, pois, em absoluto, que não haja coisa julgada, que não possa haver a coisa julgada no domínio fiscal. E o STF tem entendido, repetidamente, que a coisa julgada existe nesse domínio, como em todos os outros, não havendo razão nenhuma para se abrir uma exceção ao princípio, desde que a decisão judicial tenha tido realmente um alcance hábil para se projetar no tempo. É a ação declaratória. Se em ação declaratória ficou reconhecido que não há tributação possível sobre certo tipo de pessoa jurídica, por conta de certo tipo de operação ou atividade, isso sim faz coisa julgada. O que não faz é a decisão tomada num executivo fiscal, num mandado de segurança, onde normalmente se discute uma inveciva concreta do poder tributante. É aquela cobrança que se quer derrubar no mandado de segurança ou nos embargos à execução fiscal, e é aquela que se derruba, sem nenhuma projeção possível sobre o que vai acontecer depois. A ação declaratória não; a ação declaratória não visa, normalmente, ao protesto contra a iniciativa tributária concreta e avulsa.

⁵⁴ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p.132.

Visa sim, à definição da obrigação tributária, à definição da relação em causa. Tem havido, então, jurisprudência sempre nesse sentido. Recentemente julguei um RE 99.458, negando a coisa julgada, numa certa hipótese, não porque não existia a coisa julgada tributária, mas porque cuidávamos de uma execução fiscal, de embargos à execução fiscal, e tal decisão não pode fazer coisa julgada quanto à ilegitimidade da cobrança, em tese, de certo tributo, já que por sua própria natureza o processo da execução diz respeito estrito aos exercícios discutidos nos próprios autos.⁵⁵

Assim, nas ações individuais em que se obtém o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinada norma de conteúdo tributário, enquanto perdurarem inalterados os fatos e direito sobre a qual a declaração se pautou e desde que o pedido não tenha se restringido a determinado exercício, a eficácia da coisa julgada permanecerá.

4.4. Posição Doutrinária

O tema da coisa julgada inconstitucional já foi discutido por reconhecidos processualistas.

A seguir serão apresentados os posicionamentos de alguns dos juristas que demonstram alguns dos argumentos favoráveis a relativização da coisa julgada inconstitucional.

Um dos argumentos utilizados para defender a relativização da coisa julgada inconstitucional é o princípio da constitucionalidade ou da Supremacia da Constituição. Helenilson Cunha Pontes defende a aplicação desse princípio para aceitar a rescisão da coisa julgada individual anterior à decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário. Nesse contexto, segundo Pontes, as decisões da Suprema Corte devem sempre prevalecer:

O princípio da supremacia da Constituição é o alicerce do Estado Democrático de Direito, garantia e condição para o exercício das liberdades individuais e fórmula de vedação do arbítrio do poder estatal. A tarefa de garantia da efetividade da Constituição cabe ao Supremo Tribunal Federal de modo que as decisões desta Corte devem, na medida do possível, aplicar-se a todos, segundo um mandamento de máxima efetividade.⁵⁶

Pontes ainda faz referência ao princípio da unidade da Constituição, segundo o qual:

⁵⁵ REZEK, Francisco apud PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 131.

⁵⁶ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 156.

(...) todas as normas (regras e princípios) constitucionais têm igual dignidade, ou seja, não há hierarquia de supra-infra ordenação no corpo de uma mesma Constituição, o que implica afastar as teses das antinomias normativas, bem como das normas constitucionais inconstitucionais.⁵⁷

Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria concordam com esse posicionamento:

Negar simplesmente a relativização da intangibilidade da coisa julgada inconstitucional seria negar a própria superioridade da Constituição e admitir a existência de um poder sem limitação. Seria conferir aos juizes o poder ilimitado de decidir, ainda que contrariamente à Constituição, visto que o vício da inconstitucionalidade seria sanável com a *res iudicata* e se tornaria soberanamente irremediável após o decurso do prazo da ação rescisória.⁵⁸

Há também os que defendem que a relativização da coisa julgada inconstitucional age em favor da segurança jurídica, como, por exemplo, Janaína Soares Noleto Castelo Branco que sustenta que não haveria como o jurisdicionado “sentir-se seguro se o Estado não lhe garante uma prestação jurisdicional necessariamente conforme a Constituição”.⁵⁹

Também partidário dessa opinião é Carlos Valder do Nascimento, que assim defende:

Quando um juiz profere sentença inconstitucional, seu ato gera insegurança (...). Ora, a segurança da segurança gera um mal-estar no domínio do aparato judicial, razão do seu caráter negativo, revelando, do ponto de vista axiológico, um desvalor da ordem jurídica.⁶⁰

Humberto Ávila defende que a segurança jurídica conferida pela estabilidade da relação jurídica advinda da coisa julgada pode trazer grave estado de desigualdade nas relações continuativas. “Nesses casos deverão ser verificados os próprios contornos da coisa julgada em face de uma decisão posterior do Supremo Tribunal Federal declarando a (in)constitucionalidade do tributo”.⁶¹

⁵⁷ Idem.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Orgs.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 139-140.

⁵⁹ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto., *ibidem*, p. 86.

⁶⁰ NASCIMENTO, Carlos Valder. *op. cit.*, p. 60-61.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. P. 367.

O professor Ávila entende que, nesses casos, os efeitos futuros da decisão individual ficam limitados em decorrência da decisão do Supremo Tribunal Federal:

(...), se um contribuinte tiver uma decisão transitada em julgado declarando a constitucionalidade do tributo em discussão e for proferida uma decisão posterior pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade ou em controle difuso, com algum expediente de ampliação da eficácia subjetiva da decisão (suspensão da lei pelo Senado ou súmula vinculante), a validade da coisa julgada decorrente da decisão judicial individual fica ainda assim mantida; apenas seus *efeitos futuros* é que ficam limitados em decorrência – e a partir – da decisão judicial do Supremo Tribunal Federal. Se a decisão for em controle difuso, com eficácia subjetiva restrita às partes do processo, não há criação de norma individual para terceiros, não se podendo, portanto, alterar coisa julgada anterior.⁶²

O entendimento de Ávila é apoiado em dois fatores: a) a compreensão do artigo 471, I, do CPC (artigo 505, I, do CPC de 2015), pois “a aplicação desse dispositivo pressupõe o enquadramento da decisão do Supremo Tribunal Federal como uma espécie de modificação no “estado de direito”⁶³; e b) “a conciliação do princípio da segurança jurídica, por meio da coisa julgada, com o princípio da igualdade”.⁶⁴

A respeito da conciliação dos princípios, Ávila assim explica:

Tal harmonização 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 – como 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 a mera limitação dos seus efeitos futuros, no caso das relações continuativas preserva ambos os valores, sem comprometer – para o que aqui interessa mais de perto – a estabilidade da decisão judicial.⁶⁵

Nessa mesma linha, Carlos Valder do Nascimento defende que as decisões transitadas em julgado em desacordo com a Constituição constituem fonte permanente de insegurança jurídica:

Quando um juiz profere sentença inconstitucional, seu ato gera insegurança [...]. Ora, a segurança da segurança gera um mal-estar no domínio do aparato judicial, razão do seu caráter negativo, revelando, do ponto de vista axiológico, um desvalor da ordem jurídica.⁶⁶

⁶² Idem.

