

COISA JULGADA

CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Coordenador

HUGO DE BRITO MACHADO

Autores

CARLOS HENRIQUE ABRÃO
DANIELA SILVA GUIMARÃES SOUTO
DEBORAH SALES
DURVAL AIRES FILHO
EDUARDO FORTUNATO BIM
FERNANDO A. M. CANHADAS
FERNANDO FACURY SCAFF
HELENILSON CUNHA PONTES
HUGO DE BRITO MACHADO
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
ÍTALO FARIAS PONTES
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JURACI MOURÃO LOPES FILHO
JUVÊNCIO VASCONCELOS VIANA
LEONARDO GRECO
MARCIANO SEABRA DE GODOI
MARCIA SOARES DE MELO
MÁRCIO SEVERO MARQUES
PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA
RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO
RUI BARROS LEAL FARIAS
SCHUBERT DE FARIAS MACHADO
TIAGO ASFOR ROCHA LIMA
VITTORIO CASSONE

co-edição

DIALÉTICA

São Paulo

e

ICET INSTITUTO
CEARENSE
DE ESTUDOS
TRIBUTÁRIOS

Fortaleza

2006

Questões sobre Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária

MARCIANO SEABRA DE GODOI

Mestre e Doutor em Direito. Professor da PUC/MG.



O Instituto Cearense de Estudos Tributários e a Editora Dialética, liderados pelo Professor Hugo de Brito Machado, honraram-nos com o convite para manifestarmos nossa opinião a respeito de um tema dos mais discutidos atualmente pela doutrina nacional: a chamada *flexibilização* da coisa julgada. A favor¹ e contra² tal *flexibilização* já se pronunciaram grandes autores do Direito Processual brasileiro.

Sobre esse tema e suas repercussões no campo do Direito Tributário, o Professor Hugo de Brito Machado formulou-nos algumas questões que propiciam uma análise objetiva e conclusiva sobre diversos aspectos teóricos e práticos do problema.

Dividimos nossa contribuição para o estudo do tema em duas partes: na primeira delas, analisamos os termos do debate acadêmico que se instaurou na doutrina brasileira nos últimos cinco anos e nos posicionamos criticamente sobre a questão; na segunda parte, respondemos uma a uma as questões levantadas pelo Professor Hugo de Brito Machado.

I - Crítica à Chamada *Relativização* da Coisa Julgada: de como a *Relatividade* se converte em *Fragilidade* e não se alcançam - Mesmo se pagando um Alto Preço - os Objetivos Colimados pela tal *Relativização*

Diversos doutrinadores brasileiros vêm propondo nos últimos anos a tese de que, em determinados casos, a ordem jurídica consente que a coisa julgada material que se operou sobre determinada lide seja suplantada por

¹ Vide THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. "A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu Controle". In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*, 5ª ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: América Jurídica, pp. 72-126; DELGADO, José Augusto. "Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEIXOTO, Marcelo Magalhães & ELALI, André (coords.). *Coisa Julgada Tributária*, São Paulo: MP, 2005, pp. 235-270.

² Vide MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Considerações sobre a Chamada 'Relativização' da Coisa Julgada Material". *Revista Síntese de Direito Civil & Processual Civil*, nº 33, jan./fev. 2005, pp. 5-28; SILVA, Ovídio A. Baptista da. "Coisa Julgada Relativa?". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 13, 2004, pp. 102-112; FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. "Segurança Jurídica, Coisa Julgada e Justiça". *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, nº 3, 2005, pp. 263-278.

uma nova decisão judicial, mesmo já tendo transcorrido o prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória.

Os adeptos dessa tese declaram obsoleto e atacam o "mito da impermeabilidade" da coisa julgada ou o "caráter absoluto" de sua intangibilidade³. Contudo, a rescisão de uma decisão transitada em julgado nunca foi propriamente um *tabu* para o direito positivo brasileiro. Ao contrário, o manejo da ação rescisória no sistema processual brasileiro possui mais possibilidades e desenvoltura do que oferece no processo civil de outros países⁴. E a ação rescisória, com suas múltiplas hipóteses autorizadoras, é uma clara manifestação de que não são nem nunca foram *valores absolutos* a certeza e a segurança jurídicas que a coisa julgada procura garantir⁵. O afastamento dos óbices da Súmula 343 do STF, nos casos de rescisórias envolvendo controvérsias constitucionais, demonstra muito bem que a doutrina e os tribunais souberam ponderar os valores da segurança e certeza com os valores da justiça e isonomia.

Exatamente porque atrás da segurança e da certeza da coisa julgada podem se ocultar erros e graves injustiças é que o ordenamento prevê o manejo da ação rescisória. E mesmo os resquícios da *querella nullitatis* presentes no ordenamento brasileiro (no art. 741, I do CPC e na ação declaratória de nulidade por falta ou nulidade de citação aceita na jurisprudência⁶) confirmam que não é preciso abraçar a teoria da flexibilização para aceitar e conviver no Direito Processual com a imperiosidade da ponderação entre os valores da segurança e da certeza do direito (de um lado) e os valores da justiça e da igualdade (de outro lado).

Feita essa advertência inicial, cabe agora avançar nossa análise sobre o que consideramos três graves problemas da teoria da flexibilização.

1.1 - Engano quanto à premissa constitucional

O primeiro grave engano (e talvez o mais manifesto) da *flexibilização* é sua apressada premissa segundo a qual a coisa julgada é entre nós um tema com escassa relevância *constitucional*. A única norma que ressaíria da CF de 1988 acerca da coisa julgada é a que determina que as *inovações legis-*

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 75.

⁴ Cfr. GRECO, Leonardo. "Eficácia da Declaração *Erga Omnes* de Constitucionalidade ou Inconstitucionalidade em Relação à Coisa Julgada Anterior". In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Problemas de Processo Judicial Tributário - 5º Volume*, São Paulo: Dialética, 2002, pp. 195-198.

⁵ Neste sentido, Theodoro Júnior & Faria afirmam - cobertos de razão - que "a idéia que norteia a admissibilidade da ação rescisória é a de que não se pode considerar como espelho da segurança e certeza almejados pelo Direito uma decisão que contém séria *injustiça*" (*Op. cit.*, p. 87).

⁶ No caso do art. 741, I do CPC não se trata propriamente de desconstituir a coisa julgada, e sim de reconhecer que graves vícios processuais impediram sua formação. De uma maneira ou de outra, impõem-se claros limites aos valores da segurança e da certeza jurídicas.

lativas a respeitem. O inciso XXXVI do art. 5º da Constituição seria tão-somente regra de “direito intertemporal” e dirigir-se-ia “apenas ao legislador ordinário”⁷. Em claro português: “a noção de intangibilidade da coisa julgada, no sistema jurídico brasileiro, não tem sede constitucional, mas resulta, antes, de norma contida no Código de Processo (...)”⁸.

Parece-nos de clareza solar que a garantia da coisa julgada, além de ser uma decorrência natural de qualquer sistema racional e eficaz de resolução de conflitos intersubjetivos, tem íntima relação com a garantia constitucional do *devido processo legal*. O juiz ou tribunal que deliberadamente ignora a coisa julgada comete em princípio uma patente *arbitrariedade*, que não se coaduna de maneira alguma com a garantia do devido processo⁹. É certo que o legislador ordinário tem *relativa* liberdade para configurar as hipóteses em que caberá a rescisão da coisa julgada, e o prazo para tanto¹⁰. Mas há um núcleo mínimo de garantia da coisa julgada estreitamente vinculado à noção de devido processo legal. E esse núcleo mínimo decorre diretamente da Constituição, e não do Código de Processo¹¹.

Se fosse correta a tese de que o inciso XXXVI do art. 5º da Constituição somente se dirige ao legislador ordinário, o STF não admitiria conhecer e julgar procedente um pedido de impugnação - baseado na alegação de violação *direta* do art. 5º, XXXVI - de decisão judicial que houvesse desconsiderado o núcleo significativo mínimo da garantia da coisa julgada. Mas foi exatamente isso que o STF fez, por exemplo, na Ação Cautelar 112, julgada pelo Plenário do Tribunal em 1º de dezembro de 2004 (acórdão publicado em 4 de fevereiro de 2005).

No voto que havia concedido a medida liminar requerida na ação, o Relator, Ministro Cezar Peluso, afirmou:

“A este juízo prévio e sumário *aparece consistente a alegação de o acórdão impugnado*, ao confirmar o aresto do TRE que, sem recurso do Ministério Público, reformou a sentença, cassando o di-

⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 88.

