PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Gustavo Lanna Murici

# A VERIFICAÇÃO DA CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA EM FACE DA ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Belo Horizonte
2016

Gustavo Lanna Murici

# A VERIFICAÇÃO DA CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA EM FACE DA ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Área da concentração: Direito Público

Belo Horizonte

2016

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Murici, Gustavo Lanna
M977v A verificação da cessação da eficácia da coisa julgada em matéria tributária em face da alteração de posicionamento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal / Gustavo Lanna Murici . Belo Horizonte, 2016.

273 f.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Coisa julgada. 2. Eficácia e validade do direito. 3. Tributos. 4. Sentenças (Direito processual). I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.953

Gustavo Lanna Murici

# A VERIFICAÇÃO DA CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA EM FACE DA ALTERAÇÃO DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

_____

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi – PUC Minas (Orientador)

_____

Alessandra Machado Brandão Teixeira

_____

Hugo de Brito Machado Segundo

Belo Horizonte, 10 de março de 2016.

“Tudo vale a pena quando a alma não é pequena.” Fernando Pessoa

A Deus, fonte de Tudo; aos meus pais, primeiros professores; à Ivia, minha esposa, cúmplice e companheira de todas as horas, e aos meus filhos, Lucas e Eduardo, razão da minha vida.

À Nilcéia Lage de Medeiros, pelo apoio imprescindível na pesquisa bibliográfica utilizada neste trabalho.

Agradeço ao Professor Marciano Seabra de Godoi pelo apoio, dedicação, paciência e atenção.

## RESUMO

Este trabalho tem como objeto a verificação dos efeitos da coisa julgada material, enquanto garantia constitucional fundamental, corolário primordial do princípio da segurança jurídica em face de alterações jurisprudenciais decorrentes da atuação do Supremo Tribunal Federal se mostrou um assunto importante, que envolveu o estudo de temas vinculados às áreas de Direito Constitucional, Processual Civil e Tributário. A relevância de tal análise se justificou pela constatação de que a Administração Fazendária tem objetivado de forma concreta, por meio das diretrizes discriminadas no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, efetuar a retomada de exigência de tributos de contribuintes que possuem decisões transitadas em julgado, que lhes dispensam o pagamento desses tributos. Isso ocorreu a partir de posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário àquele resguardado pelas decisões passadas em julgado dos contribuintes. Diante desse contexto, foi válido examinar com acuidade a origem, limites e aplicabilidade da coisa julgada, no atual ordenamento jurídico pátrio. Do mesmo modo, fez-se necessária a verificação acerca das formas de revisão da coisa julgada, sejam aquelas previstas na legislação ou aventadas pela doutrina. Ainda foi indispensável analisar os efeitos da coisa julgada nas relações jurídicas de trato sucessivo, de modo a se aferir o seu malferimento, em caso daquilo que a legislação denomina como alteração de estado de Direito. Em vista da previsão legal de possibilidade de revisão da coisa julgada, quando da ocorrência de eventual alteração de estado de Direito, mostrou-se imprescindível a averiguação acerca do enquadramento das mudanças jurisprudenciais no entendimento sobre a matéria tributária pelo Supremo Tribunal Federal, tanto em sede de controle concentrado, quanto em sede de controle difuso de constitucionalidade. Foi imprescindível demonstrar, também, em que medida, a nosso ver, tais guinadas jurisprudenciais podem ser enquadradas como alteração de estado de Direito. Por fim, revelou-se importante examinar as premissas e fundamentos do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. Isso seria feito, com vistas a demonstrar em qual escala, as pretensões consignadas naquele documento se mostram factíveis à luz do ordenamento jurídico pátrio, de acordo com o nosso entendimento balizado em todo o estudo feito para a realização desse trabalho. Após realizar esse estudo, foi possível afirmar que a coisa julgada como garantia constitucional intocável pode ser revista em algumas situações, considerando-se o caráter dinâmico e continuativo das relações obrigacionais tributárias de trato sucessivo.



Palavras-chave: Coisa julgada. Tributo. Relação de trato sucessivo.

**ABSTRACT**

This paper analyzes the effects of the res judicata – a fundamental right secured by the Constitution and a corollary of the principle of legal certainty – and how it has changed due to Federal Supreme Court decisions proved to be an important subject, and required study on topics related to Constitutional, Procedural and Tax Law. The analysis was justified by the finding that the Tax Administration has been substantially seeking – by means of the guidelines listed in Opinion No. 492/2011 PGFN/CRJ – to demand payment of taxes, even in cases where the tax payers were exempted from such payment by final court decisions. This has been occurring since the Federal Supreme Court issued rulings with a different understanding than that of the tax payers' res judicata. In that context, it was necessary to examine with accuracy the origin, limitations and applicability of the res judicata in the national legal system. Likewise, it was necessary to verify the legal instruments for reviewing res judicata, either provided for in the legislation or mentioned by scholars. It was also indispensable to analyze the effects of the res judicata in long term relations, so as to identify its violation in cases of modification of legal status. In view of the legal instruments for reviewing the res judicata whenever there is a modification of a legal status, it was essential to ascertain the framework of the changes in the Federal Supreme Court understating about Tax Law, both in concentrated and diffuse mechanisms of constitutional control. It was also crucial to demonstrate in which manner such changes may be qualified as a modification of a legal status. Finally, it was important to examine the grounds and reasoning behind Opinion No. 492/2011 PGFN/CRJ. This was done in order to demonstrate the scale on which the opinions therein are feasible within the Brazilian legal system, in accordance with the understanding constructed in this paper. In the end, it was possible to conclude that the res judicata – as an untouchable constitutional right – may be reviewed in some situations which involve long term relations, which are dynamic and continuous by nature.

