

# **IBET**

Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

---

**IBET – INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS**

**RAFAEL FELIPE CITA**

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A  
FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA  
INCONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA**

---

Londrina  
2016

RAFAEL FELIPE CITA

**O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A  
FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA  
INCONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET, como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em Direito Tributário.

Londrina  
2016

CITA, Rafael Felipe. **O controle de constitucionalidade e a flexibilização da coisa julgada inconstitucional**. 2016. 39 p. Trabalho de Conclusão de Curso de Especialização em Direito Tributário – IBET - Londrina, 2016.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo traçar inicialmente alguns parâmetros gerais a respeito do controle de constitucionalidade das normas, passando pela conceituação da inconstitucionalidade, modelos de controle e efeitos de cada um deles. Visa ainda pontuar a os principais aspectos da coisa julgada, delimitando o seu conceito e alcance, sobretudo analisado sob o prisma do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº. 13.105 de 16 de março de 2015) e a sua ocorrência no campo do direito tributário. Pretende, por fim, tratar da coisa julgada inconstitucional tributária e a possível flexibilização das decisões sobre seu manto, em especial com relação às supervenientes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal neste sentido, bem como os meios processuais adequados para a potencial rediscussão da matéria, além de outras considerações inerentes ao tema. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica, sendo adotado o método dialético, com a contraposição e comparação de teses doutrinária para alcançar os objetivos almejados, e chegar às conclusões acerca do assunto.

**Palavras-chave:** inconstitucionalidade; controle de constitucionalidade; supremo tribunal federal; coisa julgada; flexibilização.

CITA, Rafael Felipe. **The constitutional control and the unconstitutional judged subject.** 2016. 39 pages. Conclusion article of the Tax Law Specialization course – IBET – Londrina 2016.

### **ABSTRACT**

The presente article has the initial objective to point some general parameters on the constitutional control of rules, going through the concept of unconstitutionality, control models and its effects on each one of it. It also searches to indicate the main aspects of the judged subject, bounding its control and reach, mainly on the prism of the new Brazilian's civil procedure code (law number 13.105, from 03/16/2015). At the conclusion it pretends bringing the unconstitutional judged subject and the possibility of flexibilization of the decisions on its way, specially related to the supervening decisions delivered by the Federal Supreme Court about it, as well as the procedure ways on the potential new discussions of the subject, apart from other relevant considerations on the theme. Therefore, a bibliographic research has been done and the dialectical method was chosen as a contraposition and comparison of doctrinary theses to reach the wanted goals and then bringing the conclusions about it.

**Keywords:** unconstitutionality, constitutional control, federal supreme court, judged subject, flexibilization.

## SUMÁRIO

|       |   |    |
|-------|---|----|
| 1     | INTRODUÇÃO .....  | 2  |
| 2     | CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE .....   | 4  |
| 2.1   | CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....   | 4  |
| 2.2   | INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, MATERIAL, ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE.....   | 4  |
| 2.3   | MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....   | 6  |
| 2.3.1 | Controle Concentrado de Constitucionalidade .....   | 7  |
| 2.3.2 | Controle Difuso de Constitucionalidade.....   | 9  |
| 3     | COISA JULGADA .....   | 13 |
| 3.1   | NOÇÕES GERAIS .....   | 13 |
| 3.1.1 | Limites da Coisa Julgada.....   | 14 |
| 3.1.2 | A Função da Coisa Julgada.....  | 15 |
| 4     | A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA<br>E SUA REVISÃO.....   | 18 |
| 4.1   | NECESSÁRIOS APONTAMENTOS DA CORRENTE CONTRÁRIA.....   | 18 |
| 4.2   | NECESSÁRIOS APONTAMENTOS DA CORRENTE FAVORÁVEL .....  | 20 |
| 4.3   | O EQUILÍBRIO .....  | 22 |
| 5     | CONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA.....  | 25 |
| 5.1   | EFEITO AUTOMÁTICO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO<br>SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL? .....  | 25 |
| 5.2   | A AÇÃO RESCISÓRIA COMO MEIO ADEQUADO DE DESCONSTRUÇÃO DA COISA<br>JULGADA DIANTE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA<br>TRIBUTÁRIA..... | 28 |
| 5.3   | A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....  | 32 |
| 6     | CONCLUSÃO .....   | 35 |
| 7     | BILIOGRAFIA .....   | 37 |

## 1 INTRODUÇÃO

Através Constituição da República de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem na Constituição da República de 1988 tem posição de destaque, pois lhe incumbe palavra última a respeito da constitucionalidade das normas, mas, por outro lado, diante de um sistema misto, previsto por aquela Carta Política, também é dado a todos os juízes e tribunais a apreciação da constitucionalidade das normas postas no ordenamento jurídico vigente.

Ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, através do controle concentrado e direto das normas constitucionais, por meio de ações próprias, com reduzidos legitimados, há o poder de expurgar norma inconstitucional do ordenamento, de modo a gerar efeito a todos, inclusive aos demais julgadores. Contudo, diante da dinâmica alteração do direito posto, por vezes referidas decisões precedem de certa delonga.

Enquanto isto, os Juízes e Tribunais proferem decisões individuais, aplicadas a casos concretos, que podem ter como fundamento a norma que posteriormente, muitas vezes, é combatida perante o órgão máximo. Daqui decorre a problemática, eis que as decisões individuais, também por disposição constitucional, são açambarcadas pelo manto da coisa julgada, que tem o condão de torna-las imutáveis.

Neste diapasão, o presente trabalho busca a compreensão dos sistemas de controle de constitucionalidade brasileiro, suas consequências, efeitos, em especial diante do recém-vigente Código de Processo Civil nacional, bem como traçar um liame entre o controle de constitucionalidade e a coisa julgada, investigando-se, num primeiro momento, a rigidez desta no ordenamento jurídico, e as potenciais consequências das decisões posteriores que se choquem com seus fundamentos e possíveis medidas cabíveis para a rediscussão da matéria tratada.

A par disto, no primeiro capítulo serão tratados os aspectos basilares do controle de constitucionalidade brasileiro, sobretudo sob o prisma das formas de sua consecução e efeitos na norma atacada, bem como seus possíveis reflexos pretéritos e futuros.

Após, no segundo capítulo, tratar-se-á da coisa julgada, seus fundamentos, conceitos, limites e alcance, a fim de investigar, especialmente, a possibilidade de sua

flexibilização ou não, diante de decisão posterior que tenha reconhecido a inconstitucionalidade da norma sustentada na sentença que alberga.

Por fim, serão analisados no terceiro capítulo, através do cotejo feito entre os temas tratados no capítulo anterior, os aspectos da chamada coisa julgada inconstitucional, diante principalmente de eventual choque com decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, e sua eventual relativização, para então, em sendo positiva a afirmação, avaliar-se os meios de impugnação adequados para tanto, sobretudo com fins no novo Código de Processo Civil.

## **2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**

### **2.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Diante do contexto do direito positivo, adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, entendido como o “(...) complexo de normas jurídicas válidas num dado país”<sup>1</sup>, tem por pilar fundamental a Constituição da República de 1988, e diante do aspecto hierárquico por ser a norma fundamental do ordenamento, as demais que venham a ser editadas devem necessariamente estar em consonância com aquela, do contrário, será inconstitucional, sendo que esta constatação deve se dar através dos mecanismos de controle concentrado (abstrato) ou difuso (concreto).

### **2.2 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, MATERIAL, ORIGINÁRIA E SUPERVENIENTE**

A inconstitucionalidade pode decorrer de dois vícios distintos, quais sejam, formal e material. Inconstitucionalidade formal guarda relação com a norma inserida no ordenamento jurídico por meio inadequado, seja em razão de ordem técnica ou procedimental, ou seja, sem a observância dos preceitos constitucionais quanto à confecção da norma. Importa dizer, desde já, que a referência que aqui se faz de norma é em seu sentido amplo, genérico (no sentido de texto, lei etc.).

Outrossim, inobstante seja observado o procedimento ou técnica que precede à norma, a verificação da inconstitucionalidade formal é da própria lei, pois, em tese, o que ocorre antes de sua entrada no ordenamento jurídico através do veículo introdutor é irrelevante, ou seja, somente faz parte do direito positivo a norma que já estiver inserida no ordenamento. Assim, a análise da constitucionalidade formal refere-se à norma propriamente dita, embora com vistas no seu processo de produção, quando o vício fora observado neste procedimento.