⁸ *Ibidem*, p. 89.

⁹ Neste sentido, vide MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Considerações sobre a Chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material”. *Revista Síntese de Direito Civil & Processual Civil*, nº 33, jan./fev. 2005, p. 15.

¹⁰ Por isso a jurisprudência do STF considera que, *em regra*, alegações sobre violação de decisões judiciais à coisa julgada apontariam para ofensas diretas ao CPC e somente reflexas ao texto constitucional (neste sentido vide o Agravo Regimental em Agravo de Instrumento 237.138, Relator Ministro Celso de Mello, RTJ 175/363).

¹¹ Eduardo Talamini considera que “embora sendo a coisa julgada uma garantia constitucional, os seus limites, sua conformação, seu regime de vigência, são em grande parte estabelecidos pela legislação infraconstitucional”. Mas aduz que “não se quer com isso afirmar a absoluta liberdade do legislador infraconstitucional para dizer quando há e quando não há coisa julgada”, pois “tal entendimento tornaria letra morta a cláusula constitucional que consagra a garantia”. (TALAMINI, Eduardo. “Embargos à Execução de Título Judicial Eivado de Inconstitucionalidade (CPC, art. 741, par. ún.)”. *Revista de Processo*, nº 106, 2002, p. 65)

ploma do Vice-Prefeito, ora requerente, *ter vulnerado o disposto no art. 5º, inc. XXXVI, da CF, mediante ofensa à coisa julgada, cuja tutela constitucional não pode, por sua superioridade nomológica absoluta, sofrer, em seu alcance e eficácia, nenhuma restrição na esfera subalterna do Direito Eleitoral e, muito menos, com apoio subsidiário no art. 515, § 1º, do CPC.*” (sem destaques no original)

Perceba-se que o Relator afirmou expressamente a possibilidade da tutela constitucional contra uma ofensa à coisa julgada perpetrada *diretamente* por uma decisão judicial - portanto independentemente de qualquer questão ligada a inovações legislativas ou direito intertemporal. No voto do Relator que concedeu a cautelar (ao qual aderiram todos os ministros do Pleno), fica ainda mais claro o engano da tese da intangibilidade da coisa julgada como garantia desprovida de sede constitucional:

“(...) a posição tendente a autorizar conhecimento de questões de ordem pública ainda além dos capítulos impugnados, ao fazer letra morta dos limites horizontais da devolução recursal, induziria a grave insegurança no processo e a não menor prejuízo à efetividade da tutela, que constitui seu escopo último. Afinal, em vez de se reputarem cobertos pela *res iudicata* os capítulos não impugnados por recurso, conferindo-se à parte vitoriosa o direito de os executar de imediato e em definitivo, a adoção daquela postura submeteria todos os capítulos da sentença à expectativa de eventual reforma pelo tribunal, conquanto não postulada por nenhuma das partes! A consequência dispensa comentários.

O que sucedeu na espécie é, em termos jurídicos, coisa muito simples. A sentença perpetrou um erro de direito, que é eventualidade tão natural e velha quanto a idéia de sentença (Ulpiano, D. 47, 10, 1 pr., já aludia a sentença dada iniuria iudicis o per errorem iudicis cum quis inique vel iniuste sententiam dixit). Todos os dias erramos os magistrados. Mas, por evidentes imperativos de segurança e paz social, não atacada por recurso nem sujeita a reexame necessário errônea sentença de mérito, torna-a imutável como tal a coisa julgada, invulnerável até à própria lei (art. 5º, inc. XXXVI, da CF).” (sem destaques no original)

A última frase do Ministro Peluso é categórica e afirma exatamente o que insiste em negar a tese da flexibilização. A norma do art. 5º, XXXVI deve ser interpretada no sentido de que “a coisa julgada é invulnerável *até mesmo pela lei nova*” (e, portanto, *a fortiori* é invulnerável também por decisões judiciais futuras) e não no sentido de que “a coisa julgada é invulnerável *tão-somente pela lei nova*” (sem que nada seja garantido pela Constituição com relação a decisões judiciais futuras).

Este primeiro erro grave da tese da flexibilização também pode ser demonstrado a partir de uma tradicional linha jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não considerada pelos fautores da *flexibilização*. A premissa

que vimos atacando é erigida, pelo menos na construção de Theodoro Júnior & Faria, com base numa pretensa diferença substancial entre o Direito Constitucional português e o Direito Constitucional brasileiro. Afirmam esses autores que “o princípio da intangibilidade da coisa julgada, diferentemente do que se dá no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária”¹².

A norma com base na qual se afirma que em Portugal a coisa julgada tem consagração constitucional é a contida no art. 282.3 da Constituição portuguesa. Esse dispositivo ressalva dos efeitos da “declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade com força obrigatória geral” os “casos julgados”. Isso seria assim somente em Portugal, ao passo que no Brasil, como “não há expressa ressalva na Constituição”, teríamos “a inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional”¹³.

Não se poderia avançar essa conclusão (que é a premissa fundamental da teoria da coisa julgada inconstitucional) simplesmente com base na inexistência de uma *norma expressa* na Constituição brasileira. É necessário examinar com rigor a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. E essa jurisprudência, bem como a doutrina brasileira de ontem e de hoje¹⁴, sempre entendeu que a eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade não tem o condão de destruir a coisa julgada das sentenças que aplicaram a norma posteriormente declarada inconstitucional. A rescisão dessas coisas julgadas depende de ação rescisória manejada tempestivamente. Para ilustrar o entendimento do STF sobre o tema, veja-se a ementa de um Recurso em Mandado de Segurança relatado em 1968 pelo Ministro e renomado processualista Amaral Santos: “A suspensão da vigência da lei por inconstitucionalidade torna sem efeito todos os atos praticados sob o império da lei inconstitucional. Contudo, a nulidade da decisão judicial transitada em julgado só pode ser declarada por via de ação rescisória, sendo impróprio o mandado de segurança” (RMS 17.976, RTJ 55/744). Neste mesmo sentido decidiu o Plenário do STF na bastante conhecida Reclamação 148, relatada pelo Ministro Moreira Alves (julgada em 12 de maio de 1983, com acórdão publicado em 17 de junho do mesmo ano).

Naturalmente que esse entendimento consolidado no STF na vigência da Constituição de 1967/69 não tem motivos para se alterar no contexto da CF de 1988¹⁵. Portanto, percebe-se que também por esse caminho se pode demonstrar o engano da premissa fundamental da qual parte a tese da flexibilização: a premissa de que “o princípio da intangibilidade da coisa julga-

¹² *Op. cit.*, p. 89.

¹³ *Ibidem*, p. 92.

¹⁴ Vide, por exemplo, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade: Aspectos Jurídicos e Políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, pp. 279-280.

¹⁵ Lembre-se que o art. 150, § 3º da Constituição de 1967 tem exatamente a mesma redação do art. 5º, XXXVI da Constituição de 1988.

da, diferentemente do que se dá no direito português, não tem tratamento constitucional, mas é contemplado apenas na legislação ordinária”.

Ruindo tal premissa da irrelevância constitucional da coisa julgada, a tese da *flexibilização* (ou da chamada *coisa julgada inconstitucional*) resta seriamente comprometida. A relação de antecedente e conseqüente lógicos entre a premissa que vimos atacando e a viabilidade da tese da *flexibilização* resta clara no seguinte excerto do pioneiro trabalho de Theodoro Júnior & Faria:

“a inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como conseqüência a idéia de sua submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando *coisa julgada inconstitucional*.”¹⁶

Foi somente com base nessa questionável premissa quanto ao significado da coisa julgada no contexto da Constituição brasileira que se pôde afirmar tão categoricamente que “a coisa julgada inconstitucional é nula, e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais”¹⁷, ou de maneira ainda mais peremptória que a coisa julgada inconstitucional reveste-se de uma “aparência de coisa julgada” e que “o juiz só terá de decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este for conforme a Constituição”¹⁸.

Uma vez verificado que é falsa a premissa constitucional da “inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada” - pois tal inferioridade hierárquica não existe nem em Portugal (como registraram os autores com arrimo no constitucionalista português Paulo Otero) nem no Brasil (conforme a jurisprudência do STF e a doutrina dos constitucionalistas brasileiros) -, caem por terra as conseqüências processuais que dotam de extrema fragilidade o instituto da coisa julgada.