⁶³ Ibidem, p. 368.

⁶⁴ Idem.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder., op. cit, p. 60-61.

Fábio Junqueira de Carvalho e Maria Inês Murgel “sustentam que o tema deve ser solucionado a partir de uma ponderação entre isonomia e segurança jurídica”⁶⁷. Os autores ainda decisão transitada em julgado seja rescindida quando existir uma razão relevante, “como uma alteração legislativa, modificação no entendimento jurisprudencial ou mudança no estado do contribuinte ou nas operações que ele pratica consideradas no julgamento da causa”.⁶⁸

Teori Zavascki defende que na coisa julgada formada nas relações continuadas está implícita uma condição, a da cláusula *rebus sic stantibus*, “a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença”. Por outro lado, “poderá deixar de existir, passar a existir ou ser modificada por força de superveniente alteração no estado de direito”.⁶⁹

O Ministro do Supremo Tribunal Federal explica que as mudanças no estado de direito corriqueiras são “a revogação ou a derrogação das leis objeto do controle de constitucionalidade e o advento de novos preceitos normativos, inclusive os de natureza constitucional”.⁷⁰

Teori Zavascki destaca que “há, porém, uma forma especial de “modificação do estado de direito”⁷¹, típica do sistema de controle difuso de constitucionalidade”, que consiste na “suspensão, pelo Senado, do preceito normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.”⁷²

As consequências disso nas relações tributárias continuadas, segundo Zavascki, são as seguintes:

A revogação da norma, já se disse, constitui alteração no estado de direito, com reflexos imediatos na relação jurídica apreciada pela sentença. Esta, daí em diante, já não terá força de “lei entre as partes”, visto que tal força estava sujeita à cláusula *rebus sic stantibus*. Assim, revogada a lei em que se baseou a sentença para declarar tributável certa atividade do

⁶⁷ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 146.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2015.

⁷⁰ Idem.

⁷¹ Idem.

⁷² Idem.

contribuinte, deixará de existir, em relação ao futuro, a obrigação tributária objeto do reconhecimento judicial. No que se refere aos casos de suspensão da execução da lei pelo Senado, as conseqüências, para o futuro, são semelhantes às da revogação: suspensa, por inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, a execução da lei que criou o tributo, já não mais assistirá ao Fisco o direito de exigir o pagamento, mesmo em relação ao contribuinte contra o qual haja sentença anterior reconhecendo a constitucionalidade da exação. Todavia, ao contrário do que ocorre com a revogação, a suspensão não opera uma alteração do *estado da norma* em si. Esta continua mantendo exatamente o mesmo *status* que antes detinha. A alteração que se produz é no estado do direito, que ganha um elemento novo: a força vinculante da declaração da inconstitucionalidade do preceito normativo, tomada pelo Supremo e universalizada pela Resolução do Senado.⁷³

Nesse contexto o Ministro afirma que os efeitos da Resolução do Senado suspendendo a execução de norma inconstitucional é imediato, ou seja, independe do ajuizamento de ação rescisória, sobre as relações jurídicas de trato continuado. Mas ressalta que esse efeito se dá somente a partir da data da vigência da Resolução Senatorial.

Por outro lado, para que as situações passadas sejam desconstituídas o interessado deve fazer uso das “vias judiciais ordinárias, nomeadamente a da ação rescisória”.⁷⁴

Por fim, Zavascki entende que “o que se afirmou a respeito da suspensão da execução da norma inconstitucional por Resolução do Senado, aplica-se, *mutatis mutandis*, às sentenças de mérito proferidas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade”.⁷⁵

Cumpra ainda destacar, diante da interessante posição que adota a respeito do tema tratado neste trabalho, as lições de Helenilson Cunha Pontes a respeito da relativização da coisa julgada individual contrária à decisão posterior do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento de Pontes está calcado em quatro premissas, a saber:

- a) a decisão do Supremo Tribunal Federal deve ser dotada de máxima efetividade em nome do princípio da supremacia da Constituição;
- b) a interpretação do Direito deve ser conduzida pelo princípio da unidade da Constituição;

⁷³ Idem.

⁷⁴ Idem.

⁷⁵ Idem.

- c) o juízo de constitucionalidade é substancialmente diferente do juízo da inconstitucionalidade para o efeito de imposição da vontade constitucional tal como interpretada pelo Supremo Tribunal Federal nas relações jurídicas individuais já alcançadas pela coisa julgada;
- d) o Estado Democrático de Direito impõe o respeito estatal ao princípio da segurança jurídica, manifestado na boa-fé e na confiança no Poder Judiciário.⁷⁶

A partir dessas premissas Helenilson Cunha Pontes analisa se a decisão do Supremo Tribunal Federal é capaz de alterar a coisa julgada individual preexistente em sentido contrário, dividindo sua análise em cinco hipóteses:

- 1) Coisa julgada individual declaratória da inconstitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da mesma norma, em sede de controle concentrado.
- 2) Coisa julgada individual declaratória da inconstitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da mesma norma, em sede de controle difuso.
- 3) Coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle concentrado;
- 4) Coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle difuso, não acompanhada de posterior Resolução Senatorial suspendendo a eficácia da norma inconstitucional; e
- 5) Coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle difuso, seguida de posterior Resolução Senatorial suspendendo a eficácia da norma inconstitucional.

⁷⁶ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p 158.

Na primeira hipótese, Pontes defende que a decisão individual pela inconstitucionalidade de determinada norma tributária não deve prosperar em face da posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da mesma norma em controle concentrado, apoiado nos seguintes argumentos:

- 1) Autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal: as decisões judiciais individuais não podem prevalecer sobre o efetivo significado da Constituição na visão do órgão encarregado institucionalmente de cumprir em última instância tal mister⁷⁷, em observância ao princípio da Supremacia da Constituição.
- 2) Tributação de ordem econômica: “a manutenção da eficácia da coisa julgada da coisa julgada titularizada por um contribuinte individual e a desigualdade por ela revelada (em face dos demais contribuintes) promoverão indesejados efeitos nos princípios reguladores da ordem econômica, entre os quais a livre iniciativa econômica e a vedação à concorrência desleal.”⁷⁸
- 3) Princípio da generalidade tributária: consubstancia um aspecto da justiça distributiva tributária segundo a qual a carga tributária necessária para fazer face ao custeio do Estado e à promoção das medidas relativas ao atendimento das despesas públicas deve ser distribuída por toda a sociedade segundo critérios de generalidade. Decorre do sentimento geral de igualdade e de liberdade existente concretamente em um dado tempo e lugar⁷⁹.
- 4) Delimitação do objeto: exige-se a indispensável verificação da relação de identidade entre as questões constitucionais debatidas pelo Supremo Tribunal Federal e aquelas decididas na lide individual.⁸⁰
- 5) Eficácia *ex nunc*: a posterior pronúncia de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em sentido contrário à coisa julgada individual, fundada na inconstitucionalidade da mesma norma, não retira a validade do comando consubstanciado na decisão judicial individual, mas subtrai-

⁷⁷ PONTES, Helenilson Cunha, *Ibidem*, p. 159.

⁷⁸ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 160.

⁷⁹ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 162-163.