---

<sup>1</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007. p. 02.

Atento a isto, o então Ministro Moreia Alves observou, ao julgar o MS 20.257/DF, no Supremo Tribunal Federal, ao indicar que “a inconstitucionalidade (...) não será quanto ao processo da lei ou da emenda, mas, ao contrário, será da própria lei ou da própria emenda, razão por que só poderá ser atacada depois da existência de uma ou de outra”<sup>2</sup>.

Em remate, em breve conceituação da inconstitucionalidade formal, lecionam Mendes, Coelho e Gonet que “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”<sup>3</sup>.

Doutra banda, tem-se viciada por inconstitucionalidade material a norma que seja incompatível com o conteúdo da Constituição da República, quanto à essência, substância, ou mesmo finalidade observada através da interpretação conforme a Constituição.

Sobre o tema, sintetiza o Min. Luís Roberto Barroso que “a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição”<sup>4</sup>.

Ademais, referidas inconstitucionalidades, quanto ao momento de edição das normas, podem ser originárias ou supervenientes. Desta feita, se a norma adentra ao ordenamento em momento posterior à vigência da Constituição, tem-se que a inconstitucionalidade é originária. Contudo, caso a norma já exista no ordenamento e sobrevenha Constituição ou alteração desta posteriormente (emenda), tem-se que a inconstitucionalidade da norma de hierarquia inferior será superveniente, ou seja, em dado momento aquela norma fora entendida por constitucional, contudo, diante da mudança do cenário na Carta Magna, passou a ser, então, inconstitucional. Basicamente é uma questão de direito intertemporal, pois se relaciona com o momento de vigência das normas, cotejando-as com a Constituição Federal.

---

<sup>2</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstituicao>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

<sup>3</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 938.

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 79.

Assim explica o Min. Gilmar Ferreira Mendes:

A distinção entre inconstitucionalidade originária e superveniente depende, fundamentalmente, do próprio sistema adotado, podendo entender-se que a superveniência de norma constitucional importa na derrogação do direito anterior com ela incompatível. E, nesse caso, a questão deixa de ser matéria de controle de constitucionalidade e passa a ser considerada, com todas as suas implicações, no âmbito de direito intertemporal<sup>5</sup>.

Entrementes, ao que importa, a necessária classificação das inconstitucionalidades, quanto ao vício (formal ou material) e quanto ao momento (originário ou superveniente), é de suma importância para chegar-se às consequências da ocorrência delas e seus reflexos possíveis na coisa julgada, inclusive para fins de potencial flexibilização.

### 2.3 MODELOS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição da República de 1988 trouxe um complexo sistema de controle de constitucionalidade, quiçá um dos mais eficazes e complexos do mundo, capitaneado especialmente por dois modelos: o concentrado ou abstrato e o concreto ou difuso.

Há no Brasil, pois, o chamado sistema misto, pois o controle de constitucionalidade pode se dar por, ao menos, duas vias. É que esclarece o Ministro Luís Roberto Barroso:

A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle por via incidental e difuso (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle por via principal e concentrado, implantado com a EC n. 16/65 (sistema continental europeu)<sup>6</sup>.

Por assim ser, passa-se a pontuar os principais aspectos de cada modalidade de controle previstos na Constituição da República. Ao que importa para o tema, estar-se-á a tratar, contudo, apenas do controle exercido pelo Poder Judiciário, embora não se desconheça o controle que pode ser exercido pelo Poder Executivo.

<sup>5</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1.349.

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 141.

### 2.3.1 Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade entendido com a forma de salvaguarda da Constituição é primordialmente exercido pela via direta, ou seja, concentrada. A concentração indicada refere-se à destinação da questão constitucional ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, responsável, pois, pela palavra final a respeito da constitucionalidade das normas.

Nesta modalidade de controle é dada ao Supremo Tribunal Federal a apreciação direta da constitucionalidade de norma abstrata, daí porque também é chamado de controle por via direta ou controle abstrato.

Sobre o assunto, é o escólio do Min. Gilmar Ferreira Mendes:

A Constituição de 1988 conferiu ênfase não mais ao sistema concreto, mas ao modelo abstrato, uma vez que praticamente todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência<sup>7</sup>.

Portanto, em sede de controle concentrado, cabe ação direta perante ao Supremo Tribunal Federal para a discussão e apreciação da constitucionalidade de normas inseridas no ordenamento jurídico. Contudo, por evidente, a Constituição da República tratou de prever as possíveis ações neste modelo e também a legitimação para a propositura delas.

Nesta modalidade, a verificação da norma se dá no plano objetivo, em que não há partes efetivamente litigantes, eis que a defesa que se faz é da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma abstratamente considerada em debate.

É salutar mencionar a posição do Ministro Luís Roberto Barroso sobre este tema:

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si.

---

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1.224.

Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, nem partes. Devido a seu caráter institucional — e não de defesa de interesses —, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição. Todavia, poderá servir, também, para a declaração pela corte constitucional da inconstitucionalidade de uma omissão, da inércia ilegítima na edição de norma reclamada pela Lei Maior<sup>8</sup>.

Entrementes, o controle abstrato ou concentrado, nos termos do art. 103 da Constituição da República, pode ser exercido através da ação direta de inconstitucionalidade, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ação declaratória de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Referidas ações tem por escopo obter a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma por elas atacada, valendo lembrar, desde já, que por lógica possuem natureza dúplice, pois uma norma declarada constitucional por consequência não é inconstitucional e vice-versa.

Referidas ações são dotadas de eficácia *erga omnes*, além de possuírem eficácia vinculante, significando que a decisão proferida em controle concentrado tem alcance a todos e vincula os órgãos de todos os poderes da república, por expressa previsão do artigo 102, §2º, da Constituição da República, a saber:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>9</sup>.

Atenta a isto, a Professora Regina M. M. Nery Ferrari esclarece:

Conferir efeito vinculante às decisões dos tribunais superiores é uma tendência universal, e consiste em lhes dar maior eficácia, isto é, além da eficácia *erga omnes*, própria das proferidas em jurisdição concentrada, na fiscalização abstrata da

---

<sup>8</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012, p. 120.

<sup>9</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_constituicao/constituicao.htm). Acesso em 06 de março de 2016.

constitucionalidade, quer dizer que todos os órgãos judiciários e administrativos ficam a ela vinculados, obrigados a respeitar o que já ficou decidido pelo Supremo, o que possibilita a igualdade de efeitos de sua manifestação, pela submissão a seus termos de todas as causas, inclusive daquelas que estão em andamento<sup>10</sup>.

É ponto fulcral da questão aqui tratada, os decorrentes efeitos e eficácia da decisão proferida, diante dos seus reflexos transcendentais e vinculação do próprio Poder Judiciário quanto ao respeito da decisão proferida através do controle abstrato ou concentrado da norma em casos que estejam sob seu crivo, em todas as esferas e instâncias.

De regra, as decisões lançadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade detém, ainda, efeitos retroativos (*ex tunc*), ou seja, a inconstitucionalidade atinge a norma dada como tal desde a sua entrada no ordenamento. Inobstante, é possível a chamada modulação dos efeitos para então, por critérios próprios, atinentes à segurança jurídica, excepcionalmente conceder-se efeitos apenas do momento da decisão para frente (*ex nunc*), nos termos do art. 27 da Lei 9.868 de 1999.

Em resumo, através do controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal, por via direta e objetiva, dá a palavra única a respeito da constitucionalidade ou não da norma posta ao seu crivo, e sua decisão deve ser respeitada, já que a própria Constituição da República outorgou este poder de guardião de suas disposições.

### **2.3.2 Controle Difuso de Constitucionalidade**

Gancheado também nos moldes anteriores, de salvaguarda das proposições constitucionais, tem-se o chamado controle difuso de constitucionalidade, que se dá pela via indireta, concreta. Concreta porque é apreciado em pretensões individuais, geralmente com efeitos apenas e tão somente *inter partes*, e que pode ser exercido por qualquer Juízo ou Tribunal.

Justamente por ser individual, é acessível aos jurisdicionados comuns, cidadãos que buscam o Poder Judiciário para a resolução de conflitos particulares, cujo pano

---

<sup>10</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 237

de fundo de seus fundamentos podem ser a verificação de constitucionalidade de normas que regulam a sua pretensão.