1.2 - Problemas na prática ou na operacionalização da teoria da flexibilização

Mesmo que fosse verdadeira a premissa constitucional de que parte a teoria da flexibilização da coisa julgada, subsistiria ainda um grave problema quanto ao seu *modus operandi*. Referimo-nos à insuperável dificuldade em se definir com um mínimo de objetividade quais as hipóteses em que a autoridade judicial poderia suplantiar o comando de uma decisão judicial transitada em julgado. Os adeptos da teoria referem-se a tais hipóteses de

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 90 - sem grifos no original.

¹⁷ *Ibidem*, p. 101.

¹⁸ *Ibidem*, p. 103.

forma extremamente vaga: alude-se ora a decisões judiciais “injustas, contrárias à moralidade, à realidade dos fatos”¹⁹, ora a decisões que violem “diretamente a Constituição”²⁰.

Em alguns casos, o caráter incontrolável dos parâmetros que permitiriam a flexibilização resta patente, como quando se alude a decisões contaminadas “por desvios graves que afrontem o ideal de justiça”, ou que violem o “sentimento do justo”²¹.

Num estudo recente, o Ministro José Delgado - precursor ilustre da teoria na jurisprudência do STJ - oferece exemplos de “sentenças injustas, ofensivas aos princípios da legalidade e da moralidade e atentatórias à Constituição”²².

Dentre esses exemplos, há situações em que a sentença incidiu em vícios muito semelhantes àqueles que o CPC determinou pudessem ser corrigidos somente por rescisória (é o caso da sentença “baseada em fatos falsos depositados durante o curso da lide”, da sentença “conseguida graças a um perjúrio ou a um juramento falso”). Em relação a tais casos, a norma do CPC que determina os casos de rescisória e o seu prazo restaria sem o menor sentido se os vícios pudessem ser levantados a qualquer tempo.

Em outros exemplos, temos hipóteses com uma abertura semântica rigorosamente incontrolável: decisões que atentem “contra os bons costumes, os valores morais da sociedade”; decisões reconhecedoras de um “fato que não está adequado à realidade”; decisões que obriguem “alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário à lei”.

Em praticamente todas as sentenças que transitam em julgado diuturnamente, a parte sucumbida poderá vir a argumentar que a decisão obrigou que se fizesse algo “de modo contrário à lei” ou qualificou um fato “de modo contrário à realidade”. Por outro lado, são de uma subjetividade tremenda os juízos segundo os quais uma decisão afrontou os bons costumes ou os valores morais da sociedade. É certo que no Direito Contemporâneo convive-se sem maiores problemas com conceitos jurídicos indeterminados (tais como as noções de abuso de direito e fraude à lei) e com noções valorativas que somente se consolidam ou cristalizam com o tempo. Contudo, num ordenamento com um mínimo de segurança e certeza esses conceitos nunca poderão desempenhar o papel de “parâmetros” quanto à definitividade ou não da resolução de uma lide. Não pode depender desses conceitos o grave juízo de que uma decisão transitada em julgado “realmente” transitou em

¹⁹ DELGADO, José Augusto. “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa Julgada Inconstitucional*. 5ª ed. revista e ampliada, Rio de Janeiro: América Jurídica, p. 54.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto & Faria, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 97.

²¹ Vide os comentários críticos a tais parâmetros incontrolavelmente abertos no estudo de SILVA, Ovídio A. Baptista da. “Coisa Julgada Relativa?”. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 13, pp. 102-113.

²² DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, pp. 52-54.

julgado ou então é uma mera “aparência” de coisa julgada que pode ser afastada a qualquer tempo.

Parte dos adeptos da flexibilização procura diminuir o grau de vagueza e indeterminação dos parâmetros utilizando um critério aparentemente mais objetivo: o critério da sentença ter ou não violado “diretamente norma ou preceito contido na Constituição Federal”²³. Contudo, o exemplo dado para afirmar a viabilidade de se suplantar decisão transitada em julgado que não tenha estabelecido uma *justa indenização* em ação de desapropriação revela que é muito relativo o conceito de violação direta à Constituição. Pelos exemplos citados, pode-se dizer com segurança que o conceito de *violação direta* pressuposto pelos autores é muito mais elástico que o utilizado pelo STF no exame de admissibilidade de recursos extraordinários, o que apontaria para uma realidade curiosa: tomando por base o argumento da ofensa de um acórdão à Constituição Federal, seria mais fácil ter admitido o pleito de anulação da coisa julgada mesmo após o prazo da rescisória do que ter admitido o simples pleito recursal de reforma do acórdão.

O Ministro Delgado dá alguns exemplos de sentenças que “nunca terão força de coisa julgada” que remetem a uma interessante questão de Teoria Geral do Direito. Um exemplo é a sentença “que autorize a prática de tortura”, ou a que consagre “a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem de pessoas”²⁴.

Há uma diferença marcante entre uma norma ou um ordenamento que nem explícita nem implicitamente tem qualquer “pretensão de correção ou justiça”, e uma norma ou um ordenamento que, apesar de possuir aquela pretensão de correção ou justiça, não consegue satisfazê-la adequadamente²⁵. Exemplificando: uma sentença (norma individual) que afirme “condeno fulano à tortura ou à pena cruel de trabalhar 12 horas por dia, 7 dias por semana” é, de um ponto de vista jurídico e moral, bem distinta de uma sentença que afirme “condeno fulano à pena de trabalhar 12 horas por dia, 7 dias por semana, pena que não reputo cruel ou torturante em função da fundamentação abaixo...”. A primeira norma não tem qualquer pretensão de correção ou justiça, e portanto não pode a rigor ser tida por “direito” ou por uma norma “jurídica”, da mesma forma que não pode ser tida por jurídico o comando de um assaltante que ordena que se lhe entreguem os bens da vítima. A segunda norma, apesar de ser discutível no plano da validade, é inequivocamente norma jurídica pois possui clara pretensão de correção.

Este breve excursus destina-se a alertar o seguinte. Em muitos casos, o objeto da ação judicial é justamente (ou envolve de alguma forma) a discussão sobre a existência ou não de violação, no caso concreto, do direito à intimidade ou à privacidade. Não é crível que um juiz profira uma sentença

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, *passim*.

²⁴ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 53.

²⁵ Vide ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1997.

autorizando “que seja violado o direito à intimidade de fulano”, mas é não só crível como natural e corrente que um juiz determine algo que possa ser considerado pela parte sucumbente ou por outro julgador ou ainda por parte da doutrina como uma violação do direito à intimidade. Ou seja, os parâmetros lançados pela teoria da flexibilização parecem alcançar uma gama imensa de casos, que ficariam todos eles sob a ameaça eterna de sua *desaparição* do mundo jurídico. O mesmo se diga quanto ao exemplo da sentença “que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade”²⁶. No caso das ações populares, por exemplo, é difícil imaginar uma sentença de improcedência em relação à qual não se possa alegar ter violado o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade ou da publicidade.

Outro problema para uma implementação consistente da teoria da flexibilização é que, além da vagueza, ambigüidade e amplidão subjetiva dos parâmetros, seu uso parece ser franqueado *indefinidamente* às partes que perdem a demanda. Diversos autores²⁷ já apontaram a interminável sucessão de alegações - perante distintos julgadores - de que determinada sentença transitada em julgado (e que já tenha anulado outra que transitara anteriormente) deva por sua vez ser declarada *nula* por ferir determinado princípio constitucional.

1.3 - Um alto preço pago para, ao fim e ao cabo, não se atingirem completamente os objetivos propostos

Buscando corrigir o grave problema indicado no final da seção anterior para uma consistente operacionalização da teoria da flexibilização, propôs-se em estudo recente que “se a questão constitucional foi posta em juízo e a seu respeito pronunciou-se soberanamente o órgão judicial competente, não há como reabrir discussão em outro processo a seu respeito”²⁸. Somente “se a questão nunca foi apreciada” é que se poderá argüir a nulidade (e não a simples rescindibilidade) da coisa julgada inconstitucional. Essa concessão sem dúvida reduz a extensão do nebuloso campo das sentenças incapazes de fazer *verdadeira coisa julgada* e neutraliza - ainda que não completamente - a crítica antes formulada do *eterno retorno* da discussão que poderia levar à nulificação das coisas julgadas anteriores.