⁸⁰ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 167.

lhe a eficácia para reger os fatos posteriores à pronúncia de constitucionalidade. Essa solução impõe-se em nome do equilíbrio entre a supremacia da Constituição e da segurança jurídica na medida em que os atos praticados sob a égide de decisão judicial transitada em julgada ficam livres do efeito retroativo da decisão do Supremo Tribunal Federal; no entanto, esta decisão passará a regular os fatos realizados após a sua entrada na ordem jurídica, com efeitos gerais.⁸¹

- 6) Não cabimento de ação rescisória: a utilização da rescisória não parece adequada na hipótese de superveniente decisão declaratória da constitucionalidade da norma tributária, já que a adoção da rescisória gerará a desconstituição *ex tunc* da coisa julgada produzida na ação individual, o que agredirá a segurança jurídica, os princípios da irretroatividade da lei tributária, da confiança, da boa-fé, do respeito ao legítimo exercício de direito, e a regra da eficácia *ex nunc* das alterações nos critérios jurídicos de lançamento e da natural repercussão econômica do custo tributário.

A respeito da segunda hipótese supramencionada (Coisa julgada individual declaratória da inconstitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da mesma norma, em sede de controle difuso) Pontes faz a seguinte observação:

(...) no que tange às lides de natureza tributária, a manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal no sentido da constitucionalidade de uma norma tributária, embora não seja dotada de eficácia vinculante e geral, pragmaticamente assume dimensão muito próxima a esta, haja vista a natural a natural repercussão que tal decisão produz nas demais instâncias do Poder Judiciário, na Administração Tributária e nos próprios contribuintes, os quais perdem o interesse prático em discutir judicialmente a questão tributária subjacente, sendo que muitos inclusive desistem das ações já ajuizadas e recolhem o tributo eventualmente suspenso por medidas judiciais.

Destaca ainda que os efeitos da decisão da Suprema Corte, nessa hipótese, são *ex nunc* e também não caberá a propositura da ação rescisória para desconstituir os efeitos anteriores da coisa julgada individual.

⁸¹ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 168-169.

A respeito da terceira hipótese (Coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle concentrado) Pontes observa que a coisa julgada individual “perde o supedâneo de validade constitucional com a pronúncia de inconstitucionalidade *ex tunc* e com efeitos gerais proferida pelo Supremo Tribunal Federal”⁸². Isso porque, caso isso não fosse admitido, a supremacia da Constituição seria violentada.

No entanto, o autor observa que a retroatividade da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado é possível nesse caso, pois está beneficiando o contribuinte.

Também nessa hipótese Pontes defende que não é necessária a propositura de ação rescisória para que o contribuinte possa se beneficiar dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade. Como consequência, o contribuinte, por meio de mero pedido de ressarcimento, poderia pleitear os valores recolhidos na vigência da coisa julgada individual.

A respeito da quarta hipótese (Coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle difuso, não acompanhada de posterior Resolução Senatorial suspendendo a eficácia da norma inconstitucional), Pontes observa que muito embora a pronúncia de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal não acompanhada de Resolução do Senado não produz efeitos *erga omnes*, “a experiência demonstra que, pragmaticamente, a decisão (...) proferida nas circunstâncias ora retratadas, gera *efeitos extraprocessuais*, constitui um *fato jurídico* digno de nota na ordem jurídica”⁸³.

⁸² PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 176.

⁸³ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 179.

Com base nesse pressuposto, Pontes entende que o contribuinte poderá propor ação rescisória pleiteando “a cessação da eficácia da coisa julgada individual agora contrária à dicção do Supremo Tribunal Federal”, bem como, “em relação aos fatos passados, o desfazimento dos efeitos retroativos da norma inconstitucional, inclusive com o reconhecimento do direito à repetição dos valores recolhidos com fulcro nessa norma”⁸⁴.

Por fim, com relação há quinta hipótese (Coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle difuso, seguida de posterior Resolução Senatorial suspendendo a eficácia da norma inconstitucional) Pontes entende que, “pragmaticamente, o efeito da Resolução do Senado Federal, (...) equivale ao efeito gerado pela declaração de inconstitucionalidade na via do controle concentrado”⁸⁵.

Por esse motivo, também nessa hipótese é dispensada “a propositura de ação rescisória pelo contribuinte que tenha contra si decisão judicial transitada em julgado proclamando a constitucionalidade da mesma norma tributária objeto daquela resolução”⁸⁶

Para concluir os posicionamentos favoráveis, destaca-se o entendimento de Janaína Soares Noleto Castelo Branco que sugere o acréscimo de um novo parágrafo ao artigo 102, dedicado às atribuições da Suprema Corte, para prever que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade de leis e atos normativos autorizam a revisão de decisões judiciais com trânsito em julgado que lhe sejam contrário⁸⁷

Com isso ter-se-ia um critério objetivo a regulamentar a questão, o que afastaria a preocupação dos que são contrários à relativização da coisa julgada inconstitucional.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 181.

⁸⁶ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 182.

⁸⁷ CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noleto, *op. cit.*, p. 179.

Na outra mão está os doutrinadores que se posicionam contrários a relativização da coisa julgada inconstitucional, que adotam como principal argumento para defesa dessa posição a observância da segurança jurídica.

De fato, Leonardo Greco “afirma a necessidade de se compreender a coisa julgada como uma garantia essencial do direito fundamental à segurança jurídica e à tutela jurisdicional efetiva”⁸⁸.

Com fulcro nestas premissas, observa aquele autor que a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em sede de controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve exercer qualquer influência sobre anteriores decisões transitadas em julgado em sentido contrário àquele manifestado por essa Corte.⁸⁹

Ígor Danilevicz sustenta que a coisa julgada tributária individual não pode sofrer interferências de decisão proferida pela Suprema Corte em sentido contrário:

Para aquele autor, não é crível que decisão judicial alcançada pela *auctoritas rei iudicate* venha a ser modificada por declaração de inconstitucionalidade superveniente (do STF), ainda que seguida de Resolução do Senado Federal suspendendo a execução da norma inconstitucional e conclui afirmando que “o magistrado sempre terá o espírito predisposto a decidir conforme a Constituição, quer direta ou reflexamente. Se porventura este não for o entendimento sufragado na instância extraordinária, este é um problema de opção interpretativa.”⁹⁰

Luis Guilherme Marinoni, em artigo denominado “Sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material”, analisa os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade em relação à coisa julgada material, entendendo que a coisa julgada impõe um limite à eficácia da declaração de inconstitucionalidade. O autor faz as seguintes considerações:

Não há dúvida que, no direito brasileiro, entende-se, sem grande controvérsia, que a decisão de inconstitucionalidade produz efeitos *ex tunc*, e assim retroage até o momento da edição da lei. Afirma-se, nesse sentido, que tal decisão não possui caráter desconstitutivo, e por isso não apenas revoga a lei. A sua natureza é declaratória, pois reconhece a nulidade da lei, vale dizer, um estado já existente.

Acontece que essa tese (da retroatividade dos efeitos) deve ser vista com cautela, uma vez que não há sentido em admitir que uma teoria, apenas porque idônea em “determinado sentido”, possa ser aceita como adequada em “outro” apenas para que o seu arcabouço lógico-formal não seja abalado. Esse “outro sentido”, de que se fala, diz respeito exatamente àquelas situações que não devem ser atingidas pela declaração de inconstitucionalidade.