É o que aviventa o Professor Paulo Hamilton Siqueira Junior:

O controle de constitucionalidade difuso caracteriza-se pela possibilidade de qualquer juiz ou Tribunal, ao analisar um caso concreto, verificar a inconstitucionalidade da norma, arguida pela parte como meio de defesa. Nesse caso, o objeto principal da ação não é a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, sendo a mesma analisada incidentalmente ao julgamento de mérito. A declaração de inconstitucionalidade torna-se necessária para a solução do caso concreto em questão, ou seja, a apreciação de inconstitucionalidade tem o condão de decidir determinada relação jurídica, objeto principal da ação<sup>11</sup>.

Assim, qualquer Juiz ou Tribunal pode analisar a constitucionalidade de norma posta em discussão, limitando-se a aplicá-la ou não apenas e tão somente no caso concreto. Aliás, é bom que se diga que no controle difuso, de regra, não se declara a norma inconstitucional, apenas afasta a sua aplicação no caso concreto, pois não cabe ao juiz ou tribunal dar contornos abstratos ao caso concreto, já que esta função está assegurada constitucionalmente apenas ao Supremo Tribunal Federal.

Há ainda, neste contexto, em sede de controle difuso, a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo perante Tribunal, para fixar as premissas de posterior decisão de mérito. É o que prevê o art. 948 *usque* 950 do CPC/2015. Por evidente, ante ao controle difuso, ainda assim, em regra, a decisão terá apenas e tão somente efeito entre as partes litigantes.

Entretanto, importantíssima questão refere-se à possibilidade de chegada, via controle difuso, da questão perante ao Supremo Tribunal Federal, especialmente por via do Recurso Extraordinário.

Atinente a este ponto, merece destaque que o Supremo Tribunal Federal, por sua função constitucional, não pode se ater a julgar questões de somenos importância e de caráter puramente individual, daí porque a subida de recurso para seu julgamento deve se dar

---

<sup>11</sup> SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 146.

de maneira excepcional, em que se privilegia a matéria em debate e seus efeitos, e não propriamente a decisão do caso concreto.

Nesse sentido foi o pronunciamento do atuante Ministro Celso de Mello ao destacar a função principal do recurso extraordinário (art. 102 da Constituição da República) como meio de impugnação excepcional ressaltando que:

Reservou-se, ao recurso extraordinário, em sua precípua função jurídico-processual, a defesa objetiva da norma constitucional, cabendo, ao Supremo Tribunal Federal, nesse contexto, a guarda e a proteção da intangibilidade da ordem jurídica formalmente positivada na Constituição da República<sup>12</sup>

Veja que embora relacionado à discussão do caso concreto, o verdadeiro objeto da subida da questão ao Supremo Tribunal Federal é, na verdade, a questão objetiva travada quanto a constitucionalidade da norma em tese. Tanto que fora criada a chamada repercussão geral da questão constitucional, em que o recorrente deve demonstrar a relevância e transcendência da questão em debate, para assim justificar a apreciação da Corte Suprema (artigo 102, parágrafo 3º, da Constituição da República).

Além disto, a partir do art. 103-A da Constituição da República, pode o Supremo Tribunal Federal, pela via difusa, após reiteradas decisões, aprovar a edição de súmula vinculante, que terá basicamente o mesmo efeito da decisão proferida em sede de controle concentrado, pois, além de ser vinculante, terá eficácia *erga omnes*. É isto que se extrai do artigo mencionado:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e

---

<sup>12</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(162245.NUME.%20OU%20162245.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(162245.NUME.%20OU%20162245.ACMS.)&base=baseAcordaos)> Acesso em: 08 de março de 2016.

relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)<sup>13</sup>.

Note-se que em caso de descumprimento dos órgãos vinculados, pode ser intentada reclamação direta perante ao Supremo Tribunal Federal visando a preservação da eficácia da súmula vinculante ao caso aplicável. Traduz-se, desta forma, certa “abstrativização” do controle concentrado. Neste caso, é cabível, também, modulação dos efeitos (*ex tunc* ou *ex nunc*).

Delineada, de maneira sucinta, o controle de constitucionalidade e, principalmente, os seus efeitos, passa-se a elencar a coisa julgada e seus aspectos principais, para então cotejar a (in)constitucionalidade do instituto face à eventuais alterações no campo constitucional.

---

<sup>13</sup> BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_constituicao/constituicao.htm). Acesso em 06 de março de 2016.

### 3 COISA JULGADA

#### 3.1 NOÇÕES GERAIS

Calcada na Constituição da República no art. 5º, XXXVI e alçada a direito fundamental pelo capítulo que ocupa “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, sendo, inclusive, cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, da CR/88), a coisa julgada é instituto de suma importância para a preservação da estabilidade e segurança jurídica do ordenamento. É, ainda, limitativa das investidas estatais, tal como bem preceitua Marcelo de Lima Castro Diniz:

A coisa julgada é cláusula pétrea, limite objetivo à ação estatal, instrumento de cálculo normativo e confiabilidade no direito, essencial para se alcançar a segurança e a certeza do direito. O afastamento da coisa julgada exige fundamentação reforçada, na medida em que agride ao senso jurídico, compromete o cálculo normativo e frustra a confiança depositada no “direito vigente” emanado aquela decisão. Se a jurisprudência reiterada pode ser considerada como “direito vigente” (enquanto interpretação do direito positivo que (con)forma-se em normas jurídicas), o que se dirá então de decisão protegida pela coisa julgada: é direito vigente suficiente para permanecer, vincular e orientar<sup>14</sup>.

Em função regulamentar destes preceitos constitucionais, o Código de Processo Civil Brasileiro recentemente vigente conceitua a coisa julgada no artigo 502, como sendo:

Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso<sup>15</sup>.

Note-se a força das expressões utilizadas quanto as consequências do instituto, pois tem o condão de tornar imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Esta força é reafirmada por diversos doutrinadores pátrios, reafirma-se, ai, o aspecto de direito fundamental que detém.

Cândido Rangel Dinamarco, ainda em referência ao antigo Código de Processo Civil, cuja força não foi alterada pelo atual, manifestou-se:

---

<sup>14</sup> DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 931-932.

<sup>15</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

Por isso, o direito consagra o instituto da coisa julgada, destinado a preservar a estabilidade dos efeitos da sentença de mérito e impedir que novas leis ou novas sentenças aniquilem ou reduzam a utilidade pacificadora do exercício da ação no processo de conhecimento (Const., art.5º, inc. XXXVI; CPC. arts 467 ss). Coisa julgada é, por definição, a imutabilidade dos efeitos da sentença de mérito (Liebman) (infra, nn. 956-957). O efeito constitutivo (divórcio, anulação de contrato), o efeito declaratório (sentença que reconhece a paternidade) e o efeito condenatório (p.ex., condenação a pagar dinheiro) ficam estabilizados por força da coisa julgada e em princípio não podem ser desfeitos<sup>16</sup>.

Decorre destas proteções, a segurança jurídica do jurisdicionado quanto ao caso que levou ao judiciário, assegurando-o que após a consecução da coisa julgada, não mais haverá alteração daquela questão, trazendo, sobretudo, tranquilidade quanto à manutenção daquela decisão. Extrai-se, pois, que é direito fundamental e, além disso, objeto de segurança que, a princípio, tem essência imutável.

### 3.1.1 Limites da Coisa Julgada

Os limites objetivos da coisa julgada estão relacionados com a matéria discutida no processo que ela alcança. Anteriormente, quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, era assente na doutrina que a coisa julgada tinha por limite a parte dispositiva e sequer as decisões sobre questões prejudiciais poderiam ser enquadradas na coisa julgada material, exceto nos casos em que houvesse pretensão declaratória incidental.

Assim, entendia, por exemplo, Eduardo Talamini:

Estabelecendo que o pronunciamento judicial não extravasa os limites da lide (art. 468), cuja configuração vai se encontrar na resposta ao pedido formulado pelo autor (regra da congruência – art. 128), o estatuto processual civil acolheu a doutrina restritiva, pela qual a autoridade da coisa julgada restringe-se ao dispositivo da sentença, não abrangendo as questões prejudiciais e tampouco os motivos que serviriam de alicerce à decisão (art. 469)<sup>17</sup>.

Com o advento do novo Código de Processo Civil, alargaram-se tais limites objetivos, eis que, agora, as questões prejudiciais decididas incidentalmente também fazem coisa julgada, consoante disposição do art. 503, §1º, do Código Citado:

---

<sup>16</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Tomo I, 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 305-6

<sup>17</sup> TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 68.