Contudo, como é óbvio que a decisão judicial que aprecia especificamente a questão constitucional pode ter cometido “grave injustiça”, essa recente concessão realista e necessária dos adeptos da flexibilização ou da coisa julgada inconstitucional acaba por arrefecer o ímpeto dos ambiciosos ideais da teoria, e induz inevitavelmente à pergunta sobre se valem a pena

²⁶ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 54.

²⁷ Neste sentido, vide MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Op. cit.*, p. 25 e SILVA, Ovídio A. Baptista. *Op. cit.*, p. 108.

²⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 121.

tanto risco e insegurança por um resultado que ao fim e ao cabo não *garante de antemão* justiça nem igualdade. A concessão admite realisticamente que há um ponto em que “se *consumou* o controle judicial da constitucionalidade”²⁹. A própria teoria da flexibilização vem assim admitir que, após determinado ponto, nem a mais clamorosa das aberrações cometidas contra a Constituição poderá justificar o pleito de “nulidade” da coisa julgada. Vale dizer: aquilo que tanto incomodava e mesmo indignava os adeptos da teoria da flexibilização (o risco de “se eternizarem injustiças para evitar a eternização de litígios”) agora passa a ser algo *aceito*; o que era uma questão *de natureza ou qualitativa* (é preciso *sempre* privilegiar a igualdade e a eterna busca do justo ainda que em detrimento da segurança e da certeza) agora passa a ser uma questão *quantitativa ou de grau* (é preciso *na medida do possível* privilegiar a igualdade e a busca do justo - busca que contudo não será eterna).

Mas dizíamos anteriormente que a concessão ora analisada não responde satisfatoriamente ou completamente à crítica do *eterno retorno*. Não o faz porque, mesmo com a preclusão temática, a parte sucumbente quase sempre poderá encontrar outro flanco ou outro ângulo para renovar a querela. E isso porque, como se viu antes, o repertório de hipóteses em que se admitiria a ação anulatória de coisa julgada é muito amplo e de extrema vagueza semântica.

Em conclusão, temos que a concessão realista da preclusão temática indica que até a impetuosa teoria da flexibilização se curvou recentemente ao milenar princípio de que, pelo menos no mundo dos homens, a justiça sem qualquer garantia de segurança e certeza não é justiça apreciável. Mas a potencialidade *apenas parcial* dessa concessão para reduzir o vasto e nebuloso campo das sentenças potencialmente condenadas a nunca fazerem coisa julgada atesta que, no final das contas, a proposta da flexibilização - além de incompatível com nossa tradição constitucional - traz sempre seguras perdas consideráveis de segurança e certeza em troca de ganhos contingentes e duvidosos em benefício da igualdade e da justiça.

Uma última reflexão³⁰: a teoria da relativização parece não levar em conta que o comando judicial que transita em julgado não é um *fato bruto* que se *impõe* a autor e réu como um *acidente* ou como um *acontecimento* alheio à atuação consciente e racional das partes no litígio. Num sistema processual em que valem como normas efetivas o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, a coisa julgada que se forma numa determinada lide tem presunção de legitimidade (a chamada “legitimação pelo procedimento” ou “justiça procedimental”³¹). É claro que o ordenamento

²⁹ *Idem*, sem grifo no original.

³⁰ Agradecemos ao advogado e mestrando Helvécio Franco Maia Júnior pela sugestão de desenvolvimento dessa idéia.

³¹ Para aprofundar a discussão sobre a justiça procedimental (que pode ser *perfeita, imperfeita ou pura*), vide RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, pp. 90-94.

processual pode e deve estabelecer mecanismos que tornem *relativa* aquela presunção, daí a presença secular do instrumento da ação rescisória. Mas permitir que a sentença transitada em julgado fique eternamente sujeita a uma possível destruição em função de pretensa violação de princípios constitucionais ou regras de justiça constitui grave menosprezo àquela referida *legitimação pelo procedimento* que envolve a coisa julgada num Estado Democrático de Direito.

Vale dizer: a fragilidade que se impõe à coisa julgada pela teoria da flexibilização somente seria aceitável se as partes simplesmente *sofressem* os efeitos da coisa julgada sem que houvessem podido *participar* ativamente do procedimento racional (e cercado de garantias constitucionais) que culminou no trânsito em julgado do comando jurisdicional.

II - Respostas às Questões

1ª) *Como devem ser solucionados possíveis conflitos entre a coisa julgada e a isonomia? Seria adequada a solução que implique a inteira prevalência de uma em detrimento da outra? A solução que implique a prevalência da coisa julgada sobre a isonomia não seria contrária à livre-iniciativa e à livre-concorrência (Constituição Federal, art. 170, caput e inciso IV)? Seria admissível a relativização da coisa julgada em proveito da realização da justiça?*

A garantia constitucional da coisa julgada tem evidentes raízes nos princípios da segurança jurídica e do devido processo legal. O legislador pode e deve sopesar tais princípios com os da isonomia ou da livre-concorrência, segundo a *máxima da proporcionalidade*. Nesse juízo de proporcionalidade, devem ser examinados os cânones da utilidade (ou adequação), da necessidade e da ponderação de princípios³². Vejamos o sentido de cada um desses cânones tomando como marco teórico a obra de Robert Alexy³³, e avancemos na investigação de como eles podem funcionar no caso da flexibilização da coisa julgada.

No que diz respeito à avaliação quanto à *utilidade* ou *adequação* dos meios quanto aos fins visados, temos que tanto a proposta doutrinária da flexibilização quanto a solução legal da ação rescisória (e seu cabimento mais ampliado em temas constitucionais) são idôneos ao logro do fim a que se propõem: possibilitar que vícios e injustiças eventualmente acobertados pela coisa julgada possam ser extirpados. Contudo, nem a proposta da flexibilização nem a solução legal das ações rescisórias garantem que sempre levarão a uma situação de *justiça perfeita*³⁴.

³² Cfr. GODOI, Marciano Seabra de. *Justiça, Igualdade e Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 1999, pp. 122-124.

³³ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

³⁴ Vide nossas considerações anteriores demonstrando que a teoria da flexibilização também foi obrigada a reconhecer recentemente que, para ser viável e operacional, não pode garantir que *sempre* prevalecerá a decisão justa e reta.

É no momento lógico da avaliação da *necessidade* que a solução legal da ação rescisória (com alguns temperamentos jurisprudenciais) mostra-se claramente preferível à proposta da flexibilização da coisa julgada - tal como se apresenta na doutrina brasileira atual. O cânone da necessidade significa que se o meio M1 e o meio M2 são ambos adequados a promover a implementação do Princípio P1, e M1 afeta em menor grau que M2 a implementação do princípio P2, então deve-se preferir o meio M1 em detrimento do meio M2. Ora, viu-se na seção anterior como a solução da flexibilização da coisa julgada provoca danos irreparáveis aos princípios da segurança e certeza jurídicas, ao passo que a solução da ação rescisória é muito menos traumática.

Respondendo aos termos da questão acima, certamente não seria adequada uma solução que implicasse “inteira prevalência” do princípio da segurança jurídica em detrimento do princípio da isonomia ou da livre-concorrência, e vice-versa. Há que encontrar uma solução de ponderação e equilíbrio entre esses dois princípios. Ao longo das respostas às questões subsequentes, procuraremos fornecer as soluções que consideramos as mais aptas a tal desiderato.

Se déssemos “inteira prevalência” ao princípio da isonomia ou da livre-concorrência em detrimento da segurança jurídica e da coisa julgada, teria de ser anulada ou cancelada toda e qualquer vantagem comparativa de uma empresa em relação a outra ocasionada por sentenças judiciais dessemelhantes, exigindo-se sempre uma mesma e única solução. Por outro lado, se déssemos “inteira prevalência” ao princípio da segurança e da certeza em detrimento do princípio da isonomia e da livre-concorrência, não admitiríamos o afastamento da Súmula 343 do STF no caso de matérias constitucionais nem admitiríamos o efeito vinculante ou a eficácia contra todos das decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade (ADI, ADC).