⁸⁸ GRECO, Leonardo apud PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 146.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ DANILEVICZ, Igor apud PONTES, Helenilson Cunha, ibidem, p. 149.

(...).

Recentemente, a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1.999 - que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal” –, estabeleceu no seu art. 27 que, “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 em que venha a ser fixado”

(...).

Acontece que a coisa julgada não se sujeita – ou poderá se sujeitar - aos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade e, assim, mesmo antes do art. 27 da Lei 9.869/99 – que, na realidade, com ela não tem relação -, já era imune a tais efeitos. Clèmerson Merlin Clève, em livro publicado em 1.995, já dizia que “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade”¹⁴, enquanto que o próprio Gilmar Ferreira Mendes, muito antes de 1.999, frisou que o sistema de controle da constitucionalidade brasileiro contempla “uma ressalva expressa a essa doutrina da retroatividade: a coisa julgada. Embora a doutrina não se refira a essa peculiaridade, *tem-se por certo que a pronúncia de inconstitucionalidade não faz tabula rasa da coisa julgada erigida pelo constituinte em garantia constitucional* (CF, art. 153, §3o15). Ainda que não se possa cogitar de direito adquirido ou de ato jurídico perfeito, fundado em lei inconstitucional, afigura-se evidente que a nulidade *ex tunc* não afeta a norma concreta contida na sentença ou acórdão”.⁹¹

Marinoni também não admite o cabimento da ação rescisória no caso de declaração de inconstitucionalidade, pois no seu entendimento “não é possível aceitar como racional a tese de que a ação rescisória pode ser utilizada como um mecanismo de uniformização da interpretação da Constituição voltado para o passado”.⁹²

Há ainda aqueles que defendem a rescisão da coisa julgada individual contrária à posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em algumas situações, desde que se observe a propositura de ação rescisória.

Misabel Abreu Machado Derzi também defende que a coisa julgada individual deve prevalecer diante de posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário proferida em sede de controle concentrado ou difuso, “já que a

⁹¹ MARINONI, Luis Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20formatado.pdf)>. Acesso em: 26 ago. 2015.

⁹² Idem.

coisa julgada serve de anteparo ao direito da parte que venceu a demanda e já recebeu a prestação jurisdicional”.⁹³

Ainda de acordo com Misabel Derzi:

o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é “peculiar, misto, próprio” de modo que eventual contradição entre decisões jurisprudenciais é aceita, pressuposta e absorvida pela Constituição, até porque, a coisa julgada assenta-se em princípios caros ao Direito Tributário como a garantia da certeza, da estabilidade e da previsibilidade das relações jurídicas.⁹⁴

Por essas razões Misabel Derzi não admite a propositura de ação anulatória objetivando a uniformização da jurisprudência, “ainda que com base no princípio da igualdade, objetivando adaptar decisões já transitadas em julgado a posterior entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal”.⁹⁵

No entanto, Derzi entende ser cabível a propositura de ação rescisória na hipótese de coisa julgada individual que declara a constitucionalidade sucedida por declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, fundamentando seu entendimento nas Súmulas nº 343 e 134⁹⁶ do Supremo Tribunal Federal.

Muito embora reconheça que a Corte Suprema tem afastado a aplicação de tais súmulas, a autora “ressalta que tal afastamento ocorre quando o acórdão rescindendo tenha ofendido regra constitucional, mediante aplicação de norma inferior inconstitucional”.⁹⁷ Nessa hipótese, “a ação rescisória objetiva justamente restabelecer a aplicação da regra maior ofendida”.⁹⁸

Misabel Derzi conclui seu entendimento afirmando que:

é um equívoco supor que a decisão superveniente do Supremo Tribunal Federal acarrete necessariamente a rescisão da decisão que passou em julgado, pelo simples fato de ter sido proferida por aquela alta Corte. Quem assim pensa está atribuindo efeito vinculante às decisões daquela Corte, o

⁹³ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 143.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ PONTES, Helenilson Cunha, ibidem, p. 143-144.

⁹⁶ Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal: “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”.

A Súmula nº 134, na verdade, pertence ao antigo Tribunal Federal de Recursos: “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente à pretensão do autor”.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

que a Constituição ainda não concede. Quem assim pensa está cassando a competência de cada juiz para se pronunciar *incidenter tantum* sobre a constitucionalidade de certa lei. Distinção se faz, de longa data, se o acórdão do Supremo Tribunal Federal declara não a constitucionalidade – mas a inconstitucionalidade da lei em que se baseia a sentença rescindenda. É que nesse caso, e apenas nesse, sendo contrária à Constituição, a lei que deu suporte à decisão é nula ‘ab initio’, ou como se não existisse.⁹⁹

Ada Pellegrini Grinover, da mesma forma que Misabel Derzi, entende que cabe rescisória para desconstituir a coisa julgada individual que aplicou lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto a autora destaca que somente será cabível a propositura da ação rescisória caso a decisão da Corte Suprema seja proferida em controle concentrado ou em controle difuso acompanhada de Resolução do Senado Federal.

No caso das decisões do Pretório Excelso proferidas em sede de controle difuso, não acompanhadas de Resolução Senatorial, a autora entende que “como é possível a alteração na orientação jurisprudencial, incide a Súmula n. 343 daquele Tribunal a impedir a propositura da ação rescisória”.¹⁰⁰

Por outro lado, Ada Pellegrini destaca que as decisões em controle concentrado do Supremo Tribunal Federal que declaram a constitucionalidade não geram reflexos sobre a coisa julgada individual em sentido contrário, já que “nada nulificam”. Se a declaração de constitucionalidade se der via controle difuso, incidirá a Súmula nº 343, impedindo a propositura de ação rescisória para desconstituir julgados que tenham considerado a lei inconstitucional.¹⁰¹

Apresentados os posicionamentos da doutrina acerca do assunto, passemos a análise da posição da jurisprudência.

4.5. Posição da Jurisprudência

Os debates acerca da relação entre coisa julgada individual e posterior decisão posterior do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade encontram-se também refletidos na jurisprudência pátria.

⁹⁹ DERZI, Misabel Abreu Machado apud PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 144.

¹⁰⁰ PONTES, Helenilson Cunha, *ibidem*, p. 145.

¹⁰¹ *Idem*.

De fato, destacam-se aqui duas situações em que essa relação foi enfrentada pelo judiciário: a instituição da contribuição social incidente sobre a remuneração paga a administradores e autônomos (Lei nº 7.787/89, artigo 3º, inciso I) e a discussão acerca da constitucionalidade da contribuição social sobre o lucro líquido (CSLL – Lei nº 7.689/88).

A instituição da contribuição social incidente sobre a remuneração paga a administradores e autônomos teve a sua constitucionalidade declarada por diversos Tribunais Regionais Federais, em decisões transitadas em julgado. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da referida obrigação tributária, a princípio via controle difuso (Recuso Extraordinário nº 166.772-9), seguida da Resolução do Senado Federal nº 14/95, e, posteriormente, em controle concentrado, por meio da ADIn nº 1.102.