Keywords: Judged thing. Tax. Successive tract relationship.

**SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO** ..... 17

**2 A COISA JULGADA** ..... 25
**2.1 Conceito, fundamentos, natureza jurídica e histórico da coisa julgada** ..... 25
**2.2 Conteúdo, limites , extensão e efeitos da coisa julgada** ..... 33
***2.2.1 Conteúdo, extensão e efeitos da coisa julgada*** ..... 33
***2.2.2 Limites da coisa julgada*** ..... 39
*2.2.2.1 Limites objetivos da coisa julgada* ..... 39
*2.2.2.2 Limites subjetivos da coisa julgada* ..... 47
*2.2.2.3 Limites temporais da coisa julgada* ..... 48
**2.3 Coisa julgada em matéria tributária (relação jurídica-tributária continuada) – análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema** ..... 50
***2.3.1 Coisa julgada em relação de trato sucessivo e seus efeitos*** ..... 50
***2.3.2 Coisa julgada em relação de trato sucessivo e alterações de estado de fato e de Direito por meio de leis*** ..... 52
***2.3.3 Coisa julgada em relação de trato sucessivo e alterações de estado de fato e de Direito por meio de jurisprudência*** ..... 55
***2.3.4 Coisa julgada e princípio da isonomia*** ..... 69
**2.4 Análise sobre a tese da relativização da coisa julgada à luz do princípio da segurança jurídica** ..... 77
***2.4.1 Análise sobre a tese da relativização da coisa julgada à luz da doutrina*** ..... 77
***2.4.2 Análise sobre a tese da relativização da coisa julgada à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*** ..... 90
***2.4.3 Coisa julgada e ação rescisória*** ..... 94
***2.4.4 Coisa julgada e ação rescisória e artigos 475-l, parágrafo 1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil*** ..... 101

**3 EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS ..... 111**
**3.1 Conceito, fundamentos, natureza jurídica e histórico do controle de constitucionalidade ..... 111**
***3.1.1 Conceito, natureza jurídica e fundamentos do controle de constitucionalidade ..... 111***
***3.1.2 Origem do controle de constitucionalidade ..... 113***
***3.1.3 Efeitos do controle de constitucionalidade ..... 116***
***3.1.4 Classificações do controle de constitucionalidade ..... 120***
**3.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo supremo tribunal federal no controle difuso ..... 121**
***3.2.1 Características do controle difuso de constitucionalidade ..... 121***
***3.2.2 Adoção do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e da Resolução editada pelo Senado ..... 123***
**3.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado ..... 133**
***3.3.1 Características do controle concentrado de constitucionalidade ..... 133***
***3.3.2 Adoção do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil e efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ..... 137***
***3.3.2.1 Modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ..... 147***
**3.4 *Abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade ..... 157**

**3.5 Coisa julgada e controle de constitucionalidade ..... 172**
***3.5.1 Coisa julgada e controle de constitucionalidade concentrado ..... 173***
***3.5.1.1 Coisa julgada e decisão liminar no controle de constitucionalidade concentrado . 177***
***3.5.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma sobre a coisa julgada ocorrida em outros processos ..... 179***

**4 O PARECER PGFN/CRJ nº 492/2011 ..... 189**
**4.1 Contexto para a criação do parecer PGFN/CRJ /nº 492/2011 ..... 189**
**4.2 Fundamentos do parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ..... 191**
**4.3 Análise crítica dos fundamentos do parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 acerca do enquadramento de decisões proferidas em ambos os controles de constitucionalidade como alteração de estado de Direito ..... 202**
***4.3.1 Enquadramento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito ..... 202***
***4.3.2 Delimitação do tipo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito ..... 214***
*4.3.2.1 Premissas do parecer PGFN nº 492/2011 ..... 214*
*4.3.2.1 Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que podem ser consideradas como alteração de estado de Direito ..... 219*
*4.3.2.2 O julgamento dos embargos de declaração em ERESP 841.818 pelo Superior Tribunal de Justiça ..... 225*
***4.3.3 Necessidade de ação revisional para a retomada da cobrança do tributo declarado constitucional em decisão do Supremo Tribunal Federal superveniente á coisa julgada do contribuinte ..... 236***
***4.3.4 Ausência de violação ao princípio da isonomia no contexto delineado para Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ..... 247***

**5 CONCLUSÃO ..... 249**

**REFERÊNCIAS ..... 255**

## 1 INTRODUÇÃO

Nos termos da Constituição da República do Brasil de 1988, o Estado Democrático de Direito tem como um dos seus pilares o respeito às garantias e direitos fundamentais elencados no artigo 5º desta Carta Magna (BRASIL, 1988a). Tais garantias, além de estarem devidamente discriminadas nos incisos do referido artigo 5º da Constituição, são balizadas em princípios que norteiam todo o texto da Lei Maior, podendo-se destacar dois princípios de extrema importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, quais sejam: a segurança jurídica e a isonomia.

O tema em comento, qual seja, a verificação da cessação da eficácia da coisa julgada em matéria tributária, em face da alteração de posicionamento jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, tem trazido à baila diversos estudos doutrinários acerca dos efeitos da coisa julgada em matéria tributária. Além disso, bem como sido objeto de diversos julgados, tanto dos órgãos colegiados de 2ª instância, quanto dos Tribunais Superiores.