O constituinte derivado demonstrou-se aparentemente preocupado com os danos que o princípio da livre-concorrência pode vir a sofrer no campo da tributação. Esses danos podem ter relação com a prevalência irrestrita de decisões judiciais dessemelhantes versando sobre obrigações tributárias de empresas concorrentes³⁵. O art. 146-A introduzido no texto constitucional em 2003 (EC 42) dispõe que “lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”. O texto é de um hermetismo quase impenetrável, ainda mais tendo em vista que o processo legislativo da EC 42 não oferece indicativos seguros sobre as intenções ou aspirações dos congressistas

³⁵ O exemplo mais conspícuo é o das empresas que possuem decisão transitada em julgado afastando por inconstitucional a contribuição social sobre o lucro (Lei 7.689/88), sem que a União Federal tivesse proposto tempestivamente a cabível ação rescisória.

ao aprovarem o dispositivo. Há muitas dúvidas sobre o significado da norma constitucional³⁶, mas de todo modo vê-se que o papel fundamental - ou pelo menos o papel inicial na resolução do problema - foi reservado para o legislador complementar, e não para os juízes e tribunais.

Quanto à última pergunta formulada na questão ("seria admissível a relativização da coisa julgada em proveito da realização da justiça?"), nossa resposta é afirmativa, desde que por "relativização" se entendam as soluções atualmente possíveis no ordenamento brasileiro, tais como a ação rescisória (com sua facilitação no caso de lides constitucionais), o efeito vinculante e contra todos das decisões do STF no controle concentrado de constitucionalidade e, caso seja considerada constitucional de um ponto de vista formal, a inexigibilidade de título judicial fundado em lei declarada inconstitucional pelo STF (art. 741, parágrafo único do Código de Processo Civil).

2ª) Uma sentença que resolve questão tributária afirmando a constitucionalidade, ou a inconstitucionalidade de uma lei, e transita em julgado, pode ser questionada na hipótese de o Supremo Tribunal Federal, no controle difuso em outro processo, ou no controle concentrado de constitucionalidade, decidir em sentido oposto?

A resposta é afirmativa, e comporta algumas diferenciações.

Pela via da ação rescisória, há muito se consolidou no STJ, no STF e nos Tribunais locais o entendimento de que a Súmula 343 do STF³⁷ não se aplica em casos de rescisórias contra sentenças ou acórdãos que declaram inconstitucional lei posteriormente declarada constitucional pelo STF (em controle concentrado ou difuso), ou que declaram constitucional lei posteriormente declarada inconstitucional pelo STF (em controle concentrado ou difuso). O afastamento da Súmula 343, unânime na jurisprudência e dominante na doutrina, é clara - e sadia - manifestação de uma *equilibrada ponderação de princípios em prol da supremacia constitucional e da isonomia*³⁸.

Independente da via da ação rescisória, há o dispositivo do parágrafo único do art. 741 do Código de Processo Civil (CPC). Na execução de título judicial, os embargos poderão argüir a inexigibilidade do "título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal". Com relação a tal dispositivo, acrescen-

³⁶ Em que consistiriam esses "critérios especiais de tributação"? A menção à disciplina por lei complementar leva a crer que tais critérios não se dirigiriam a cada imposto ou contribuição em particular, mas antes constituiriam uma espécie de disciplina geral do tema.

³⁷ Súmula 343 do STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto de interpretação controvertida nos tribunais."

³⁸ Neste sentido, vide ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: RT, 2001, p. 134.

tado com essa redação ao CPC pela Medida Provisória 1.984-20, de 28 de julho de 2000 (atual Medida Provisória 2.180-35/2001), é necessário abordá-lo em dois aspectos - constitucionalidade e alcance ou extensão.

Há sérias dúvidas quanto à constitucionalidade formal de tal dispositivo. O STF, por duas vezes, concedeu medida cautelar em ações diretas contra dispositivos de medidas provisórias que dispunham sobre mudanças no regime da ação rescisória (ADIMC 1.753 - DJ 12.06.1998 - e ADIMC 1.910 - DJ 27.02.2004, Relator em ambas o Ministro Sepúlveda Pertence). Nos dois casos, a fundamentação das cautelares incluiu a censura do STF ao requisito de *urgência* (art. 62, *caput* da Constituição) da alteração via medida provisória de hipóteses e prazos da rescisória. Verificou o STF ter havido um manifesto "abuso" da utilização da via da medida provisória. Como os fins e os meios contidos no parágrafo único do art. 741 do CPC são semelhantes aos contidos nos dispositivos analisados pelo STF nas ações diretas antes mencionadas, é bem possível que o STF também suspenda por motivos de inconstitucionalidade formal a aplicação do art. 741, parágrafo único do CPC. Consideramos que esta é a solução correta a ser dada ao caso. A OAB ajuizou em 2001 a ADI 2.418 contra o art. 741, parágrafo único do CPC. O Parecer da Procuradoria-Geral da República (juntado aos autos em 2003) foi no sentido da inconstitucionalidade do dispositivo ora comentado. Até o presente momento o STF não se pronunciou sobre o pedido de medida cautelar formulado na ADIn.

Quanto à constitucionalidade material, consideramos que o dispositivo é válido, desde que contido em limites razoáveis quanto ao seu alcance. Em nossa opinião, para a aplicação do dispositivo, deve ter havido decisão definitiva do próprio STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Ou então deve ter havido declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso seguida de Resolução do Senado Federal, nos termos do art. 52, X da Constituição.

O dispositivo em comento foi concebido para resolver o problema da *pendência de execução* de sentenças e acórdãos transitados em julgado (e não mais sujeitos à rescisória por decurso do prazo) em sentido contrário ao definido pela Corte constitucional. A lei orgânica do Tribunal Constitucional alemão determina que fica preservada a integridade das sentenças civis transitadas em julgado e baseadas em leis posteriormente declaradas nulas/inconstitucionais pelo Tribunal. Contudo, se ao tempo da declaração de nulidade da lei pelo TC a sentença anterior *ainda não houver sido executada*, tal execução tornar-se-á inviabilizada. Segundo vários autores³⁹, essa foi a inspiração do art. 741, parágrafo único do CPC, o que se torna ainda mais

³⁹ Vide TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 43, GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 207 e ASSIS, Araken de. "Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional". *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 4, 2003, p. 23.

plausível tendo em vista que o hoje Ministro do STF, Gilmar Mendes, defendeu a adoção de tal norma no Direito brasileiro em trabalho doutrinário⁴⁰ e, à época da medida provisória que criou o dispositivo, era o Advogado-Geral da União e sabidamente o redator das medidas provisórias que versavam, dentre outras coisas, sobre temas de processo constitucional.

Visto dessa forma, o dispositivo constitui uma forma equilibrada de composição ou ponderação entre os princípios da segurança/certeza e da isonomia: subsiste o julgado transitado em julgado e não mais sujeito a rescisória mas, se o mesmo ainda comporta execução quando da superveniência de decisão do STF em controle concentrado, inviabiliza-se tal execução. Neste sentido, o novo art. 741, parágrafo único do CPC permitirá ultrapassar a jurisprudência tradicional do STF segundo a qual não são cabíveis embargos à execução de sentença soberanamente transitada em julgado lastreada em lei posteriormente declarada nula/inconstitucional pelo STF e suspensão por Resolução do Senado Federal (conforme RE 86.056, Relator o Ministro Rodrigues Alckmin, DJ 01.07.1977)⁴¹.

Há posições doutrinárias que preconizam a possibilidade de aplicação da regra do art. 741, parágrafo único do CPC lastreada em decisões do STF dadas no controle difuso⁴² ou mesmo a aplicação do dispositivo sem lastro em qualquer decisão específica do STF⁴³. Não concordamos com tais posições.

Quanto à primeira delas, consideramos frágil a justificativa de que “o legislador não diferenciou as decisões proferidas em controle abstrato e difuso (...), não cabendo ao intérprete fazê-lo”⁴⁴. Não há regra geral de hermenêutica que dispense o intérprete de examinar o contexto de onde partiu a lei, bem como seus aspectos teleológicos, simplesmente porque a *letra da lei* não procede a uma diferenciação expressa. A necessidade de diferenciar ou não entre duas situações deve ser a *conclusão* do processo hermenêutico global após percorridos todos os seus trâmites, e não uma consequência

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 260.

⁴¹ O Ministro do STJ Teori Zavascki (*op. cit.*, pp. 97-98) mostra-se contrário a tal orientação da jurisprudência do STF, considerando que a oposição dos embargos contra a execução da sentença seria possível com força no art. 741, VI do CPC e lastreada na prevalência da força vinculante que decorre da decisão do STF e da Resolução do Senado. A obra de Zavascki é anterior à medida provisória que criou o novo parágrafo único do art. 741 do CPC. Com a modificação legislativa, a posição de Zavascki torna-se claramente a posição legal. Também na página 101 de sua obra o Ministro Zavascki defendeu com base no art. 741, VI do CPC a posição hoje sustentada pelo art. 741, II e parágrafo único do mesmo dispositivo.