Diante disso, os contribuintes que tiveram a constitucionalidade declarada pelos Tribunais Regionais Federais ingressaram com ações rescisórias, após a decisão Supremo Tribunal Federal que lhes era favorável, com fundamento no artigo 485, V, do CPC.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca dos pleitos rescisórios foi favorável aos contribuintes, conforme se observa da ementa destacada abaixo:

TRIBUTÁRIO. RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DOS "AUTÔNOMOS" E DO "ADMINISTRADORES". LEI Nº 7.787/89, ART. 3º, I.

1 - O prevailecimento de obrigações tributárias cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias. A Súmula nº 343/STF nada mais é do que a repercussão, na esfera da ação rescisória, da Súmula nº 400, que se aplica a texto constitucional no âmbito do recurso extraordinário (RTJ 101/214). Se a lei é conforme a 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, declara inconstitucional (REsp 128.239/RJ - Rel. Min. Ari Pargendler). Multiplicidade de precedentes (ementa do REsp nº 154708/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).

2 - A coisa julgada, no caso em exame, afronta o princípio da igualdade tributária e está apoiada em lei declarada inconstitucional pelo Colendo Supremo Tribunal Federal.

3 - Não há que se entender, data vênua, a existência de decisões controvertidas quando a sentença e o acórdão foram prolatados e,

posteriormente, a situação jurídica examinada mereceu declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, com efeitos ex tunc, alcançando as relações jurídicas passadas.

4 - O princípio da segurança jurídica, inspirador dos efeitos da coisa julgada, não pode ser levado ao extremo de ofender o princípio constitucional da igualdade tributária.

5 - Considerou-se, também, que, de acordo com as regras sistematizadoras do nosso ordenamento jurídico, somente ao Colendo Supremo Tribunal Federal é que cabe, com força definitiva, declarar a inconstitucionalidade de lei e sugerir ao Congresso Nacional a sua retirada do mundo jurídico.

6 - Precedentes: REsp nº 139.865/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJU de 15.12.97; REsp nº 122477/DF, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJU de 02.03.98; REsp 104227/DF, Rel. Min. Hélio Mosimann, DJU de 09.03.98.

7 - Recurso provido.¹⁰²

Helenilson Cunha Pontes faz a seguinte observação acerca da jurisprudência acerca desse assunto:

A jurisprudência acolheu os pleitos rescisórios fundada sobretudo na crença de que somente com a uniformização das decisões judiciais opera-se a isonomia entre os contribuintes e que a coisa julgada e a segurança jurídica devem ceder diante da imperatividade do princípio isonômico.¹⁰³

Na discussão acerca da constitucionalidade da CSLL ocorreu o contrário. Os contribuintes ingressaram no judiciário e obtiveram provimentos judiciais declarando a inconstitucionalidade do tributo. Posteriormente, no julgamento dos Recursos Extraordinários nºs 146.733 e 138.284, bem como na ADI nº 15/DF, o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade dessa contribuição, afastando a sua exigência apenas para o ano-calendário de 1988, por afronta ao princípio da irretroatividade.

Diante disso, a União Federal, assim como os contribuintes no caso da contribuição social incidente sobre a remuneração paga a administradores e autônomos, ingressou com ações rescisórias objetivando desconstituir as coisas julgadas individuais que lhes eram desfavoráveis, também em nome da uniformidade da jurisprudência e do princípio da isonomia.

Nesse sentido destaca-se, mais uma vez, a ementa de um julgado do Superior Tribunal de Justiça:

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 218.354/RS. 1ª Turma. Relator Ministro José Delgado. 17 de agosto de 1999. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 ago. 2015.

¹⁰³ PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 141.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 343 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS PESSOAS JURÍDICAS. CONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 1º A 7º DA LEI N. 7.689/88. ACÓRDÃO RESCINDENDO CONTRÁRIO AO ENTENDIMENTO PACIFICADO NA EXCELSA CORTE. CABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA.

Segundo reiterada jurisprudência da Corte Suprema e deste Superior Tribunal de Justiça, não se aplica a Súmula n. 343/STF quando se tratar de matéria de índole constitucional. Mais a mais, na hipótese em exame o tema discutido não era controverso à época da prolação do acórdão rescindendo, razão pela qual também deve ser afastada a incidência da mencionada súmula.

No caso dos autos, é cabível a ação rescisória proposta pela recorrente, uma vez que o Supremo Tribunal Federal, diversamente do entendimento esposado no v. acórdão rescindendo, firmou orientação no sentido da constitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro das Pessoas Jurídicas - artigos 1º a 7º da Lei n. 7.689/88 (Recurso Extraordinário n. 146.733/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 06.11.92).¹⁰⁴ ()).

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 1.118.893 (julgado pela sistemática dos recursos repetitivos), analisando situação em que um contribuinte possui coisa julgada declarando a inconstitucionalidade da CSLL consagrou o entendimento de que a posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada “sob pena de negar validade à própria existência do controle difuso de constitucionalidade, fragilizando, sobretudo, a *res judicata*, com imensurável repercussão negativa no seio social”.¹⁰⁵

Contudo, nesse caso não se trata de uma ação rescisória interposta pela União Federal objetivando desconstituir a coisa julgada individual. O Superior Tribunal de Justiça manifestou o entendimento destacado acima ao analisar um recurso especial do contribuinte que teve como origem uma execução fiscal da Fazenda Nacional instaurada para a cobrança da CSLL.

Disso se extrai que o entendimento nessa Corte é no sentido de que a cobrança de tributo de contribuinte que possui coisa julgada declarando a inconstitucionalidade da exação somente é possível via ação rescisória.

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 215.198/PE. 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Neto. 08 de abril de 2003. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 30 ago. 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.118.893/MG. Primeira Seção. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 23 de março de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 30 ago. 2015.

Esse mesmo entendimento foi manifestado recentemente pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, através do julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.462. De fato, o Pretório Excelso entendeu que suas decisões que declaram a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma não produz a automática reforma ou rescisão das decisões judiciais anteriores que tenham adotado entendimento diverso.

No caso analisado, a decisão que transitou em julgado tratava de diferença de valores depositados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Nas demandas dessa natureza o artigo 29-C da Lei nº 8.036/90 impedia a cobrança de honorários advocatícios. Mais de dois anos depois, ou seja, após o prazo da ação rescisória, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 2736 declarou inconstitucional a impossibilidade de exigência de honorários. Diante disso o autor da ação referente às diferenças de FGTS requereu que fossem fixados honorários advocatícios.

Muito embora o inteiro teor do acórdão ainda não tenha sido disponibilizado, a referida decisão foi noticiada em periódicos e pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Em um periódico foi destacado o posicionamento dos Ministros que participaram do julgamento, conforme destacado abaixo:

Em seu voto, Zavascki destacou que a jurisprudência do STF é contrária à revisão automática e afirmou que esse julgamento não se trata de relativização da coisa julgada. Segundo ele, não se pode confundir a eficácia normativa da sentença que declara inconstitucionalidade com a eficácia executiva, o efeito vinculante dessa decisão. "O efeito vinculante não nasce da inconstitucionalidade, mas da sentença que declara inconstitucional. Não atinge atos passados", disse.