A análise da alteração da situação jurídica é um tema que desperta um debate doutrinário e jurisprudencial entre o conjunto de teorias divergentes. Vale destacar que esse exame eventualmente ensejaria a relativização da coisa julgada em matéria tributária, como alguns doutrinadores, como se verá ao longo desse trabalho, querem ou, quando menos, o mero reflexo gerado pela alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal plenamente aplicável em relação à matéria tributária, como outros defendem. Conforme prelecionada por Machado (2011):

> Tem-se tornado frequente na doutrina o tema da relativização da coisa julgada, mas a leitura de textos sobre este assunto nos permite dizer que muitos ainda confundem o que podemos denominar *relativização*, com o que melhor se designa com a palavra *delimitação*. Por isto é que resolvemos abordar neste pequeno estudo a delimitação e a relativização da coisa julgada, para demonstrar que são duas coisas distintas, embora com inevitáveis interpenetrações. (MACHADO, 2011, p. 32)

A discussão em comento foi novamente trazida à baila, tendo em vista o advento do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 (BRASIL, 2011b), por meio do qual a Administração Tributária pretende retomar a cobrança de tributos de contribuintes que possuem decisão judicial transitada em julgado favorável, quando houver posteriores julgados acerca da constitucionalidade desta exação, proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, nas seguintes situações:

> (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados; (ii) quando posteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (iii) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e sejam confirmados em julgamentos posteriores da Suprema Corte. (BRASIL, 2011b)

Segundo a fundamentação consignada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, e com base no ordenamento jurídico pátrio, verifica-se viável a cobrança de tributos de contribuintes que possuem decisão desonerativa no tocante ao recolhimento de determinas exações, ainda que transitada em julgado, em face de eventual alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da constitucionalidade da exigência destes tributos.

Isto, em razão da modificação do suporte jurídico da relação jurídico-tributária de trato sucessivo, conforme previsto no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

De acordo com o entendimento da Procuradoria da Fazenda Nacional, externado no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, justamente por se tratar de uma hipótese de alteração do substrato jurídico de uma relação obrigacional de trato sucessivo, a cobrança de tributos declarados constitucionais em decisões posteriores à coisa julgada favoráveis a certo número de contribuintes, não tem o condão de relativizar a coisa julgada. Porquanto, tratar-se-ia de adequar à nova situação jurídica a relação obrigacional jurídica entre a Administração Tributária e este grupo de contribuintes, por meio da exigência destas exações, somente em relação a fatos geradores ocorridos após a alteração deste substrato jurídico.

Cabe destacar também que, conforme o posicionamento externado pela Procuradoria da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, a retomada da cobrança dos tributos nos casos acima delimitados, pode se dar inclusive quando as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal ocorreram em sede de controle difuso de constitucionalidade realizado ou não realizado nos moldes do artigo 543-B do Código de Processo Civil ocorrerá sem a necessidade de edição de Resolução pelo Senado Federal suspendendo a eficácia e vigência destas leis, conforme previsto no artigo 52, inciso X da Constituição bem como sem a necessidade de edição de Súmula Vinculante, como preconiza o artigo 103-A do Texto Maior. Isso porque, segundo aduzido neste parecer, o Supremo Tribunal Federal já tem entendimento pacificado acerca da aplicação imediata de seus precedentes quando proferidos pelo Plenário desta Corte, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Ainda de acordo com, a Procuradoria da Fazenda Nacional a retomada da cobrança de

tributos de contribuintes que possuem decisão desonerativa no tocante ao recolhimento de determinas exações, se faz dispensável o ajuizamento de ação revisional prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) da decisão transitada em julgado. Isso porque,, tal medida é obrigatória somente nos casos em que houver previsão de sua utilização na legislação relativa à relação obrigacional açambarcada pela coisa julgada, o que, à luz da jurisprudência dos Tribunais Pátrios não ocorre em relação à matéria tributária.

Portanto, constata-se que a orientação da Procuradoria da Fazenda Nacional em relação à retomada da cobrança de tributos em face de eventual alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, externada por meio do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, traz a lume diversas discussões de relevante destaque na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Pátrios.

Como já destacado acima e conforme se verá adiante, o debate acerca dos efeitos da coisa julgada nas relações de trato sucessivo, tem sido travado há bastante tempo pelos estudiosos do tema, bem como pelo Poder Judiciário. Esta discussão, especificamente em matéria tributária, já foi objeto de análise em diversos estudos publicados por autores do escol de Hugo de Brito Machado, Helenilson Cunha Pontes, Marciano Seabra de Godoi, dentre outros.

Saliente-se também que a Procuradoria da Fazenda Nacional tem exarado uma série de pareceres ao longo das duas últimas décadas, sobre a possibilidade de relativização ou delimitação da coisa julgada em matéria tributária.

Vale relembrar que a discussão acerca da "*abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade" também tem sido alvo de apreciação tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ((Habeas Corpus 82.959/SP (BRASIL, 2006d) e Reclamação Constitucional 4.335/AC (2014e)).

Portanto, verifica-se que as discussões relacionadas ao tema deste trabalho mostram-se propícias para serem analisadas sob o prisma do Estado Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988. Tais questões têm como contexto a preservação e a manutenção da ordem jurídica nacional, alicerçada sobre os princípios da segurança jurídica, isonomia e livre-iniciativa, dentre outros relacionados aos assuntos correlatos ao tema em comento.