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

**§ 1o O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:**

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2o A hipótese do § 1o não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial<sup>18</sup>.**(destacou-se)**

Já no aspecto subjetivo, a limitação da coisa julgada encontra espeque no artigo 506 do Código de Processo Civil vigente, pois prevê que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros”<sup>19</sup>.

Logo, os limites subjetivos estão evidentemente relacionados às partes que participaram do processo. Inobstante, é evidente que eventualmente terceiro possa sofrer os efeitos da sentença, mas não estará sujeito à autoridade da coisa julgada<sup>20</sup>.

### 3.1.2 A Função da Coisa Julgada

Evidentemente que se está a tratar de direito positivo, não se analisando conceitos filosóficos ou sociológicos de justiça. Deveras, a coisa julgada não adentra ao conceito do justo e não é esta a sua função.

A primordial função da coisa julgada, sem dúvida, é a segurança das relações jurídicas postas ao crivo do judiciário, de modo a dar a solução definitiva para as questões levadas ao órgão. A coisa julgada é, pois, o ponto final do conflito, decorrente, inclusive, da inafastabilidade do judiciário, que deve sempre dar uma resposta ao jurisdicionado que dele se socorre. Não contradizendo o dito no primeiro parágrafo deste tópico, quiçá a coisa julgada seja a justiça para o processo, não para as partes, pois esta sim entraria em campos sociológicos etc.

A propósito disso, sugerem Luiz Guilherme Marinoni:

<sup>18</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>19</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>20</sup> TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 96.

Considerando o exame anterior feito, a respeito da função, da verdade no processo, e partindo-se das premissas ali lançadas, tem-se como razoável considerar que o instituto da coisa julgada representa critério de justiça para o processo civil. **Eternizar-se a solução do conflito, na busca de uma verdade que, em sua essência, jamais será possível dizer estar atingida, constitui certamente algo inaceitável, mormente em se considerando o perfil das relações sociais e econômicas da sociedade moderna. É, por isso, realmente indispensável colocar, em determinado momento, um fim ao litígio submetido à apreciação jurisdicional, recrudescendo a decisão judicial adotada. A esse momento corresponde a coisa julgada<sup>21</sup>. (destacou-se)**

Portanto, até pelo princípio do devido processo legal, razoável duração do processo e inafastabilidade da jurisdição, tem-se que a coisa julgada tem por finalidade primordial por fim ao litígio, não adentra na imutabilidade dos fatos ou motivos, mas apenas coloca fim ao jogo processual. Tanto é assim que há previsão expressa no artigo 504 do novo Código de Processo Civil dando conta expressa de que a coisa julgada não abarca a verdade dos fatos ou os motivos indicados na sentença, por prever que “não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”<sup>22</sup>.

Seguindo a linha de que a coisa julgada tem caráter protetor da decisão proferida, entendida como a norma jurídica individual e concreta construída e aplicável ao caso, o já citado Professor Marcelo de Lima Castro Diniz leciona indica que a coisa julgada:

Trata-se, portanto, de proteção à norma jurídica introduzida pela sentença; não o texto da decisão judicial, mas sim a significação construída a partir da interpretação dos enunciados mediante a identificação do antecedente e do consequente. O antecedente contém os fatos e a fundamentação, enquanto o consequente o dispositivo, tendo na fundamentação a elucidação do repertório utilizado (como conjunto de normas gerais e abstratas) e as demais marcas da enunciação (elucidações sobre como o ato de decidir foi produzido). A norma individual e concreta emanada da sentença, com a proteção da coisa julgada, gera efeitos pretéritos – porque toda decisão judicial se reporta ao passado, presentes – porque a decisão e a coisa julgada são atuais – e futuros, estes circunscritos aos limites objetivos e temporais da coisa julgada. O enunciado constitucional de que a lei não prejudicará a coisa julgada implica que toda e qualquer norma jurídica (geral e abstrata ou individual e concreta) não poderá ultrajar essa garantia constitucional<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada relativização da coisa julgada material**. Disponível em: [http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea\\_chamada\\_relativizacao\\_dacoisa\\_julgada](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea_chamada_relativizacao_dacoisa_julgada)

<sup>22</sup>BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>23</sup> DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 934-935.

Deveras, pode-se ver como escopo fundamental da coisa julgada a necessidade de por fim à lide e, também, a defesa da decisão e das relações por ela abrangidas contra eventuais alterações legislativas futuras.

Porém, vale a máxima de que não há direito absoluto, nem mesmo a coisa julgada detém esta qualidade e, por assim ser, em casos excepcionais pode ser revista e ultrapassada, especialmente quando em choque com caros preceitos de ordem constitucional.

## **4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA E SUA REVISÃO**

Primeiramente, vale dizer que ao tratar da coisa julgada inconstitucional para o tema proposto, as indicações são pautadas especialmente sobre a declaração superveniente de inconstitucionalidade de norma que serviu de base para o julgamento da decisão amparada pelo manto da coisa julgada, não se está a tratar, pois, de possibilidades de flexibilização por critérios exclusivamente processuais.

Para o que importa ao tema proposto, releva-se sobretudo as aplicações das correntes a seguir indicadas no campo do direito tributário, ao passo que as matérias indicadas nos tópicos anteriores dão supedâneo ao proposto a seguir, haja vista que são imprescindíveis para a compreensão da coisa julgada e sua flexibilização que, embora aplicada a diversos campos do direito material, tem observação acentuada no campo tributário, considerando-se o primado fundamental da segurança jurídica que deve reger esta relação ente Estado e contribuinte.

### **4.1 NECESSÁRIOS APONTAMENTOS DA CORRENTE CONTRÁRIA**

Diante do até aqui exposto, tem-se por um lado a necessidade de preservação da constitucionalidade das normas e, ao mesmo tempo, a necessária observância à coisa julgada. De regra a convivência entre estes fatores se dá de maneira pacífica, sem interferência entre ambos.

Contudo, alinhavou-se que a coisa julgada não é sinônimo de justiça, nem mesmo de correta decisão, cuida-se de um instituto direcionado a por fim ao processo, através de decisão irrecurável, com atenção aos princípios da segurança jurídica, inafastabilidade da jurisdição e devido processo legal.

Nesta senda, entretanto, em dados momentos poderá o choque aparente entre uma decisão escorada no manto da coisa julgada, cujo conteúdo seja de índole inconstitucional. Eis a questão, a coisa julgada se perfaz mesmo se a decisão que lhe gerou seja inconstitucional?

Pois bem. Estar-se a tratar de possível conflito entre dois direitos constitucionais assegurados, quais seja, a constitucionalidade das normas e a coisa julgada, que, como dito, traz em seu bojo a segurança jurídica daquela relação posta em discussão.

Há divergência doutrinária a respeito. Contrários à tese da relativização, há um grande time, tais como:

Por conseguintes, merecem ser ratificadas as asserções de Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery Júnior, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, no sentido de que a coisa julgada material é atributo do Estado Democrático de Direito, sendo seu elemento de existência. O fundamento da República brasileira no art. 1º da CF/88 é o Estado Democrático de Direito e ele se manifesta pela coisa julgada (...) A coisa julgada é uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito, força matriz e motriz para sua realização<sup>24</sup>.

Para tais doutrinadores de renome, a coisa julgada goza de proteção constitucional tamanha que se porta como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Outra crítica que se faz à dita relativização ou flexibilização, é quanto à falta de critérios objetivos para delinear as hipóteses de seu cabimento<sup>25</sup>.

Além disto, argumento plausível também é a possibilidade de um ciclo inacabável, pois ao se admitir a alteração da decisão albergada pela coisa julgada por outra decisão posterior que tenha reconhecido a inconstitucionalidade, dever-se-á entender que esta última decisão também pode ser modificada por uma próxima, num rumo sem fim que traria grande insegurança jurídica.

Defensor desta linha, Luiz Guilherme Marinoni arremata que “a posição que até hoje prevalece está ligada à idéia de que o Direito – e a norma do caso concreto produzida pelo Judiciário – é válido porque foi assim declarado pelo ‘soberano’, e não porque é justo”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> GÓES, Gisele Santos Fernanda. “A relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A relativização da coisa julgada*. 2. ed., rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2006. p. 145.