De acordo com Zavascki, para a reforma de decisão anterior, é necessário recurso próprio se não houver trânsito em julgado ou, se houver, ação rescisória, respeitado seu prazo. "Depois do prazo da rescisória, a sentença não pode ser alterada, mesmo que contrária à decisão do STF em controle concentrado", afirmou.

(...).

Todos os ministros acompanharam o relator. O ministro Marco Aurélio afirmou que a coisa julgada é um ato jurídico perfeito e acabado por excelência e a única relativização quanto a ela diz respeito à ação rescisória não há outra possibilidade de flexibilização.

Para o ministro Luís Roberto Barroso, a declaração de inconstitucionalidade retroage, mas não tem o efeito de desconstituir a coisa julgada já formada. "Exaurido o prazo da ação rescisória, não há como se desconstituir", disse.

Já o ministro Luiz Fux fez uma consideração sobre o novo Código de

Processo Civil (CPC). De acordo com ele, essa matéria foi controvertida, mas, no novo código, para casos não transitados em julgado, há a possibilidade de embargos do executado à inconstitucionalidade. Nos casos em que a declaração surge depois, é preciso promover ação rescisória com pedido de suspensão da execução. Zavascki disse que o novo código é explícito, indicando que há necessidade da ação rescisória.¹⁰⁶

Em um artigo publicado em um site especializado foi destacado que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu o seguinte:

a) a decisão do Supremo que declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de norma não produz a automática reforma ou rescisão de decisões anteriores transitada em julgado, sendo necessário, portanto, o ajuizamento de ação rescisória;

b) a ação rescisória deve ser proposta no prazo decadencial previsto em lei (dois anos), contados a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Portanto, é possível afirmar que os Tribunais Superiores pátrios adotam entendimento de que somente através da ação rescisória é possível rescindir a coisa julgada individual em face de posterior declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, mesma linha adotada por parte da doutrina, conforme visto no tópico anterior.

¹⁰⁶ OLIVON, Beatriz. *Decisão do Supremo não pode alterar processo encerrado*. Valor Econômico, 29/05/2015. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/4072368/decisao-do-supremo-nao-pode-alterar-processo-encerrado>. Acesso em 30/08/2015.

5. INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Ainda que a doutrina se divida quanto à possibilidade de relativização da coisa julgada e a jurisprudência aceite via propositura da ação rescisória, a seguir serão analisados os meios processuais existentes para a desconstituição da coisa julgada.

Muito embora tais instrumentos de controle não sejam específicos para desconstituir a denominada coisa julgada inconstitucional, faremos menção aos três comumente usados para esse fim.

5.1. Ação Rescisória

A ação rescisória está prevista nos artigos 966 a 975 do CPC de 2015, sendo que no artigo 966 encontram-se previstas as hipóteses em que é admitida a rescisão da decisão de mérito transitada em julgado por essa via.

O inciso V, do artigo 966 do CPC de 2015 admite a rescisão da decisão de mérito transitada em julgado quando violar manifestamente norma jurídica. Destaca-se que esse dispositivo equivale ao inciso V, do artigo 485 do CPC de 1973 (violar literal disposição de lei), dispositivo no qual se fundamenta os pedidos de rescisão da denominada coisa julgada inconstitucional por esta via.

Estefânia Maria de Queiroz Barbosa, fazendo referência ao texto do inciso V do artigo 485 do CPC de 1973 esclarece que “esta Lei deve ser entendida no sentido de norma jurídica, englobando, por consequência, a possibilidade de ação rescisória quando a sentença violar alguma norma constitucional”.¹⁰⁷

Conforme destacado em tópico anterior, há aqueles que entendem não ser cabível a propositura da ação rescisória, com fundamento no inciso V, para desconstituir a coisa julgada inconstitucional com fundamento na Súmula 343 do STF. Contudo a própria Suprema Corte entende que essa Súmula não deve ser aplicada quando a divergência de interpretação estiver relacionada à controvérsia em nível constitucional, conforme se extrai do julgamento do Recurso Extraordinário nº 328.812:

¹⁰⁷ BARBOSA, Estefânia Maria Queiroz. *Relativização da Coisa Julgada Tributária Inconstitucional x Princípio da Segurança Jurídica*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 129. P. 46.

Embargos de Declaração em Recurso Extraordinário. 2. Julgamento remetido ao Plenário pela Segunda Turma. Conhecimento. 3. É possível ao Plenário apreciar embargos de declaração opostos contra acórdão prolatado por órgão fracionário, quando o processo foi remetido pela Turma originalmente competente. Maioria. 4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF. 5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória.¹⁰⁸

Por relevante para a melhor compreensão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, destaca-se o seguinte trecho do voto proferido pelo Ministro Relator Gilmar Mendes:

Mas não parece admissível que esta Corte aceite diminuir a eficácia de suas decisões com a manutenção de decisões diretamente divergentes à interpretação constitucional aqui formulada. Assim, se somente por meio do controle difuso de constitucionalidade, portanto, anos após as questões terem sido decididas pelos Tribunais ordinários, é que o Supremo Tribunal Federal veio a apreciá-las, é a ação rescisória, com fundamento em violação literal de lei, instrumento adequado para a superação divergente.

Contrariamente, a manutenção de soluções divergentes, em instâncias inferiores, sobre o mesmo tema, além da desconsideração do próprio conteúdo da decisão desta Corte, última intérprete do texto constitucional, uma fragilização da força normativa da Constituição.

(...).

A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, mas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões das instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal.

Assim, nota-se que ao menos na jurisprudência é pacífico o entendimento de que cabe a ação rescisória é instrumento processual válido para desconstituir a coisa julgada individual contrária a posterior decisão Supremo Tribunal Federal.

A rescisória, como se sabe, é cabível dentro do prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão. Esse prazo não foi alterado no CPC de 2015.

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 328.812/AM. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 06/03/2008. Publicado no DJE em 02/05/2008.

Assim, o problema surge quando já ultrapassado esse prazo, o que enseja a análise dos demais instrumentos processuais tidos como adequados para a desconstituição da coisa julgada.

5.2. Impugnação à execução

O CPC de 1973 prevê em seu artigo 741, parágrafo único, a possibilidade de arguir a inexigibilidade do título judicial fundado em lei ou em ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em face da Fazenda Pública.

Esse dispositivo também almeja a cessação da eficácia da decisão judicial transitada em julgado “quando fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal”¹⁰⁹.

Helenilson Cunha Pontes ainda destaca que “em vez de declarar a ineficácia da coisa julgada, diante de certas circunstâncias julgadas relevantes, o legislador pátrio optou por conferir o atributo da eficácia ao título judicial de que decorre a coisa julgada”.¹¹⁰

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que esse dispositivo somente se aplica se a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal anterior à formação do título executivo judicial, quer seja em controle concentrado ou em controle difuso, seguida de Resolução do Senado Federal¹¹¹.

Helenilson Cunha Pontes não concorda com esse entendimento. Segundo o autor, a regra processual não conferiu esse efeito limitador à aplicação do dispositivo em comento. Assim, no seu entendimento pode ser aplicado mesmo nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal se deu em momento posterior ao trânsito em julgado da decisão individual em sentido contrário.

¹⁰⁹ PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética, 2005. P. 151.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade apud PONTES, Helenilson Cunha. *Ibidem*, p. 153.