Com efeito, estabelecer os parâmetros em relação à cobrança de tributos perante a relativização ou delimitação da coisa julgada nos dias atuais, justifica-se em face da importância deste estudo para o equilíbrio e fortalecimento da relação entre a Administração Tributária e os contribuintes.

Como destacado, a orientação da Administração Tributária externada no Parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional PGFN/CRJ nº 492/2011(BRASIL, 2011b) prevê a possibilidade de retomada da exigência de tributos de contribuintes que possuem decisão passada em julgado, dispensando-os do recolhimento de tributos, em caso de posterior revisão do entendimento consignados nessas decisões pelo Supremo Tribunal Federal. Indaga-se, à luz do princípio da segurança jurídica que lastreia a intangibilidade da coisa julgada, dos princípios da isonomia e livre-concorrência que vedam a diferenciação de condições de competitividade de agentes econômicos em um mesmo mercado, se é constitucional tal retomada da exigência de determinados tributos de contribuintes na situação acima mencionada e discriminada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Esse é o principal problema que pretendemos enfrentar nesse trabalho, na medida em que o posicionamento externado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional no referido Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 abarca uma série de questões relativas à coisa julgada, controle de constitucionalidade, relações de trato sucessivo e as alterações de estado de Direito, passíveis de fazerem cessar os efeitos de uma decisão passada em julgado, conforme se verá ao longo desse estudo.

De fato, o estudo dos temas abordados no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 nos permite a análise de diversos problemas que podem ser resumidos da seguinte forma:

a) a retomada da cobrança de tributos pela Administração Tributária com base em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade posteriormente à coisa julgada favorável ao contribuinte trata-se uma hipótese de relativização da coisa julgada em matéria tributária ou mero reflexo gerado pela alteração de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal plenamente aplicável em relação à matéria tributária, haja vista a relação jurídico-tributária tratar-se em regra de relação jurídica de trato continuado,

b) a retomada da cobrança de tributos pela Administração Tributária com base em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade posteriormente à coisa julgada favorável ao contribuinte está em consonância simultaneamente com os princípios da segurança jurídica, isonomia e livre-iniciativa e caso negativo se deve haver preponderância de alguns princípios em relação a outros;

c) quais são os efeitos da coisa julgada em matéria tributária, considerando-se os tributos que se enquadram numa relação jurídica classificada como continuativa ou de trato sucessivo;

d) quais são as formas de aplicabilidade de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de matéria tributária, levando-se em conta os efeitos destas decisões tanto em

sede de controle difuso quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade;

e) quais são as possibilidades de relativização da coisa julgada em matéria tributária, considerando-se os efeitos da prolação de decisões posteriores pelo Supremo Tribunal Federal e a legislação processual pátria;

f) como ocorreu a evolução da orientação jurisprudencial e das correntes doutrinárias favoráveis e desfavoráveis à legitimidade da retomada da cobrança de tributos de contribuintes que possuem decisão transitada em julgado favorável em face de decisão posterior proferida pelo Supremo Tribunal Federal atestando a constitucionalidade destes tributos;

g) a retomada da cobrança de tributos em face de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tanto em sede de controle difuso quanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade dos contribuintes que possuem decisão transitada em julgado em sentido desfavorável pode ser feita independentemente de qualquer ação ou medida processual como assevera a Procuradoria da Fazenda Nacional no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011;

h) verificar a possibilidade de retomada da cobrança de tributo em face de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade em julgamentos anteriores a 3 de maio de 2007, portanto não realizados nos moldes do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Diante dos problemas acima mencionados que serão objeto de pesquisa nesse trabalho, vale destacarmos a metodologia e a forma de abordagem dos temas que foram abordados, cuja análise foi considerada relevante para a elaboração do estudo e as conclusões a que chegamos em relação ao fim desse estudo.

Quanto à metodologia para o estudo a que nos propusemos, o procedimento utilizado foi a análise acerca da doutrina, jurisprudência e legislação atinente aos temas mencionados nesse trabalho.

Desse modo, fez-se necessária uma pesquisa bibliográfica acerca da doutrina e jurisprudência existente sobre tais temas, considerando-se como parâmetro para a citação dessas fontes, aqueles textos e julgados que trataram, a nosso ver, de modo mais específico dos temas abordados nesse estudo. Isso, sem prejuízo de, evidentemente, não ter sido possível citar toda a doutrina e jurisprudência sobre tais temas no Brasil, haja vista que há um vasto e rico material doutrinário e jurisprudencial correlatos a temas tão caros ao direito pátrio, como a coisa julgada, controle de constitucionalidade, relação tributária de trato sucessivo, dentre outros assuntos abordados nesse trabalho.

Ainda revelou-se indispensável a verificação da legislação que regulamenta os temas

objeto de análise nesse estudo, visto que certamente em razão da relevância desses assuntos para o jurisdicionado e o próprio Estado brasileiro, o legislador, tanto a nível constitucional quanto infraconstitucional não poderia deixar de se debruçar sobre tais temas.