<sup>25</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada relativização da coisa julgada material*. Disponível em: [http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea\\_chamada\\_relativizacao\\_dacoisa\\_julgada\\_material.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea_chamada_relativizacao_dacoisa_julgada_material.pdf). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada relativização da coisa julgada material*. Disponível em: [http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea\\_chamada\\_relativizacao\\_dacoisa\\_julgada\\_material.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea_chamada_relativizacao_dacoisa_julgada_material.pdf). Acesso em 06 de março de 2016.

É este também o posicionamento de Nelson Nery Junior ao não admitir a flexibilização da coisa julgada por decisão posterior, so o fundamento, inclusive, de que se trata de cláusula pétrea:

Sua proteção não está apenas na CF 5º. XXXVI, mas principalmente na norma que descreve os fundamentos da República (CF 1º.). O Estado Democrático de Direito (CF 1º caput) e um de seus elementos de existência (e, simultaneamente, garantia fundamental - CF 5º. XXXVI), que é a coisa julgada, são cláusulas pétreas em nosso sistema constitucional, cláusulas essas que não podem ser modificadas ou abolidas nem por emenda constitucional (CF 60 § 4º I e IV), porquanto bases fundamentais da República Federativa do Brasil. Por conseqüência e com muito maior razão, não podem ser modificadas ou abolidas por lei ordinária ou por decisão judicial posterior<sup>27</sup>.

Pauta-se este entendimento contrário à flexibilização, tem-se por base a justiça formal, em que leva em conta justamente aquela já indicada função primordial da coisa julgada, que é por fim definitivo ao litúgio, a fim de gerar a segurança jurídica e a potencial pacificação social, não se levando em conta o conceito de justo ou injusto.

## 4.2 NECESSÁRIOS APONTAMENTOS DA CORRENTE FAVORÁVEL

Inobstante, do contrário, há fortes fundamentos para a admissão desta flexibilização, ao passo que inclusive é assim que caminha as disposições no novo Código de Processo Civil brasileiro e da jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Aliás, defensor ferrenho desta possibilidade é o Ministro José Delgado, ao indicar, sob seu ponto de vista, que a coisa julgada não se sobrepõe à supremacia da Constituição da República, apontando, pois, que a coisa julgada aí está apenas e tão somente para proteger a decisão de eventuais leis posteriores e não de declarações de inconstitucionalidades, por lecionar:

(...) não posso conceber o reconhecimento de força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça. Desmoroque ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o

---

<sup>27</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 511.

branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa. É sempre lembrado que a Constituição Federal, em seu preâmbulo, consignou que a finalidade do Estado brasileiro é assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceito, fundada na harmonia social.

**O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos interpretes lhe dão. A respeito, filio-me ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5o, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada<sup>28</sup>.** (destacou-se)

Ocorre que pensar apenas na “justiça” formal amparada pela coisa julgada traz indagações inquietantes, sobretudo em razão da ausência de direito absoluto, ainda mais quando então verificado, ainda que a *posteriori*, que a decisão proferida no caso concreto e albergada pela coisa julgada seja pautada por fundamentos inconstitucionais, por certo que esta decisão, ainda que tenha colocado fim à lide de maneira objetiva e formal, pode não resultar na verdadeira pacificação social.

Outrossim, há que entenda que a coisa julgada tem aspecto puramente processual, daí porque mais um motivo de ser flexibilizada quando o conteúdo da decisão que proteja seja inconstitucional. Sobre o tema, avalia Carlos Valder do Nascimento:

Sendo a coisa julgada matéria estritamente de índole jurídico-processual, portanto insere no ordenamento infra-constitucional, sua intangibilidade pode ser questionada desde que ofensiva a parâmetros da Constituição. Nesse caso, estar-se-ia operando no campo da nulidade. Nula é a sentença desconforme como os cânones constitucionais, o que desmistifica a imutabilidade da res judicata. [...] A coisa julgada é intocável, tanto quanto os atos executivos e legislativos, se, na sua essência, não desbordar do vínculo que deve se estabelecer entre ela e o texto constitucional, numa relação de compatibilidade para que possa revestir-se de eficácia e, assim, existir sem que contra a mesma se oponha qualquer mácula de nulidade. Essa conformação de constitucionalidade tem pertinência, na medida em que não se pode descartar o controle do ato jurisdicional, sob pena de perpetuação de injustiça<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Texto básico da palestra proferida em 20.dez.2000, no I Simpósio de Direito Público da Advocacia Geral da União – 5 região-Fortaleza-CE. Disponível em [www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_janeiro\\_2001/0501CoisaDelgado.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_janeiro_2001/0501CoisaDelgado.pdf). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>29</sup> NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa julgada inconstitucional**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 13 e 14.

Ora, sendo matéria de fulcro infraconstitucional, a coisa julgada não poderia, na visão destes, se sobrepor à supremacia da constituição e aos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal quando dada a palavra em controle de constitucionalidade quando impõe eficácia vinculante, *erga omnes* e, em regra, *ex tunc*, às suas decisões.

Candido Rangel Dinamarco em posição favorável à relativização em casos de inconstitucionalidade, funda sua posição na ausência de direito ou princípio absoluto da coisa julgada, ao passo que a sua interpretação e manutenção, ou não, deve sempre ser analisada em cotejo com outros valores, por ensinar:

Se tiver razão no que sustento, terei chegado a uma visão sistemática da relativização da coisa julgada segundo critérios que em primeiro plano são objetivos - despontando sobretudo o da prevalência de certos valores, constitucionalmente resguardados tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas. Daí aceitar a idéia da coisa julgada inconstitucional, que assenta na premissa da harmoniosa convivência entre todos os princípios e garantias plantados na ordem constitucional, nenhum dos quais pode ser tratado como absoluto. A posição defendida tem apoio também no equilíbrio, que há muito venho postulando, entre duas exigências opostas mas conciliáveis - ou seja, entre a exigência de certeza ou segurança, que a autoridade da coisa julgada prestigia, e a de justiça e legitimidade das decisões, que aconselha não radicalizar essa autoridade. Nessa linha, repito: a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios<sup>30</sup>.

Salienta-se o desfecho magistral do Professor Dinamarco na citação última, ao indicar a impossibilidade de conceber que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios, justificando-se, pois, a possibilidade da flexibilização da coisa julgada inconstitucional.

### 4.3 O EQUILÍBRIO

Tendo posição favorável e contrária, tal como qualquer questão que envolva o direito positivo e a ciência que dele decorre, há de ser buscado o equilíbrio, mesmo porque,

---

<sup>30</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa Julgada**. Disponível em <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)>. Acesso em 06 de março de 2016.

parece clara a proteção constitucional da coisa julgada, mas também a impossibilidade de perpetuação de decisão inconstitucional.

Na seara do direito tributário esta questão tem grande relevância, considerada a carga de segurança jurídica que a relação de direito material desta espécie deve conter, pois, como sabido, trata-se de investida do estado na propriedade do indivíduo, daí porque a necessária e inafastável observância à legalidade e, sobretudo, à constitucionalidade das normas e das decisões proferidas em casos tais.

Nesta senda, vale citar a magistral posição de Lourival Vilanova indicada por Marcelo de Lima Castro Diniz, ao mencionar que aquele Professor:

(...) bem destaca a contraposição entre passado e futuro, antigo e novo, transitório e permanente, tradição e inovação e o papel do direito de “harmonizar num equilíbrio instável”: “Pois a vida humana é dinâmica e estática, mudança e hábito, inovação e repetição, renovação e rotina, desenvolvimento e tradição. Essas duas dimensões estão coexistindo em cada época, variando o percentual de uma ou outra. Se é possível vida social rotinizada, em repouso, repelindo a mudança, sociedades relativamente estagnadas, como se o fluxo da corrente histórica adquirisse a dureza resistente dos sólidos, não é possível vida social liquefeita numa dinâmica incessante, uma como sociedade em permanente revolução. Pois bem, o direito é uma entre outras técnicas para harmonizar num equilíbrio instável, é certo, esses dois contrapesos, essa estrutura dialética do social, o diálogo entre a rotinização e a inovação. Por isso que parte da cultura social total, dela não se desvincula. Se a cultura total pende mais para a tradição, para afastar como demoníaco o simplesmente novo, a justiça será a institucionalização da rotina, do venerável só porque é antípoda do novo, do inédito, do criador. Mas, numa sociedade em evolução ou em revolução, que é a evolução em potência maior e num espaço e tempo mais rápido, então, o Judiciário participa também desse ritmo histórico<sup>31</sup>.