Pontes entende que “esta interpretação atende ao objetivo daquela regra processual, qual seja, impedir que se execute título judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”¹¹².

Além disso, o autor entende que aplicação do artigo 741, parágrafo único, do CPC não se restringe apenas a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, mas também às proferidas em sede de controle difuso, seguidas ou não de Resolução do Senado Federal.

Por outro lado, Pontes entende que essa norma tem reduzida aplicação nas lides de natureza tributária. O autor vislumbra a possibilidade de aplicação desse dispositivo somente na situação em que “o Estado insiste em promover execução fiscal de crédito tributário fundado em lei tributária já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal”, hipótese em que o executado “poderá alegar o art. 741 (por remissão do art. 745 do CPC) como defesa em embargos à execução, não mais de título judicial, mas de título extrajudicial”.¹¹³

No entanto, o CPC de 2015 traz dispositivos expressos que impedem que se aplique o entendimento de Helenilson Cunha Pontes.

O CPC de 2015 deixou de fazer menção aos “embargos à execução contra a Fazenda Pública” e passou a prever a possibilidade de impugnação à execução, em seu artigo 535.

Em seu inciso III é prevista a possibilidade de apresentação de impugnação diante da inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação. O parágrafo 5º, por sua vez, especifica que se considera também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

¹¹² Ibidem, p. 153-154.

¹¹³ Ibidem, p. 155.

O dispositivo em questão não limitou a aplicação ao controle difuso às declarações de inconstitucionalidade seguidas de Resolução do Senado Federal. No entanto, os parágrafos seguintes (6º, 7º e 8º) limitam a possibilidade de apresentação da impugnação à execução.

De fato, o parágrafo 6º prevê que os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal podem ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.

Tal disposição se coaduna com o disposto no artigo 27, da Lei 9.868/99 que já estabelecia a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, tendo em vista razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

O parágrafo 7º dispõe que a previsão constante do parágrafo 5º somente se aplica caso a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no qual se fundamenta o título executivo judicial seja proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Por fim, o parágrafo 8º prevê que se a decisão referida no parágrafo 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, nota-se que o CPC de 2015 reproduz o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.462, optando pela impossibilidade de relativização automática da coisa julgada, mas pela autorização da sua desconstituição por meio da ação rescisória, nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade é a ela posterior.

5.3. Ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*)

Outro instrumento processual aceito pela doutrina para desconstituir a coisa julgada inconstitucional é a ação declaratória de nulidade. Um dos argumentos utilizados para a sua admissão é que a “decisão inconstitucional é nula desde o

início, e a ação declaratória é admitida justamente naqueles casos de nulidade, como o que ocorre por ausência de citação”.¹¹⁴

Nessa hipótese a coisa julgada pode ser revista independentemente de prazo prescricional ou decadencial, conforme já se manifestou o Supremo Tribunal Federal no Recurso Especial nº 97.589:

Ação declaratória de nulidade de sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. 1. Para a hipótese prevista no artigo 741, I, do atual CPC - que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia - persiste, no direito positivo brasileiro - a "querela nullitatis", o que implica dizer que a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória, que, em rigor, não é a cabível para essa hipótese. 2. Recurso extraordinário conhecido, negando-se-lhe, porém, provimento.¹¹⁵

Calos Valder do Nascimento defende a admissibilidade da ação declaratória de nulidade, sustentando que a nulidade da decisão que transita em julgado em contrariedade com a Constituição:

se a sentença inconstitucional é nula, contra ela não cabe rescisória, por incabível lançar-se mão dos recursos previstos na legislação processual. Na espécie, pode-se valer, sem observância de lapso temporal, da ação declaratória de nulidade de sentença, tendo presente que ela não perfaz a relação processual, em face do grau de vício que a contaminou, inviabilizando, assim, seu trânsito em julgado, nesse caso, há de se buscar suporte na *actio querela nullitatis*.¹¹⁶

Dessa forma, é possível defender a desconstituição da coisa julgada incompatível com a Constituição, quando o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade da lei na qual se baseou a decisão que transitou em julgado também por meio da ação declaratória de nulidade.

¹¹⁴ BARBOSA, Estefânia Maria Queiroz, op. cit., p. 47-48.

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 97.589/SC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 17/11/1982. Publicado no DJ em 03/06/1983.

¹¹⁶ NASCIMENTO, Carlos Valder do apud PONTES, Helenilson Cunha, op. cit., p. 113.

CONCLUSÃO

Conforme restou demonstrado, a coisa julgada se qualifica pelo esgotamento dos meios admitidos para o questionamento das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Nessa medida, constitui uma garantia constitucional que preserva a segurança das relações jurídicas às partes no processo.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a coisa julgada guarda estrita relação com o princípio da segurança jurídica. No entanto, há uma corrente da doutrina pátria que defende que isso não significa uma imutabilidade do direito, mas sim que essa garantia constitucional deve conviver harmonicamente com outras garantias constitucionais de igual grandeza.

Nesse contexto surge a discussão da relativização da coisa julgada, que ganhou atenção da doutrina processualista brasileira nos últimos anos diante de temas como a proliferação de ações indenizatórias e desapropriatórias, a constitucionalização das demandas, ações de paternidade em que o exame de DNA permite a revisão de julgados e reconhecimento de valores éticos indispensáveis à realização da justiça.

No entanto, a tese da relativização da coisa julgada divide a doutrina. A corrente favorável sustentam que a coisa julgada e a segurança jurídica não são valores absolutos em nosso sistema e ainda que deva prevalecer a justiça.

Por outro lado, a corrente contrária defende a importância da coisa julgada, pois constitui uma garantia fundamental, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, consubstanciando um elemento essencial da própria existência do Estado Democrático de Direito.

Essa corrente ainda sustenta que a admissão da relativização da coisa julgada traz insegurança às relações jurídicas, na medida em que o vencido sempre encontraria meios para desafiar a decisão.

O fenômeno da coisa julgada inconstitucional analisada neste trabalho corresponde àquelas situações em que há uma declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade que transita em julgado na esfera individual e, que em

momento posterior, é decidida pelo Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado, em sentido contrário.

Em matéria tributária, nas relações de trato continuado e sucessivo, que consistem na repetição do fato gerador do tributo indefinidamente, é comum a propositura de ações declaratórias e mandados de segurança objetivando o afastamento de normas tributárias inconstitucionais.

Nesse contexto, a decisão judicial proferida no bojo dessas medidas processuais projetará seus efeitos para o futuro, regulando a relação jurídica entre Estado e contribuinte. O controle de constitucionalidade daí decorrente, regulamentará as relações jurídicas tributárias como efeitos futuros é feito em sede difusa ou incidental, na medida em que é proferida por juízos de primeiro e segundo graus.

Ocorre que, nosso ordenamento jurídico adota o sistema misto de controle de constitucionalidade, o que significa que ele é feito também pela via concentrada.

Diante disso, pode ocorrer que posteriormente ao trânsito em julgado da ação individual que decidiu pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada obrigação tributária, a questão é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal que profere uma decisão diferente da proferida na ação individual.