Salientamos ainda que a pesquisa utilizada nesse estudo tomou por base o raciocínio dedutivo, lançando-se mão dos seguintes tipos genéricos de investigação:

a) histórico-jurídico, no estudo da evolução do trato jurisprudencial e doutrinário dispensado às teorias de relativização ou delimitação da coisa julgada em matéria tributária;

b) jurídico interpretativo, no estudo das exigências e consequências da consagração do Estado Democrático de Direito que resguarda o dever de observância dos princípios da segurança jurídica e dos princípios da isonomia e livre-concorrência;

c) jurídico propositivo, na demonstração e afirmação da possibilidade de a Administração Tributária, em determinadas hipóteses, exigir determinados tributos, não obstante a existência de coisa julgada a favor de certo contribuinte, em vista de posterior posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade destas exações.

Quanto à forma de abordagem dos temas que julgamos caros para a realização desse trabalho, tratamos tais da seguinte forma.

No capítulo 2, foi objeto de estudo o instituto da coisa julgada. Para analisar esse tema tão relevante para a realização desse trabalho, procuramos analisar o seu conceito, fundamento, natureza jurídica e histórico.

Nesse mesmo capítulo, entendemos ter sido ainda necessária a verificação dos limites objetivos, subjetivos e temporais da coisa julgada, haja vista que por meio de tal averiguação, mostrou-se possível estabelecermos a eficácia de uma decisão passada em julgado considerando-se ainda eventuais alterações de estado de Direito.

Também analisamos os efeitos da coisa julgada numa relação de trato sucessivo, haja vista ser nesse tipo de relação jurídica que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 foi fundamentado.

Ainda analisamos a correlação da coisa julgada e o princípio da isonomia, na medida em que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 suscita a violação a esse princípio no caso de manutenção dos efeitos da coisa julgada em caso de alteração jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal relativa à constitucionalidade de determinado tributo.

Foi objeto de estudo nesse capítulo 2, a chamada relativização da coisa julgada, teoria aventada para justificar a revisão de uma decisão passada em julgado em determinadas situações em que, segundo, os defensores dessa teoria mostra-se indispensável o prevalecimento de outros valores ou princípios em relação à coisa julgada.

Por fim, nesse capítulo 2, avaliamos ser relevante a verificação das hipóteses de afastamento ou rescisão da coisa julgada, considerando-se a ação rescisória, meio processual previsto no Texto Magno e ainda as hipóteses previstas a nível infraconstitucional, especificamente aquelas criadas com o intuito de afastar o cumprimento ou execução de uma decisão judicial transitada em julgado.

No capítulo 3 deste estudo, foram abordadas questões vinculadas ao controle de constitucionalidade no ordenamento pátrio. Dentre os assuntos vinculados a esse tema, foram objeto de estudo a natureza jurídica, conceito e fundamentação que lastreia o exercício do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, especificadamente pelo Poder Judiciário.

Para tanto, foram analisados os tipos de controle de constitucionalidade existentes no Brasil e o modo como a doutrina e a jurisprudência têm convencionado com relação à sua aplicabilidade.

Por essa razão, abordamos a forma como tem sido exercidos tanto o controle concentrado quanto o controle concentrado de constitucionalidade pelos Tribunais Pátrios, mormente o Supremo Tribunal Federal.

Nesse contexto, temas polêmicos como a tese da *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade e a correlação entre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade também foram apreciados.

Essas análises têm como justificativa o fato de que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 justifica a retomada da cobrança de tributos com base em pronunciamento pelo Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade de determinado tributo tanto quando ocorre em sede de controle difuso ou por meio do controle concentrado de constitucionalidade das leis.

Por essa razão, nesse capítulo 3, destacamos os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei em ambos os controles e como tal declaração impacta em decisões passadas em julgado.

No capítulo 4, foram trazidas as premissas e fundamentos do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, bem como as orientações nele contidas acerca da retomada ou cessação da cobrança de tributos

Essa abordagem fez-se imprescindível de modo a averiguarmos se e em que medida é possível a retomada da exigência de tributos com base em decisão declaratória de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de determinado tributo posterior à decisão passada em julgado afigura-se viável à luz da Carta Magna e da legislação infraconstitucional.

Para isso, foi feita uma análise crítica das premissas e fundamentos do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, debatendo-se entre tais premissas a questão relativa à classificação

da alteração de entendimento jurisprudencial acerca da constitucionalidade de um tributo pelo Supremo Tribunal Federal como uma alteração de estado de Direito.

Ainda foi avaliada a necessidade de ação revisional para ensejar a retomada de um tributo, caso se entenda pela constitucionalidade dessa retomada e a aventada inobservância do princípio da isonomia em caso de manutenção dos efeitos de uma decisão transitada em julgado, mesmo após pronunciamento em sentido contrário exarado pelo Supremo Tribunal Federal.

No capítulo 5, externamos nossas conclusões sobre os temas abordados nesse estudo, com ênfase na análise da constitucionalidade das premissas, fundamentos e determinações consignadas no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

# 2 A COISA JULGADA

## 2.1 Conceito, fundamentos, natureza jurídica e histórico da coisa julgada

O instituto jurídico denominado coisa julgada está vinculado à ideia de imutabilidade de uma decisão judicial após o transcurso de todo o processo judicial. Importante salientar que esta ideia de imutabilidade de uma decisão judicial não pode ser dissociada, pelo menos, hodiernamente, da necessidade de um processo. Isto porque, é através do processo, o meio pelo qual devem ser oportunizados às partes, todos os meios de prova e atos previstos em lei direcionados a estas partes, de modo a se resguardar o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Assima aceitação da imodificabilidade de uma decisão judicial nos dias atuais perpassa, a nosso ver, pela existência de um processo com a estrita observância dos cânones garantistas esculpidos na Constituição. Até porque, o devido processo legal deve ser garantia norteadora da legislação processual. Isso, sob pena desta poder ser considerada desarrazoada, conforme entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Mário Velloso:

> Due process of law, com conteúdo substantivo – substantive due process – constitui limite ao Legislativo, no sentido de que as leis devem ser elaboradas com justiça, devem ser dotadas de razoabilidade (reasonableness) e de racionalidade (rationality), devem guardar, segundo W. Holmes, um real e substancial nexo com o objetivo que se quer atingir. Paralelamente, due process of law, com caráter processual – procedural due process – garante às pessoas um procedimento judicial justo, com direito de defesa. (Ação Direta de Insconstitucionalidade 1.511.MC/DF, julgada em 16 de outubro de 1996, publicada no DJU, de 6 de junho de 2003, p. 29. BRASIL, 2003b)

Vale destacar que, inicialmente, com a conclusão acima mencionada, não se está a defender a polêmica tese da relativização da coisa julgada. Não tem tal apontamento, o objetivo de alardear que a decisão transitada em julgada válida seria somente aquela “justa”. Ou seja, aquela decisão que estivesse em conformidade com as garantias constitucionais, consoante advogam os defensores da chamada relativização da coisa julgada, como será detalhado mais adiante. O que está a se afirmar é que a ideia de imutabilidade de uma decisão judicial deve estar vinculada aos princípios constitucionais anteriormente mencionados. Isso porque, o Brasil é um Estado Democrático de Direito, no qual a atuação jurisdicional é sustentada na observância e cumprimento do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Cabe salientar também que, a possibilidade de revisão de uma decisão através da sua reapreciação por diversas instâncias e órgãos do Poder Judiciário, também legitima essa decisão e a torna aceitável pelas partes e terceiros. Isso, não obstante, o duplo grau de jurisdição não ser uma garantia constitucional.

Essas considerações iniciais estão longe de ser consideradas como fundamentos para a coisa julgada, pois visam tão somente inserir esse instituto jurídico na atual seara constitucional existente no país.

A premissa conceitual primitiva e mais comum relativa à coisa julgada e destacada pela doutrina relacionada à imutabilidade de uma decisão judicial, não mais passível de recurso, é também a mais aceita pela população em geral. Todavia, urge relembrar que, apesar desse senso comum, é certo também que a doutrina estrangeira e também a pátria têm conceituado de forma distinta a coisa julgada, com base na correlação desse instituto com a decisão judicial por ela resguardada.

Para boa parte da doutrina, a coisa julgada se define como sendo efeito de uma decisão judicial, como entendeu Hellwig citado por Neves (1971, p. 502). Nesse sentido, há que ser analisado como esse efeito se concretiza nas relações jurídicas abrangidas pela coisa julgada. Isto é, se a coisa julgada teria condão de ter um efeito constitutivo ou meramente declaratório sobre a decisão judicial por ela acobertada. Há também indagações e estudos sobre como os próprios efeitos desse instituto se irradiam de acordo com o tipo de ação e decisão judicial a ela correlata (constitutiva, declaratória ou condenatória). Existe ainda, discussão sobre a distinção entre os efeitos (imperatividade) e a própria coisa julgada em si (imutabilidade), conforme discorreu Carnelutti citado por Liebman (2007, p.40), que na verdade devem ser analisados com maior profundidade quando for feito o estudo dos limites e efeitos da coisa julgada. Por fim, são relevantes também as análises feitas sobre a autoridade e a eficácia de uma decisão judicial e a coisa julgada pela doutrina especializada.

Conforme salienta Porto (2006, p.53) em obra destinada a estudar a coisa julgada, esse instituto foi conceituado de distintas formas em vista da vinculação que foi feita entre coisa julgada, efeitos, autoridade e efeitos da sentença.

Esse autor, de modo a sistematizar o estudo sobre o conceito da coisa julgada, cita os entendimentos delineados por Coutoure, Neves e Estellita sobre esse instituto:

> EDUARDO COUTOURE, afirmou que “trantando, pues, de definir el concepto juzgada, luego de tantas advertencias preliminares, podemos decir que es la autoridad y eficácia de uma sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnacion que permitan modficarla.
> NEVES, de sua parte, sustenta que “coisa julgada é o efeito da sentença definitiva

> sobre o mérito da causa que, pondo termo final a controvérsia, faz imutável e vinculativo, para as partes e para os órgãos jurisdicionais, o conteúdo declaratório da decisão judicial."
> No campo da conceituação, GUILHERME ESTELIITA, por seu turno, observa que "na coisa julgada o que sobreleva a tudo mais e lhe constitui a essência mesma, é a autoridade, é a força, é a eficácia atribuída á decisão judicial. A inadmissibilidade de recursos é apenas um requisito à aquisição daquelle poder." (PORTO, 2006, p. 52, grifo do autor)

Destaca-se que há distintas classificações da coisa julgada em relação à sentença. Ora, compreendendo-a como um efeito da sentença ou como uma qualidade de um efeito desta, como a doutrina brasileira hodiernamente tem entendido, e com base nos ensinamentos de Liebman (2007). Ocorre que, para fins de delimitação conceitual desse instituto, cabe avocar o que a coisa julgada assegura em relação à decisão judicial por ela protegida.