⁴² Neste sentido manifesta-se PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “Embargos à Execução e Decisão de Inconstitucionalidade - Relatividade da Coisa Julgada - CPC, art. 741, parágrafo único - MP 2.180”. *Revista Dialética de Direito Processual*, nº 2, 2003, p. 102.

⁴³ Essa é a posição de THEODORO JÚNIOR, Humberto & FARIA, Juliana Cordeiro de. *Op. cit.*, p. 105.

⁴⁴ PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Op. cit.*, p. 102.

inescapável da aplicação tão-somente do cânone literal ou gramatical, cânone que é tão-somente o primeiro ou o que inaugura a interpretação, *aplainando o terreno*, por assim dizer. O histórico legislativo, o contexto da jurisprudência do STF e os precedentes no Direito Comparado levam a crer que o dispositivo em tela somente se aplica a casos de controle concentrado ou então em que já exista Resolução do Senado Federal. E o que é mais decisivo: meros casos de declaração incidental de inconstitucionalidade de uma norma em recursos extraordinários não justificariam tamanha restrição ao princípio da segurança/certeza, além do que no controle meramente difuso não é incomum sobrevir alteração na orientação da jurisprudência do STF (vide o exemplo do creditamento do IPI em casos de entrada de insu-mos com alíquota zero, em que houve assumida reversão da jurisprudência do STF).

Em relação à segunda posição, a mesma procura ver no art. 741, parágrafo único do CPC uma simples regra expletiva que a rigor nem seria necessária para que se gerassem os efeitos nela previstos. Por isso a regra é descolada do contexto de decisões específicas do STF e seria uma espécie de “confirmação” ou “reconhecimento” do legislador acerca do *acerto* da tese da flexibilização da *coisa julgada inconstitucional*. Portanto as críticas que opusemos à proposta da flexibilização cabem também aqui. Além disso, essa posição peca por não perceber que a expressão “em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal” não deve ser interpretada em seu sentido comum ou vulgar pois tem claras raízes na teoria da jurisdição constitucional e diz respeito a técnicas de julgamento conhecidas como “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto” e “interpretação conforme a Constituição”⁴⁵.

Portanto, pensando na aplicação do art. 741, parágrafo único do CPC, respondemos à pergunta afirmando que uma sentença que resolve questão tributária baseando-se numa lei, e transita em julgado, pode, mesmo já tendo passado o prazo da rescisória, ter sua *execução* questionada na hipótese de o Supremo Tribunal Federal, no controle difuso seguido de Resolução do Senado ou no controle concentrado de constitucionalidade, decidir pela inconstitucionalidade da lei. Seria o caso, por exemplo, de uma lei de isenção que houvesse sido aplicada num caso concreto com trânsito em julgado, e depois o STF declarasse sua inconstitucionalidade no controle difuso seguido de Resolução: se após a Resolução do Senado o contribuinte propuser (para recuperar o que recolhera a maior) a execução da sentença que reconheceu a isenção, o Fisco poderá embargar a execução com base no art. 741, parágrafo único. Mas se o contribuinte já houvesse recebido de volta o valor da isenção reconhecida por sentença transitada em julgado, a Resolução do Senado não afetaria em nada os atos executórios já praticados.

⁴⁵ Vide TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, pp. 57-63.

3ª) *Uma sentença que resolve uma questão tributária afirmando a legalidade, ou a ilegalidade, da cobrança do tributo em determinada situação, e transita em julgado, pode ser questionada na hipótese de o Superior Tribunal de Justiça firmar sua jurisprudência a final em sentido oposto?*

A resposta é em princípio *negativa*. No caso de haver a paulatina fixação jurisprudencial de *um entre possíveis* sentidos de uma norma infraconstitucional, a via da ação rescisória lastreada no art. 485, V do CPC será bloqueada pela incidência da Súmula 343 do STF. A rescisória somente será permitida se não houver existido *efetiva* divergência jurisprudencial sobre um dispositivo legal, o qual tenha sido frontal e inequivocamente violado pela decisão rescindenda.

Contudo, caso se configure outra hipótese de cabimento de ação rescisória (incisos do art. 485 do CPC), a sentença ou acórdão poderão vir a ser rescindidos.

4ª) *Na hipótese de, em face da nova orientação jurisprudencial, ficar o contribuinte obrigado ao pagamento de tributo, a partir de quando se poderá considerá-lo em mora? Haveria diferença entre decisão sobre constitucionalidade no controle difuso e no controle concentrado? E se a nova orientação situar-se no campo da legalidade?*

5ª) *Seria relevante, no exame das questões anteriores, a distinção entre a sentença que aprecia questão concernente a uma relação jurídica consumada (como tal entendida aquela de cuja composição participam apenas fatos que estão no passado) e a relação jurídica continuativa (como tal entendida a relação jurídica em cuja composição entram fatos que estão no passado e também fatos futuros do mesmo modelo)? No Direito Tributário existiriam relações jurídicas dessas duas espécies? Quais, por exemplo?*

6ª) *O instrumento processual adequado para o exercício da pretensão de alterar a coisa julgada seria a ação rescisória? Mesmo em se tratando de relação jurídica continuativa? E se já houver decorrido o prazo para a propositura de ação rescisória? Haveria alguma distinção entre a questão de constitucionalidade e da legalidade, para esse fim?*

Vejamos inicialmente a questão das relações jurídicas continuativas no Direito Tributário e sua relação com os limites da coisa julgada.

A coisa julgada existe no Direito Tributário assim como existe em qualquer outro ramo do Direito. Não há nenhuma particularidade aqui. O que ocorre é que as relações entre os contribuintes e o Fisco têm a particularidade de muitas delas serem relações continuadas, repetitivas. Por isso, em muitos casos o conflito que se estabelece entre o Fisco e o contribuinte refere-se a fatos e relações jurídicas que se perpetuam ou se repetem no tem-

po. Sendo assim, a sentença que vier a decidir qual das partes tem razão abarcará também fatos e relações jurídicas futuros, desde que não sobrevenha alteração no estado de direito (art. 471, I do CPC).

Vejamos um exemplo em que a sentença alcançará relações e fatos futuros e outro exemplo em que a sentença é bem situada no tempo e não alcançará fatos futuros. O primeiro caso é o de uma sentença que concede a segurança em que o contribuinte alega que sua atividade econômica ou profissional não está prevista na lista nacional de serviços tributáveis pelo ISSQN. Não faria o menor sentido pensar que esse contribuinte devesse renovar mensal ou anualmente sua impetração de mandado de segurança para garantir seu direito de não recolher ISSQN sobre aquela atividade. O segundo caso é o de uma sentença proferida numa ação anulatória de lançamento: a sentença diz respeito tão-somente a um ato administrativo perfeitamente situado no tempo, sem qualquer desdobramento sobre períodos futuros. Para a eficácia de sentenças como essa se aplica integralmente o enunciado da Súmula 239 do STF: "Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores."

Para responder às três perguntas acima de maneira conjunta, é conveniente dividir a análise em duas partes. Na primeira, analisamos as consequências, sobre a coisa julgada anterior (versando ou não sobre relações continuadas), de uma decisão do STF proferida no controle concentrado de constitucionalidade. Em seguida, no controle difuso.

Controle concentrado e coisas julgadas passadas

Uma decisão definitiva de mérito em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou em Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) tem efeito vinculante e eficácia contra todos (art. 102, § 2º da CF). Qual seria o efeito dessas decisões sobre coisas julgadas passadas?

Caso a sentença transitada em julgado diga respeito a uma *relação jurídica não continuada* e ainda esteja sujeita à ação rescisória, essa se mostrará cabível nos termos do art. 485, V do CPC (afastada a Súmula 343 STF). Julgada procedente a rescisória, dever-se-á aplicar ao caso concreto a decisão que decorre da jurisprudência do STF⁴⁶.

Helenilson Cunha Pontes⁴⁷ opõe-se ao cabimento da rescisória (mesmo quando há prazo para tanto) se a coisa julgada declara a inconstitucionalidade de norma tributária (geradora de incidência concreta) posteriormente considerada constitucional pelo STF. Neste sentido também se manifestou Ada Pellegrini Grinover⁴⁸. Segundo essa posição, a decisão transitada em

⁴⁶ Neste sentido, vide ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, pp. 134-135.