A decisão proferida em sede de controle de controle concentrado terá eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*, via de regra. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade por esta via, em regra, possui efeito desconstitutivo, capaz de retirar do ordenamento jurídico a norma inconstitucional, como se ela nunca tivesse existido.

Em razão dessas características do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal discute-se a possibilidade de que a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade proferida por esse órgão possa atingir a coisa julgada individual formada anteriormente em sentido contrário.

Foi demonstrado que não há consenso na doutrina quanto à aceitação da desconstituição da coisa julgada na situação acima exposta. Dentro da corrente favorável destaca-se que há divergências quanto à necessidade de utilização de

meios processuais para desconstituir a coisa julgada individual contrária à posterior decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

De fato, há aqueles que entendem que a desconstituição da coisa julgada inconstitucional nessas hipóteses somente é possível por meio da ação rescisória e há os que admitem a também a impugnação à execução e a *querela nullitatis* como meios processuais adequados para tal fim.

Por outro lado, uma parte da doutrina defende que não haveria necessidade da propositura da ação rescisória para desconstituir a coisa julgada individual declaratória da inconstitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a constitucionalidade da mesma norma, em sede de controle concentrado ou difuso, bem como para a desconstituição da coisa julgada individual declaratória da constitucionalidade *incidenter tantum* de norma tributária e posterior decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, em sede de controle concentrado ou controle difuso, seguida de posterior Resolução Senatorial suspendendo a eficácia da norma inconstitucional.

Na jurisprudência analisada para este trabalho observou-se que perante os Tribunais Superiores brasileiros tem se consolidado o entendimento de que somente através da ação rescisória é possível rescindir a coisa julgada individual em face de posterior declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a recente decisão proferida pelo Plenário da Corte Suprema no Recurso Extraordinário nº 730.462.

A ação rescisória é prevista na legislação processual como meio hábil para desconstituir a coisa julgada, inclusive quando em casos de violação às normas constitucionais. No entanto, deve ser observado o prazo previsto na legislação processual para a sua propositura, que é de dois anos a contar do trânsito em julgado da decisão.

Ultrapassado esse prazo haveria a possibilidade, ao menos para parte da doutrina, de utilização de outros dois instrumentos processuais para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, quais sejam, a impugnação à execução e a ação declaratória de nulidade.

Quanto à impugnação à execução o CPC de 2015 limitou o cabimento dessa via processual para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, pois prevê expressamente em seu artigo 535 que a decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo no qual se fundamenta o título executivo judicial seja proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.

Além disso, o mesmo dispositivo ainda estabelece que caso a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal seja proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se observa, o CPC de 2015 reproduz o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 730.462, optando pela impossibilidade de relativização automática da coisa julgada, mas pela autorização da sua desconstituição por meio da ação rescisória, nos casos em que a declaração de inconstitucionalidade é a ela posterior.

Nesse sentido, pode-se dizer que o CPC de 2015 revela uma resistência do legislador infraconstitucional à relativização da coisa julgada, uma vez que a nova legislação processual aponta a ação rescisória como único meio possível para obtenção da desconstituição da coisa julgada individual contrária ao entendimento do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, diante de dispositivos que expressamente autorizam a desconstituição da coisa julgada inconstitucional e considerando a corrente doutrinária que defende que a posterior decisão de inconstitucionalidade da norma não deve surtir qualquer efeito em relação às causas já decididas, pode ser que o Poder Judiciário venha a enfrentar discussões acerca da constitucionalidade do parágrafo 8º, do artigo 535, do CPC de 2015.

Por fim, foi demonstrado que é possível defender o cabimento da ação declaratória de nulidade (*querela nullitatis*) para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, uma vez que a decisão que transita em julgado em contrariedade com a Constituição seria nula.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário no 649.404/MG. Primeira Turma. Relator Ministro Luiz Fux. 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 28 jul. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação no 4.421/DF. Primeira Seção. Relator Ministro Luiz Fux. 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 29 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 107248/GO. Terceira Turma. Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. 07 de maio de 1998. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/>>. Acesso em 26 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 218.354/RS. 1ª Turma. Relator Ministro José Delgado. 17 de agosto de 1999. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 215.198/PE. 2ª Turma. Relator Ministro Franciulli Neto. 08 de abril de 2003. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 30 ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.118.893/MG. Primeira Seção. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 23 de março de 2011. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 30 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 328.812/AM. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 06/03/2008. Publicado no DJE em 02/05/2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 97.589/SC. Tribunal Pleno. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 17/11/1982. Publicado no DJ em 03/06/1983.

OLIVON, Beatriz. *Decisão do Supremo não pode alterar processo encerrado*. Valor Econômico, 29/05/2015. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/4072368/decisao-do-supremo-nao-pode-alterar-processo-encerrado>. Acesso em 30/08/2015.

ASSIS, Araken de. *Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional*. Porto Alegre: Revista Jurídica n.º 301. 2002. p. 11 e 27.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2014. P. 366.

BARBOSA, Estefânia Maria Queiroz. *Relativização da Coisa Julgada Tributária Inconstitucional x Princípio da Segurança Jurídica*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 129. P. 46.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *Coisa julgada inconstitucional: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2009, p. 105.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Disponível em <<http://www.processocivil.net/novastendencias/relativizacao.pdf>>. Acesso em 26 ago. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. *Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais*. Disponível em <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf>. Acesso em 24 ago. 2015

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 146

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Relativizar a coisa julgada material*. Revista de Processo, São Paulo, ano 28, nº 109, 2003.

GIROTTI, Luiz Eduardo de Castilho. *Coisa julgada inconstitucional em matéria tributária*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 60-61.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 164.

MACHADO, Hugo de Brito (Coord.). *Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 245-246.

MARCATO, Antônio Carlos. *Código de Processo Civil Interpretado*. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 1437.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual de Processo de Conhecimento*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 685.

MARINONI, Luis Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada*. Disponível em <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni\(4\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G.%20Marinoni(4)%20-formatado.pdf)>. Acesso em 26 ago. 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; PEIXOTO Marcelo Magalhães; ELALI, André (coordenadores). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP Editora, 2005.

MOJICA, Rodrigo Chinini. *Coisa julgada em matéria tributária e seus mecanismos de revisão*. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 45-46.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo processo civil brasileiro: exposição sistemática do procedimento*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 10.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. *Com novo CPC, tutela antecipada antecedente faz coisa julgada*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-06/luiz-mourao-tutela-antecipada-cpc-faz-coisa-julgada>>. Acesso em 25 ago. 2015.

NASCIMENTO, Carlos Valder do; THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. *Coisa julgada inconstitucional: a questão da segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NASCIMENTO, Carlos Valder do e DELGADO, José Augusto (Orgs.). *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

OLIVEIRA LIMA, Paulo Roberto de. *Contribuição à teoria da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 30.

PONTES, Helenilson Cunha. *Coisa Julgada Tributária e Inconstitucionalidade*. São Paulo: Dialética: 2005. P. 107.

TALAMINI, Eduardo. *Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo, Editora dos Tribunais, 2005, p. 404.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do processo civil e processo de conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 598.

VITAGLIANO, José Arnaldo. *Coisa julgada e ação anulatória*. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado*. Disponível em <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Teori%20Zavascki%20-%20formatado.pdf>>. Acesso em 27 ago. 2015.