Nesse contexto, e a nosso ver, a coisa julgada pode ser conceituada como um instituto jurídico que torna uma decisão judicial não mais passível de ser alterada por qualquer ato estatal, proferido por quaisquer dos três poderes existentes nos Estados hodiernamente existentes no mundo. Quer dizer, a coisa julgada tem o condão de tornar imutável o conteúdo de determinada decisão judicial após o transcurso de prazo e o esgotamento de recursos passiveis de alterá-la. Esse conceito, a nosso ver, foi muito bem delineado pelo já citado Porto (2006) que assim define a coisa julgada: "Assim, a coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal." (PORTO, 2006, p. 53).

Necessário ainda esclarecer que o instituto da coisa julgada também está regulamentado no atual ordenamento jurídico Pátrio.

É fato notório que o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição, apesar de não conceituar esse instituto, consigna limitações à retroatividade da lei quanto à coisa julgada. Digressões acerca do destinatário desse comando, considerações em relação ao fato de a menção à coisa julgada na Constituição ter a capacidade de alçar esse instituto à condição de garantia fundamental e os debates travados pela doutrina acerca desses dois temas serão retomados mais adiante. Por ora, deve ser feita apenas alusão à coisa julgada pelo legislador constituinte originário.

Na legislação infraconstitucional, a coisa julgada atualmente está consagrada no artigo 6º, § 3º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro do Código Civil (antiga Lei de Introdução ao Código Civil) que além de reprisar as limitações previstas no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição, preceitua esse instituto como sendo a "decisão judicial de que já não caiba recurso".

Já o Código de Processo Civil em vigor definiu a coisa julgada em seu artigo 467, como sendo "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário." Notabilizam-se essas duas definições legais, pelo fato de a primeira parecer fazer referência à coisa julgada denominada formal, visto que se ateve ao enquadramento da coisa julgada como sendo aquele não mais cabível de recurso, fenômeno de caráter endoprocessual. A segunda definição já traz em seu bojo o próprio termo, material, com enfoque na imutabilidade e indiscutibilidade da sentença, fenômeno que extrapola as raias do processo em que foi prolatada a decisão passada em julgado.

Ressalte-se ainda que, a conexão da coisa julgada à eficácia dos efeitos da sentença foi delimitada no Código de Processo Civil vigente pelo seu mentor Alfredo Buzaid. Esse, na condição de discípulo de Liebmam, incorporou ao conceito desse instituto a teoria defendida por aquele jurista italiano, que será objeto de conferência mais adiante.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) (BRASIL, 2015a) em seu artigo 502 altera o conteúdo da coisa julgada ao substituir o termo "eficácia" por "autoridade" e assim dispõe: "Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso".

A substituição de um termo por outro pode ser analisada à luz dos debates doutrinários relacionados ao conteúdo e efeitos da coisa julgada, visto que a doutrina divergiu sobre a qualificação da coisa julgada como efeito ou qualidade da coisa julgada. Assim, diante dessa celeuma, de fato, talvez seja apropriada a substituição do termo eficácia, equiparável a efeito, pelo termo autoridade, que além de remeter à ideia de dever de observância, se aproxima mais do vocábulo qualidade. Essa celeuma que implica na possibilidade de mitigação da intangibilidade da coisa julgada, um dos temas a que se propõe debater nessa dissertação, será objeto de debate também no próximo tópico desse trabalho.

Estabelecido o conceito de coisa julgada a partir da noção de imutabilidade do conteúdo de uma decisão judicial, cabe a demonstração das razões pela quais esse instituto sempre esteve ligado ao Direito.

Isso, considerando-se que o Direito, como o meio de regulamentação das relações de caráter privado ou público, tem como premissa e justificativa a estabilização dessas relações, por meio da observância de uma série de normas ou regras pelo povo e governo instituído em uma das formas de organização político-territorial.

Dessa forma, se for possível considerar que o Direito é o meio até hoje mais eficaz para garantir a uma população a certeza de que há justiça nas relações travadas entre os seus iguais, por meio de um aparato estatal responsável pela elaboração de normas de conduta,

bem como pela apreciação de demandas, há que se ter parâmetros claros acerca da validade e eficácia das normas de conduta, bem como das decisões prolatadas pelo Estado nas situações comentadas há pouco.

Por esta razão, delimitar no tempo e espaço o alcance de decisões proferidas pelos órgãos responsáveis por dirimir as querelas entre membros de um determinado grupo, foi primordial para o alcance da estabilidade e paz social almejadas pelo Direito, desde a Antiguidade.

Em vista do que foi exposto, pode-se concluir que a ideia de estabilidade e paz social que justificou a regulação da convivência de pessoas em uma mesma sociedade por meio do Direito não pode estar dissociada da premissa de que as normas em sentido lato (leis, decisões judiciais ou administrativas) devem, para ser eficazes, ter claramente delineados os seus limites espaciais, como também os temporais.