⁴⁷ PONTES, Helenilson Cunha. "Coisa Julgada Tributária". In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEIXOTO, Marcelo Magalhães & ELALI, André (coords.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP, 2005, pp. 208-209.

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. "Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional". *Revista Dialética de Direito Tributário*, n° 8, 1996, pp. 9-20.

julgado, ao declarar inconstitucional determinada lei de incidência tributária posteriormente declarada constitucional pelo STF, não teria violado a Constituição, mas apenas conferido ao Texto Maior “interpretação diferente daquela que posteriormente foi atribuída pelo Supremo Tribunal Federal”⁴⁹. Discordamos de tal posição. Não conseguimos compreender por que uma decisão que aplica lei posteriormente considerada inconstitucional violaria *diretamente* a Constituição (dando azo à rescisória nos termos do art. 485, V e sem os óbices da Súmula 343 STF) ao passo que não violaria *diretamente* a Constituição uma decisão que recusa por inconstitucional a aplicação de lei posteriormente considerada constitucional pelo STF. Nenhuma das sentenças se propôs a aplicar *diretamente* a Constituição, mas sim a analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição. Tanto num como noutro caso o que se tem é a contraposição de resultados entre o controle de constitucionalidade de uma lei praticado por um órgão ordinário e o praticado pelo STF. Se o *espírito* ou o *propósito* presente no afastamento jurisprudencial dos óbices da Súmula 343 no caso de lides constitucionais é dar mais peso aos princípios da isonomia e da força normativa dos julgamentos do STF, não se justifica diferenciar entre as duas situações.

Caso a sentença transitada em julgado diga respeito a uma *relação jurídica não continuada* e já tenha escoado o prazo da rescisória no momento em que o STF operou o controle concentrado que redundou na inconstitucionalidade da norma aplicada pela sentença, não há meios de suplantar a coisa julgada a não ser que a decisão transitada em julgado ainda não haja sido *executada*. Neste caso, poder-se-á lançar mão dos embargos previstos no inciso II e no parágrafo único do art. 741 do CPC.

Caso a sentença transitada em julgado diga respeito a *relações jurídicas continuadas* e sobrevenha decisão do STF em sentido contrário oriunda do controle concentrado, opera-se a partir de então a *mudança no estado de direito* prevista no art. 471, I do CPC. Vale dizer, da data em que se publicar a decisão do STF em diante, a coisa julgada não mais operará efeitos⁵⁰. Vale lembrar que, em matéria tributária, essa consequência será automática, sem necessidade de ajuizamento da ação de revisão sugerida na última frase do art. 471, I do CPC. Tem inteira razão Zavascki ao afirmar que a ação de revisão é indispensável *apenas* quando a relação jurídica material de trato continuado comportar, por disposição normativa, um direito potestativo de provocar a revisão da sentença (como no caso da ação de revisão de alimentos). Sua conclusão é de que “afora tais casos, a modificação do estado de fato ou de direito produz imediata e automaticamente a alteração da relação jurídica, mesmo quando essa tiver sido certificada por sentença”⁵¹.

⁴⁹ PONTES, Helenilson Cunha. *Op. cit.*, p. 209.

⁵⁰ Neste sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, pp. 98-101 e PONTES, Helenilson Cunha. *Op. cit.*, pp. 202-208.

⁵¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 91. Contra VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 238.

Não se trata de “contrariar” ou “relativizar” a coisa julgada. Trata-se simplesmente de reconhecer a força vinculante e o efeito *erga omnes* das decisões no controle concentrado e suas consequências sobre os limites objetivos da coisa julgada previstos no art. 471, I do CPC. Quanto aos fatos jurídicos ocorridos anteriormente à publicação da decisão do STF no controle concentrado, os mesmos continuam regidos pela norma concreta que emana da coisa julgada, podendo cogitar-se tão-somente da ação rescisória (respeitado obviamente o prazo de dois anos) e dos embargos do art. 741, II, caso não tenha havido ainda a execução da sentença.

Controle difuso no STF e coisas julgadas passadas

As decisões do STF exaradas em recursos extraordinários não têm efeito vinculante nem eficácia contra todos. Por isso sua superveniência não pode em absoluto ser considerada como *modificação no estado de direito* (art. 471, I do CPC) relativamente a outras sentenças que já tenham transitado em julgado. O efeito que tais decisões operadas pelo STF no controle difuso podem ter sobre a coisa julgada é o de possibilitar o ajuizamento de ação rescisória nos termos do art. 485, V do CPC. Ultrapassado o biênio previsto no art. 495, a coisa julgada não poderá ser suplantada, nem com relação às sentenças sobre relações jurídicas passadas, nem com relação às sentenças sobre relações jurídicas continuadas⁵².

No entanto, caso o Senado Federal edite Resolução suspendendo a execução de lei que tenha sido aplicada por sentença transitada em julgado, a partir de então decorrem as consequências comentadas no item anterior sobre o controle concentrado e seus efeitos sobre a coisa julgada⁵³.

7ª) *Lei nova que contenha a mesma norma já existente em lei anterior, que tenha servido de fundamento para a decisão que transitou em julgado, serve de fundamento para o questionamento da coisa julgada?*

Imaginemos que uma sentença transite em julgado considerando que a lei que instituiu determinado tributo era inconstitucional por determinado motivo. No caso por exemplo de uma sentença em mandado de segurança preventivo, naturalmente se trata de sentença que diz respeito a uma relação jurídica continuada. Se sobrevier nova lei que *efetivamente* reinstitua aquele tributo e dote-o de novo suporte jurídico-legal, não há a menor dú-

⁵² Solução inversa é sustentada por Helenilson Cunha Pontes. Para esse autor, a rescisória - que tem efeitos *ex tunc* - não seria admissível mesmo dentro do prazo legal, ao passo que a coisa julgada passaria automaticamente a deixar de operar a partir do momento em que o STF começasse a decidir de modo diverso inclusive no controle difuso (PONTES, Helenilson Cunha. *Op. cit.*, pp. 209-211). Discordamos do autor, pois somente a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões no controle concentrado são capazes de configurar a mudança no estado de direito que impossibilitará que a coisa julgada continue operando efeitos para o futuro.

⁵³ Neste sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, pp. 92-98.

vida de que por força do art. 471, I do CPC a coisa julgada anterior deixará de operar tão logo entre em vigor a nova lei reinstituidora da exação, sem qualquer necessidade de ajuizamento de ação revisional ou coisa que o valha. Qualquer que tenha sido o fundamento de declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo na sentença transitada em julgado, a coisa julgada deixa de prevalecer tão logo o fundamento de validade do tributo se transfira para nova lei reinstituidora da exação.

É o caso concreto da contribuição de seguridade social incidente sobre a remuneração de autônomos e administradores, originalmente instituída pela Lei 7.787 de 1989 e, após decisão do STF julgando tal instituição inconstitucional (vide RE 166.772, DJ 12.12.1994), reinstituída pela Lei Complementar 84 de 1996.

Contudo, esse não é o caso da contribuição social sobre o lucro instituída pela Lei 7.689 em 1988. O tributo foi criado e instituído por essa lei⁵⁴ e, posteriormente, teve sua alíquota e base de cálculo alterados por diversas leis. Alguns contribuintes obtiveram coisas julgadas que julgaram inconstitucional a instituição do tributo pela Lei 7.689/88, orientação que não prevaleceu no controle difuso ocorrido no STF. Como em alguns casos a União incompreensivelmente deixou escoar o prazo da rescisória, buscou-se convencer o STJ de que leis subsequentes à Lei 7.689 haviam provocado a *mudança no estado de direito* relativo à contribuição social sobre o lucro.

Em diversos julgados, o STJ mostrou-se convencido de que leis posteriores efetivamente alteraram o fundamento de validade da contribuição e portanto prejudicaram a continuidade dos efeitos da coisa julgada. No Recurso Especial 599.764 (DJ 1º.07.2004), o Ministro Teori Zavascki afirmou:

“3. Quanto à matéria de fundo, a questão a ser enfrentada relaciona-se ao tema da eficácia temporal da sentença proferida no mandado de segurança coletivo que, reconhecendo incidentalmente a inconstitucionalidade da cobrança da contribuição social instituída pela Lei 7.689/88, desobrigou as contribuintes de recolher a referida contribuição. É incontroversa a premissa segundo a qual a força vinculativa da coisa julgada atua *rebus sic stantibus*, isto é, enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito existentes quando da prolação da sentença, cessando, porém, com a alteração do quadro fático ou, como no presente caso, do quadro normativo componente do silogismo do fenômeno de incidência por ela apreciado.