Gancheado neste pensamento, há de se encontrar bom termo para a convivência pacífica entre os institutos, ao passo que a coisa julgada somente pode ser afastada em hipóteses excepcionalíssimas e guardados alguns postulados. Sobre a potencial decisão equilibrada, Dinamarco enfatiza que a flexibilização deve ser

(...) destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que

---

<sup>31</sup> VILANOVA, Lourival. **O poder de julgar e a norma**. In: Escritos Jurídicos e Filosóficos. São Paulo : Axis Mundi-IBET, v. 1, p. 359 *apud* DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 949-950.

providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes<sup>32</sup>.

Referido equilíbrio pode ser buscado através dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade como diretrizes para a observância da manutenção ou não da coisa julgada inconstitucional. Humberto Ávila conceitua e distingue estes postulados, começando pela razoabilidade como sendo:

O postulado da razoabilidade aplica-se, primeiro, como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individuais do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas.

Com relação à proporcionalidade, ensina:

O postulado da proporcionalidade aplica-se nos casos em que exista uma relação de causalidade entre um meio e um fim concretamente perceptível. A exigência de realização de vários fins, todos constitucionalmente legitimados, implica a adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito<sup>33</sup>.

Pelo que se conclui, os postulados da razoabilidade de proporcionalidade, embora tenha fatalmente carga axiológica, visa pois uma coerência e necessidade de equilíbrio nas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, sendo que num caso complexo como o de conflito entre a coisa julgada e a constitucionalidade, estes postulados são fonte segura para a busca da melhor solução para cada caso. Isto porque temos de buscar a convivência pacífica entre o princípio da constitucionalidade e da coisa julgada.

Neste sentido, para a busca da solução, há meios processuais possíveis para a discussão da coisa julgada inconstitucional, que são expostos a seguir.

---

<sup>32</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa Julgada**. Disponível em <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)>. Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>33</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 169.

## 5 CONTROLE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA

### 5.1 EFEITO AUTOMÁTICO DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?

Consoante discorrido no primeiro capítulo, através do controle de constitucionalidade pode o Supremo Tribunal Federal expurgar do ordenamento jurídico norma inconstitucional. Contudo, por evidente, há o princípio da presunção de constitucionalidade das normas, ou seja, até que seja declarada inconstitucional, a norma válida permanece no ordenamento e gera plenos efeitos.

Inobstante, uma vez declarada inconstitucional, sobretudo no campo do controle concentrado, de regra, haverá o efeito *ex tunc*, ou seja, retroativo, até porque uma norma agora declarada inconstitucional sempre foi inconstitucional, apenas não havia ocorrido a declaração indispensável desta condição.

A atual redação do Código de Processo Civil leva a crer que não se faz necessária propositura de demanda específica para buscar a aplicação direta e imediata da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, pois esta teria o condão de, na verdade, afastar a exigibilidade da decisão proferida, bastando que se alegue em sede de impugnação ao cumprimento da citada sentença, ou mesmo por mera petição, por tratar-se, pois, de matéria de ordem pública. Eis a previsão:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

(...)

**§ 12. Para efeito do disposto no inciso III do § 1º deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com**

**a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso<sup>34</sup>. (destacou-se)**

A redação anterior, prevista no art. 475-L, §1º, do antigo Código de Processo Civil, também albergava esta situação, ao passo que alguns doutrinadores defendem, pois, que esta decisão seria inclusive inexistente, dentre eles, Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina:

Portanto, segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria juridicamente inexistente, pois que baseada em lei que não é lei (lei inexistente). Portanto, em nosso entender, a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior grau de segurança jurídica à sua situação. O fundamento para ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. (...) <sup>35</sup>.

Em verdade, ao que parece, pelo disposto no artigo 525, §12, do Código de Processo Civil vigente, haveria uma espécie de óbice à eficácia técnica da decisão proferida e albergada pela coisa julgada. Lembrando-se que nesta hipótese, tecnicamente os efeitos da decisão primeira serão obstados pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, inibindo a incidência da decisão *a quo*. Porém, isto deve ser alegado em sede de impugnação ao cumprimento de sentença.

Entrementes a solução para esta questão pode estar nas mãos do próprio Supremo Tribunal Federal, ante a possibilidade de modulação dos efeitos, como prevê o parágrafo 2º do artigo 525 do novo Código de Processo Civil, porém, essa limitação somente se dá caso não tenha havido o trânsito em julgado da decisão “inconstitucional”, caso contrário, apenas a ação rescisória terá o condão de afastá-la:

§ 13. No caso do § 12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.

---

<sup>34</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>35</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. Organizadores. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 308.

§ 14. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 12 deve ser anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda.

§ 15. Se a decisão referida no § 12 for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Eduardo Talamini, contudo, adverte pela impossibilidade de efeito basicamente automático da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal declarando posteriormente a inconstitucionalidade da norma fundante da sentença, afirmando posição que deverá sempre ser atacada por ação rescisória ou outros meios pertinentes, por dizer que:

(...) Trata-se, isso sim, de sentença *injusta* ou *errada*. O defeito está no conteúdo da solução que ela dá à causa. Não reside nos seus pressupostos de existência nem de validade (...). A decisão conterá um *error in iudicando*, um defeito no conteúdo. Normalmente, só poderá ser revista através dos mecanismos de revisão previstos no ordenamento (...). Por isso, nem mesmo a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal afeta automaticamente a eficácia e a autoridade da coisa julgada da sentença que aplicou ou se amparou na dita norma. Em princípio, tratando-se de decisão acobertada pela coisa julgada material, haverá de ser atacada mediante ação rescisória ou por outros instrumentos rescisórios (v.g., art. 741, par. único), observados os pressupostos e limites deste instrumento<sup>36</sup>.

Para ele, pois, a sentença é existente, porém inválida, ligada à nulidade, daí porque a necessidade da propositura da ação rescisória para que seja reconhecida a nulidade diante da inconstitucionalidade. Vale dizer que as previsões do Código de Processo Civil que preveem a inexigibilidade da decisão inconstitucional não tem o condão de afastar a relação jurídica de base, apenas afasta seu cumprimento. Aqui, evidentemente, não há ataque à coisa julgada, pois ela permanece vigente, apenas não pode ser exigido o cumprimento da obrigação dela decorrente.

Prossegue Talamini afirmando a necessidade de ataque por ação rescisória para a desconstituição da coisa julgada, não sendo, pois, efeito automático da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de modo que privilegia uma posição equilibrada valorando os dois esques constitucionais, por dizer:

A nulidade de sentença de mérito é defeito grave que pode ser atacada mediante recurso e mesmo conhecido de ofício pelo órgãos recursais, nos limites do efeito

---

<sup>36</sup> TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 415.

devolutivo do recurso. No entanto, com o trânsito em julgado, a sentença faz coisa julgada, ainda que absolutamente nula. Na configuração tradicional do processo civil brasileiro, a sentença de mérito nula precisará ser atacada através de ação rescisória, observados os requisitos específicos desta via. Não sendo assim, permanecerá íntegra<sup>37</sup>.

Observa-se, pois, que ainda que o Supremo Tribunal Federal se pronuncie e declare norma inconstitucional que tenha fundamentado a sentença geradora da coisa julgada, apenas a ação rescisória terá o condão de efetivamente afastá-la, de modo que não se cogita efeitos imediatos que ataque propriamente a coisa julgada, tão pouco gera a inexistência da decisão proferida.

Frise-se, uma vez mais, que as hipóteses de inexigibilidade calcada nesta declaração de inconstitucionalidade não atacam a coisa julgada, apenas e tão somente obstam o cumprimento da obrigação decorrente da sentença ainda não albergada por ela. Em todo caso, para a busca da anulação da decisão por vício de inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, deverá o interessado lançar mão da ação rescisória, como se verá.

Entretanto, outro ponto que deve ser distinguido é aquele que se refere às relações jurídicas continuativas, muito observada no campo tributário, ao passo que neste caso também não haverá ataque à coisa julgada, mais apenas e tão somente uma adequação nos seus efeitos futuros, qual seja, a partir da prolação da decisão do Supremo Tribunal Federal. Marcelo de Lima Castro Diniz dá a isto o nome de “adequação” da coisa julgada<sup>38</sup>.