(...)

Daí afirmar-se que a força da coisa julgada tem uma condição implícita, a da cláusula *rebus sic stantibus*, a significar que ela atua enquanto se mantiverem íntegras as situações de fato e de direito

⁵⁴ O art. 1º instituiu formalmente o tributo, o art. 2º definiu a base de cálculo, o art. 3º, a alíquota, o art. 4º, os contribuintes e o art. 8º, o marco temporal inicial da incidência.

existentes quando da prolação da sentença. Alterada a situação de fato (muda o suporte fático, mantendo-se o estado da norma) ou de direito (muda o estado da norma, mantendo-se o estado de fato), ou dos dois, a sentença deixa de ter a força de lei entre as partes, que até então mantinha.

(...)

4. A contribuição social sobre o lucro foi instituída pelos arts. 1º a 8º da Lei 7.689, de 15.12.1988. Esse o diploma legal declarado inconstitucional, *in totum*, pela decisão do mandado de segurança coletivo da Acieg. Já em 24.10.1989, porém, foi promulgada a Lei 7.856, cujo art. 2º promoveu alterações no art. 3º da mencionada Lei 7.689/88 (majoração da alíquota da contribuição). Sobrevieram, ainda, as Leis 8.034/90 e 8.212/91, cujos arts. 2º e 23 introduziram, respectivamente, modificações na forma de apuração do resultado do período-base e na alíquota da contribuição. Tem razão o acórdão, portanto, ao fixar no advento da Lei 7.856, em 24.10.1989, o termo *ad quem* da eficácia da decisão transitada em julgado. Os preceitos normativos citados, supervenientes ao trânsito em julgado, não foram, nem poderiam ter sido, apreciados por aquela decisão. A alteração do quadro normativo, assim, fez cessar a eficácia vinculante daquele julgado.”

Concordamos integralmente com o Ministro Zavascki no que diz respeito aos dois primeiros excertos reproduzidos *supra* (está implícita em todas as sentenças sobre relações continuadas a condição imposta pela cláusula *rebus sic stantibus*). Contudo, se a sentença transitada em julgado julgou inconstitucional a criação do tributo pela Lei 7.689/88, não nos parece correto afirmar que leis posteriores que simplesmente alteraram a alíquota ou a base de cálculo do tributo tenham provocado “alteração do quadro normativo” capaz de fazer cessar a eficácia do julgado. A Lei 7.689/88 continuou a ser o suporte de validade para a instituição do tributo; nenhuma lei posterior veio substituir a Lei 7.689/88, tal como ocorreu com a Lei Complementar 84 de 1996 em relação à Lei 7.787/89.

8ª) *Continuaria válida em nosso ordenamento jurídico a súmula da jurisprudência do STF, segundo a qual “decisão que declara indevida cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”? Qual seria o fundamento desse enunciado? Seria o princípio da anualidade então existente na Constituição Federal? Atualmente, em que se sustentaria aquele enunciado?*

Diversos estudos pesquisaram a fundo os precedentes da Súmula 239 do STF⁵⁵. Esses precedentes referem-se geralmente a casos de Embargos à

⁵⁵ Vide GRECO, Marco Aurélio & PONTES, Helenilson Cunha. *Inconstitucionalidade da Lei Tributária - Repetição do Indébito*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 87-96; RAMOS,

Execução de créditos decorrentes de lançamentos específicos. Há um importante estudo publicado do ex-Ministro do STF, Francisco Rezek, em que o autor reconhece que “se em ação declaratória ficou reconhecido que não há tributação possível sobre 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 invectiva concreta do poder tributante.”⁵⁶

Contudo, há alguns precedentes do STF que dão à Súmula 239 uma outra conotação, uma conotação de restrição aos limites da coisa julgada no campo tributário. Essa conotação resta bem visível principalmente no Recurso Extraordinário 100.888 (DJ 03.02.1984) e na Ação Rescisória 1.239 (DJ 31.08.1990). Os votos do Ministro Moreira Alves em ambos os julgados defendem a impossibilidade de que, em matéria tributária, o contribuinte possa obter sentença declaratória de uma imunidade ou outro fator de intributabilidade que lhe possa valer em exercícios futuros. Vejamos o voto do Ministro na Ação Rescisória 1.239:

“A meu ver, não cabe ação declaratória para o efeito de que a declaração transite em julgado para os fatos geradores futuros, pois ação dessa natureza se destina à declaração da existência, ou não, de relação jurídica que se pretende já existente. A declaração da impossibilidade do surgimento de relação jurídica no futuro porque não está admitida pela Lei ou pela Constituição, se possível de ser obtida por ação declaratória, transformaria tal ação em representação de interpretação ou de inconstitucionalidade em abstrato, o que não é admissível em nosso ordenamento jurídico.

Assim, e considerando que não há coisa julgada nesses casos que alcance relações que possam vir a surgir no futuro, acompanho o voto do eminente relator e julgo improcedente a ação.”

Discordamos do Ministro pois não se trata de nada *em abstrato*: se por exemplo o contribuinte alega e comprova que sua atividade não se insere em nenhum dos itens da lista nacional de serviços tributáveis pelo ISSQN e obtém em seu favor decisão declaratória ou mandamental, tal decisão prevalece em exercícios futuros desde que obviamente mantidas as situações de fato e de direito analisadas na sentença. Não modificando sua atividade, e nem havendo alteração no quadro das normas aplicáveis ao caso, seria ir-

racional exigir-se que mês após mês, ou ano após ano, o contribuinte ajuizasse a mesma ação, pleiteando a mesma providência⁵⁷.

Por isso não julgamos correta a caracterização de que o contribuinte estaria a pretender uma “declaração da impossibilidade do surgimento de relação jurídica no futuro”. Não. A coisa julgada que, por exemplo, reconhece no momento da sentença a inconstitucionalidade ou ilegalidade da cobrança do ISSQN por falta de previsão da atividade do contribuinte na lista de serviços não está de forma alguma declarando a impossibilidade do surgimento de relação jurídica tributária *no futuro*, o que seria irresponsável exercício de futurologia. O que se declara é a impossibilidade do surgimento de determinada relação jurídica *enquanto persistirem as situações de fato e de direito prevalentes quando da prolação da sentença*. Se por exemplo a lista nacional de serviços é posteriormente alterada e passa a albergar a atividade, nada há na sentença que declare a impossibilidade de vir a surgir relação jurídica tributária entre o contribuinte e o Fisco.

Em conclusão, e conforme reconhecem a doutrina dos processualistas⁵⁸ e a maioria dos precedentes do STF (ressalvados os casos vistos acima), não há qualquer distorção ou atecnia processual nas ações tributárias com pedidos declaratórios ou mandamentais que podem sim se estender por diversos exercícios. A Súmula 239 do STF não se fundamenta no princípio da *anualidade ou anterioridade tributária*, mas é uma simples decorrência de que o que faz coisa julgada é o dispositivo da sentença, dado de acordo com o pedido: se o que transita em julgado é uma sentença que anulou determinado lançamento ou outro ato da fiscalização, não há porque isso fazer coisa julgada em relação a períodos posteriores - e isso seria certo mesmo que nunca houvesse existido a Súmula 239 do STF.

André Luiz Santa Cruz. “O Problema da Limitação Temporal dos Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 113, 2005, pp. 17-30; VALVERDE, Gustavo Sampaio. *Coisa Julgada em Matéria Tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, pp. 222-229.

⁵⁶ REZEK, Francisco. “Jurisprudência do Supremo e Direito Tributário”. *Revista de Direito Tributário*, nº 37, jul./set. 1986, pp. 109-140.

⁵⁷ Esse aspecto é realçado por estudo específico de Ruy Barbosa Nogueira conforme indica RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁸ Vide BARBI, Celso Agrícola. “Coisa Julgada - Sentença Declaratória com Pedido não Limitado a Determinada Relação Jurídica - Eficácia além de um Exercício Fiscal”. *Revista Forense*, nº 275, 1981, pp. 135 e seguintes; THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Coisa Julgada. Mandado de Segurança. Relação Jurídica Continuativa. Contribuição Social. Súmula 239 do STF”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva, PEIXOTO, Marcelo Magalhães & ELALI, André (coords.). *Coisa Julgada Tributária*. São Paulo: MP, 2005, pp. 165-188.