## **5.2 A AÇÃO RESCISÓRIA COMO MEIO ADEQUADO DE DESCONSTRUÇÃO DA COISA JULGADA DIANTE DE DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

Para a desconstituição efetiva da coisa julgada material tributária, sustenta-se a propositura da ação rescisória, agora prevista no artigo 966 do Código de Processo Civil,

---

<sup>37</sup> TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p. 445.

<sup>38</sup> DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 934-935.

com supedâneo, neste caso, no inciso V do referido artigo, em razão da sentença “violando manifestamente norma jurídica”<sup>39</sup>.

James Marins conceitua a ação rescisória no campo tributário, como “a ação de caráter exacional imprópria ou antiexacional imprópria, que tem a finalidade de vulnerar a autoridade da coisa julgada operada em sentença judicial de conteúdo tributário”<sup>40</sup>.

Primeiramente, vale revolver ao ensinamento de que caso a relação jurídica indicada na sentença sob o manto da coisa julgada seja continuativa, ou que protraia efeitos futuros, é certo que a partir da decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade, tem-se por acertado que cessem ou se adeque os efeitos da coisa julgada a partir do momento daquela decisão do órgão de cúpula, porém, de forma *ex nunc*.

É o que sugere Marcelo de Lima Castro Diniz, ao indicar que “a mudança da jurisprudência do STF não torna inexistente, tampouco rescindível decisão transitada em julgado; torna a coisa julgada, contudo, passível de adequação”<sup>41</sup>. Contudo, não se pode dar efeito automático da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o que é vedado pelo artigo 525, §14º, do novo Código de Processo Civil, que obsta a extensão dos efeitos da decisão do órgão de cúpula em caso de já haver coisa julgada.

Como adiantado, por ser a sentença proferida é verdadeira norma individual e concreta, ao passo que a sua desconstituição somente pode se dar por outra norma individual e concreta, conforme ensina Tércio Sampaio Ferraz Junior:

A norma individual que, com o trânsito em julgado, tem força de lei entre as partes, somente pode ter seus efeitos interrompidos por outra norma individual desde que referente ao mesmo objeto e às mesmas partes e que adquira essa mesma “força de lei”, ou seja, que tenha percorrido todo o processo de promulgação, com o trânsito em julgado da sentença rescindente<sup>42</sup>

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

<sup>40</sup> MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2014, p. 687.

<sup>41</sup> DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 938.

<sup>42</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Coisa julgada, ação rescisória e justiça**. In: Direito Constitucional. São Paulo : Manole, 2007, p. 141 *apud* DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 938.

Portanto, a decisão proferida e que se encontra sob o manto da coisa julgada, somente pode ser rescindida, ainda que sobrevenha decisão vinculante e com efeito *erga omnes* e *ex tunc* do Supremo Tribunal Federal, por ação rescisória própria, não sendo, pois, efeito automático da decisão a desconstituição da coisa julgada.

Há respeitados doutrinadores, contudo, que discordam da possibilidade de rescisão da coisa julgada por alteração de interpretação do direito aplicado na sentença, entre eles, como destaca Sacha Calmon Navarro Coelho, para quem “inexiste pressuposto (carência de ação) para a ação rescisória de sentença transitado em julgado, em razão de interpretação diversa do direito aplicado à espécie”, bem como que “o prestígio à segurança jurídica impede a vulneração da coisa julgada”, além de que, a ação rescisória não serviria para uniformizar jurisprudência, não se podendo, pois, invocar o princípio da isonomia<sup>43</sup>.

Contudo, dentro dos pilares de razoabilidade e proporcionalidade já elencados, considerando o efeito *erga omnes*, vinculante e *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, não há óbice e, aliás, é recomendável a propositura de ação rescisória para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, o grande problema em questão é a partir de qual momento que serão gerados os efeitos da decisão proferida pelo Supremo e também da rescisória.

De regra, a decisão favorável proferida na ação rescisória teria o condão de gerar efeitos retroativos, pois ao desconstituir a decisão anterior, a retira do ordenamento, o que justificaria a exclusão dos efeitos gerados por esta. Contudo, isso seria o verdadeiro caos, o não parece ser o que resguarda a Constituição da República e Código de Processo Civil, aquela por salvaguardar a coisa julgada e a segurança jurídica, e este por prever a necessidade de ação rescisória para atacar decisão anterior inconstitucional. É o que faz crer a previsão contida no artigo 525, § 12, § 14 e § 15º, ao indicar que a sentença em execução pode ser atacada por impugnação fundada na declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal apenas caso ainda não tenha transitado em julgado quando da prolação e, caso já tenha, somente seja atacada por ação rescisória, nos termos do § 14, cujo

---

<sup>43</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal no direito tributário**. Repertório IOB de Jurisprudência 1/9.419

prazo para tanto será contado a partir da data da do transito em julgado da decisão proferida pela corte Suprema.

Assim, pela disposição indicada, não se antevê óbice à propositura da ação rescisória, inclusive o artigo mencionado dá cristalino sinal de admissão da rescisória em caso de julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade. Contudo, pelos primados da razoabilidade, proporcionalidade e privilégio à segurança jurídica, os efeitos da decisão proferida na ação rescisória deverão ser *ex nunc*, ou seja, deve se manter os efeitos gerados pela coisa julgada até então. Neste aspecto deve ser analisado em cada caso a viabilidade da propositura, o que pode se dar em direito tributário, especialmente diante das relações continuativas.

Neste sentido, é o escólio de Hugo de Brito Machado e Raquel Cavalcanti Ramos, a saber:

**Assim, quer na hipótese de o cidadão restar vencido, com o reconhecimento de que um tributo é devido, quer na hipótese de a Fazenda Pública restar vencida, com o reconhecimento de que um tributo não é devido, a posterior alteração da jurisprudência é motivo para que promova a ação de revisão ou modificação da coisa julgada, com eficácia *ex nunc*<sup>44</sup>. (destacou-se).**

Especialmente no campo tributário, dar efeito *ex nunc* à decisão rescisória se mostra absolutamente em consonância com artigo 156 do Código Tributário Nacional, como leciona Bruno Noura de Moraes Rego:

Os efeitos de sentença tributária em ação rescisória seriam *ex nunc* em razão do artigo 156 do Código Tributário Nacional que prevê, como hipótese de extinção do crédito tributário, a decisão judicial passada em julgado, ou seja, a ação rescisória não tem o condão de fazer renascer o crédito tributário extinto. (...) não porque a sentença rescindenda assim determinou, mas senão porque uma lei complementar da Constituição – lei material – determinou este efeito para a sentença definitiva: o fim da obrigação e do crédito tributário correspondente<sup>45</sup>

Deveras, embora seja possível a propositura da ação rescisória calcada na declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal com os efeitos já indicados, a posição mais segura e consonante com o ordenamento jurídico, especialmente

---

<sup>44</sup> MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 190-191.

<sup>45</sup> RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 391.

relacionado ao direito tributário, é que a decisão rescisória opere efeitos apenas prospectivos, como bem conclui Marcelo de Lima Castro Diniz:

(...) entendemos que tanto a segurança jurídica (coisa julgada) quanto a igualdade e a justiça (revisão da coisa julgada) são prestigiadas. Não se postula extremos, mas também não se pode admitir eficácia retroativa aos pronunciamentos do STF, como se não houvesse coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito. O passado deve ser preservado; o presente pode ser modificado, para que no futuro a nova norma jurídica venha a prevalecer: admitir o “novo” não implica desprezar, tampouco anular ou tornar inexistente o passado<sup>46</sup>.

Em remate, ainda que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tenha a eficácia erga omnes, vinculante e *ex tunc*, apenas poderá ser desconstituída a coisa julgada com fulcro nesta decisão através da ação rescisória e esta, por sua vez, se procedente, deve abarcar apenas efeitos futuros, ou seja, com efeitos *ex nunc*. Esta solução se coaduna com os postulados constitucionais de defesa da coisa julgada, segurança jurídica, e supremacia da constituição.

### 5.3 A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tal como se mencionou no decorrer o presente trabalho, especialmente em razão do exercício do controle de constitucionalidade das normas ser desempenhado, ao fim e ao cabo, pelo Supremo Tribunal Federal, seja no modelo concentrado ou difuso, insta revisitar algumas jurisprudências do órgão de cúpula sobre o tema no campo do direito tributário.

Vale dizer, de início, que há certa especificidade de apreciação, por aquele órgão, da matéria processual aplicada ao direito material tributário, pois a preocupação com a estabilidade das decisões e das normas abstratas são maiores, ainda que se use certo grau de axiologia para distinguir de outras matérias, considerando-se a área sensível a ser protegida, tanto na esfera estatal (arrecadação para manutenção das atividades) quando na esfera individual do cidadão (limitação ao poder de tributar, direito de propriedade etc.).

Tanto é assim que, muito recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional do tema

---

<sup>46</sup> DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência.** In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 949-950.



Logo, ainda que não se tenha conhecimento de decisão específica sobre os efeitos pretéritos ou futuros da ação rescisória em casos tais, o Supremo Tribunal Federal tem dados sinais de que ela é absolutamente necessária para a desconstituição da coisa julgada em matéria tributária.

A decisão anteriormente citada, que reconheceu a repercussão geral da questão afeta ao direito tributário, tem como paradigma decisão anterior proferida pelo Ministro Teori Zavascki a propósito da absoluta necessidade de propositura da ação rescisória (RE 730.462). O Ministro Edson Fachin, relator daquela decisão recente que reconheceu a repercussão geral (RE 949297 RG), assim justificou, mencionando a jurisprudência paradigma:

Sob o ponto de vista jurídico, o tema extrai sua relevância da compreensão que se dará aos limites da garantia da coisa julgada em seara tributária, à luz do princípio da segurança jurídica. (...) Nesta manifestação, também se torna cabível fazer, de plano, uma distinção entre o presente feito e o assentado no Tema 733 da sistemática da repercussão geral (Relativização da coisa julgada fundada em norma posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle concentrado, após o prazo da ação rescisória.), cujo recurso-paradigma é o RE-RG 730.462, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, DJe 09.09.2015.

Portanto, ao que se observa, o Supremo Tribunal Federal ainda não pacificou sua posição a respeito do tema, diante, inclusive, da complexa relação jurídica continuativa, como geralmente é a tributária.

Desta feita, aparentemente, a decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº. 949.297 deverá por fim, ao menos no campo de aplicação, à controvérsia, inclusive quanto à possibilidade de abstrativização do controle difuso, pois esta discussão paradigma a respeito da coisa julgada tributária inconstitucional se resolverá, ao que tudo indica, no campo do Recurso Extraordinário.

Espera-se, tal como defendido nos tópicos anteriores, que seja mantida a posição de que há inegável necessidade de propositura de ação rescisória para desconstituição da coisa julgada tributária, e que, se procedente, os efeitos sejam sempre futuros, preservando-se o passado albergado por ela, sendo, ao que parece, a posição equilibrada a ser adotada, sobretudo em razão da segurança jurídica.

## 6 CONCLUSÃO

É patente que ao Supremo Tribunal Federal é dado a palavra definitiva sobre a constitucionalidade ou não das demais normas existentes no ordenamento jurídico pátrio, seja através do controle concentrado (via direta), seja através do controle difuso (via indireta) de constitucionalidade, de modo que, sem sombra de dúvida, suas decisões merecem ser respeitadas pelos demais juízes e tribunais.

Doutro lado, porém, é inegável que a coisa julgada é pilar sólido do Estado Democrático de Direito e, inclusive um direito decorrente da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da razoável duração do processo e, em especial, a segurança jurídica, sobretudo no campo tributário, campo de atuação estatal com grande interferência na esfera individual de cada cidadão.

A coisa julgada não está diretamente relacionada à justiça material, e nem a isto se presta, contudo é de suma importância na pacificação social, na medida em que põe fim definitivamente à lide.

Deveras, a sua relativização ou flexibilização é medida extremamente excepcional e, por ser pilar constitucional, deve se dar apenas e tão somente quando balanceada com outros prismas constitucionais, especialmente capitaneada pelos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Atento a isto, o Código de Processo Civil brasileiro prevê possíveis saídas quando da ocorrência de decisão posterior que declare inconstitucional a norma que foi basilar para a sentença atingida pela coisa julgada, notadamente quando pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculante e *ex tunc* (retroativos).

A saída da lei processual é a possibilidade de impugnação incidental da exigibilidade da sentença inconstitucional quando ainda não transitado em julgado a decisão executada, ou seja, de certa forma extrair-se-ia os efeitos daquela decisão e, também, de certa forma até impediria a coisa julgada.

Entretanto, ao reconhecer a força constitucional do instituto, a própria lei de regência (novo Código de Processo Civil), no artigo 525, § 15º, ao previu que a

inexigibilidade somente se aplica no caso de a sentença ainda não ter transitado em julgado ao tempo da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, caso contrário, somente poderá ser atacada a coisa julgada pela via da ação rescisória, cujo prazo inicial é a data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo próprio Supremo.

Com isto, mantem-se hígida a coisa julgada tributária e seus efeitos, inobstante, diante de inconstitucionalidade, possa ser atacada pela via da rescisória. Contudo, ainda assim, pelo que se observou, a problemática envolve, também, a possibilidade ou não de retroação dos efeitos da sentença rescisória a atacar a rescindida e seus respectivos efeitos e consequências.

A potencial saída observada é a da impossibilidade de retroatividade dos efeitos da sentença rescisória, ao passo que merece ser aplicada, apenas e tão somente, de forma prospectiva, respeitando-se a coisa julgada até o momento de sua rescisão, para então, daí pra frente, caso a relação jurídica suporte, ser observada. Esta solução coaduna-se com os primados da proporcionalidade, razoabilidade e torna pacífica a convivência entre a coisa julgada e as declarações de inconstitucionalidades a ela supervenientes, de modo a manter a segurança jurídica resguardada.

## 7 BIBLIOGRAFIA

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 169.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2012.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046). Acesso em 06 de março de 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/) constituicao.htm. Acesso em 06 de março de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstituicao>>. Acesso em: 06 de março de 2016.

BUENO, Cássio Scapinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. vol. 2, tomo I. Saraiva, 2007.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Da impossibilidade jurídica de ação rescisória de decisão anterior à declaração de constitucionalidade pelo supremo tribunal federal no direito tributário**. Repertório IOB de Jurisprudência 1/9.419

DELGADO, José Augusto. **Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais**. Texto básico da palestra proferida em 20.dez.2000, no I Simpósio de Direito Público da Advocacia Geral da União – 5 região-Fortaleza-CE. Disponível em [www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_janeiro\\_2001/0501CoisaDelgado.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_janeiro_2001/0501CoisaDelgado.pdf). Acesso em 06 de março de 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Tomo I, 3. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Relativizar a coisa Julgada**. Disponível em <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_II\\_fevereiro\\_2001/0502relativizaCandido.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_II_fevereiro_2001/0502relativizaCandido.pdf)>. Acesso em 06 de março de 2016.

DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Efeitos da declaração de inconstitucionalidade**. 5. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio. **Coisa julgada, ação rescisória e justiça**. In: Direito Constitucional. São Paulo : Manole, 2007, p. 141 *apud* DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET.

GÓES, Gisele Santos Fernanda. **“A relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário)**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *A relativização da coisa julgada*. 2. ed., rev. atual. ampl. Salvador: Jus Podivm, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética, 2006, p. 190-191.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Sobre a chamada relativização da coisa julgada material**. Disponível em: [http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea\\_chamada\\_relativizacao\\_dacoisa\\_julgada\\_material.pdf](http://cursos.ead.pucrs.br/Biblioteca/direitoambiental/artigos/sobrea_chamada_relativizacao_dacoisa_julgada_material.pdf). Acesso em 06 de março de 2016.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**. In: **Tratado de direito constitucional**, v. 1 / coordenadores Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes, Carlos Valder do Nascimento. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. **Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

SANTOS, Ernane Fidélis. **Manual de direito processual civil**. vol. 1. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direito processual constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TALAMINI, Eduardo. **A coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. vol. 1. 46. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VILANOVA, Lourival. **O poder de julgar e a norma**. In: Escritos Jurídicos e Filosóficos. São Paulo : Axis Mundi-IBET, v. 1, p. 359 *apud* DINIZ, Marcelo de Lima Castro. **Coisa julgada e mudança da jurisprudência: rescisão, inexistência ou permanência**. In: VII Congresso Nacional de Estudos Tributários do IBET, p. 949-950.

WAMBIER, Luis Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil** v.1.9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado**. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto. Organizadores. *Coisa julgada inconstitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.