O membro de uma sociedade somente se subverte ao crivo de uma decisão proferida por um órgão dotado de legitimidade e competência para dirimir um litígio que o envolva, se tiver a garantia de que, após o fim do processo que apreciou a sua demanda, não haverá meios de se rever o que foi definitivamente decidido na sua demanda. Sucumbindo ou tendo êxito, o fato é que a necessidade de observância por uma parte em relação ao conteúdo de uma decisão - seja proferida por órgão judicial, administrativo ou arbitral - é requisito chave para a efetivação do Direito, enquanto conjunto de normas de conduta a ser observado em determinado local e pela população que ali habita. E isso desde a Antiguidade, conforme se verifica pelas lições de Neves (1971) em obra clássica sobre o instituto da coisa julgada:

> Uma lei, anterior às Doze Tábuas, vedou mais de uma intervenção do Estado. O relacionamento de tal regra com a *litis contestatio* foi obra de intérpretes, numa construção a que os textos de Gaio aludem e se ajusta, coerentemente, às características do processo romano daquela época. Tal entendimento perdurou durante todo o período das *legis actiones* e até a *Lex Iulia Iudiciaria* de Augusto, já no período do processo formular, subordinando-se, na sua aplicação a critérios diversos, referidos pela doutrina. (NEVES, 1971, p. 12, grifo do autor)

Nesta mesma obra, o autor (NEVES, 1971, p. 14) destaca a dificuldade que os magistrados da Antiguidade tinham em verificar a identidade de uma mesma demanda, levada mais de uma vez ao crivo destes. Isso acontecia em virtude tanto do aumento do número de demandas, quanto em relação à sua complexidade. Esse fato desaguou na criação de um instituto denominado *litios contestatio*, que se classificava como uma espécie de *exceptio*, através da qual a existência de outra lide idêntica era apreciada de forma prévia e prejudicial à análise dessa segunda lide, posta para apreciação desses magistrados. Esse registro histórico

relativo ao desenvolvimento de institutos processuais desde a Antiguidade, apenas reforça o interesse dos magistrados, legisladores e demais operadores do Direito em afastar a possibilidade de dupla apreciação e julgamento de uma mesma demanda.

A busca por meios para se evitar a reavaliação de determinada lide pelos magistrados era tão relevante quanto é hoje. Houve, desde a Antiguidade, a fixação de premissas para a averiguação de demandas com mesmo conteúdo ou objeto. Consoante a isso, Neves (1971) destaca:

> Impondo-se a regra *bis de eadem re sit actio*, no processo formular, tanto *ipso iure* como *ope excpetionis*, a vedação de ofíicio, oposta pelo pretor, só poderia ocorrer, segundo o testemunho de Gaio, no caso de o processo anterior conter um *iudicium legitimum*, tendo por objeto uma *actio in personam*, constituído através de uma *formulain ius comcepta*. À falta de qualquer dêsses requisitos a regra só poderia impor-se, *ope exceptionis*. (NEVES, 1971, p.16, grifo do autor)

Sobre a correlação entre coisa julgada e segurança jurídica, Carmem Lúcia Antunes Rocha (2005) ensina que:

> O que a Constituição preserva, pois, como, direito de todos, é que a res deducta não seja turbada por novos questionamentos que determinem o reinício de todas as indagações havidas na lide solvida pelo ato estatal, a qual, após a decisão terminativa de um processo, desfaz-se, estabilizando-se o julgado, obrigando aqueles que, direta ou indiretamente, sejam tocados pelo teor da decisão transitada em julgado.
> A prescrição dota a pessoa de segurança quanto ao seu patrimônio de bens jurídicos, o qual se põe ao desvelo e à proteção de cada um e do Estado. Este se vê obrigado a tolher quaisquer novos processos sobre bem já resguardado segundo decidido pelo julgador, o qual atua aplicando a lei fazendo-a valer no caso concreto. (ROCHA, 2005, p. 178)

Essa estabilização das demandas que ocorre por meio do instituto da coisa julgada interessa não somente às partes envolvidas em um litígio, mas certamente a toda sociedade, que passa a ter ciência do caráter pacificador e certo das decisões prestadas por órgãos jurisidicionais.

A doutrina pátria encontra, em sua grande maioria, três fundamentos para a criação da coisa julgada, mormente, a conceituação desse instituto apresenta distinções a depender da natureza e efeitos processuais aos quais os autores atribuem a esse instituto, como veremos mais adiante.

Segundo Cabral (2014), o instituto da coisa julgada está lastreado em um fundamento de ordem sociológica, visto que:

> [...] a coisa julgada proporcionaria segurança àquela relação disputada no processo,

> colocando uma pedra sobre as incertezas que pesavam sobre qual deveria ser o regulamento do conflito [...] Vale dizer, após a formação da coisa julgada, a incontestabilidade do que foi decidido, a ela inerente, seria elemento que garantia a segurança jurídica no processo. Portanto, nesta linha, a coisa julgada criaria um 'estado de certeza' ou 'estado de paz', essencial para o tráfego jurídico, e seria um "preço" que a sociedade paga por viver num Estado de Direito. (CABRAL, 2014, p. 56).

Sobre esse primeiro fundamento são tecidas algumas considerações nas linhas acima. No entanto, entende-se ser relevante destacar que a estabilização social por meio da coisa julgada ocorre em Estados de Direito, democráticos ou não. O que se quer dizer é que, independentemente do *modus operandi* de elaboração das leis, com ou sem participação popular, de forma direta ou indireta, uma vez previstos institutos processuais que tiveram e têm como objetivo evitar a perenização de demandas há, por consequência, a estabilização social apontada nas lições de Cabral (2014).

Cabral (2014) elenca um fundamento político para justificar a criação da coisa julgada, aduzindo que esse fundamento "trata-se da afirmação do poder estatal. Ao tornar a decisão jurisdicional indiscutível, imodificável, o Estado coloca a sua manifestação acima de outros atos de poder, revelando-se na sua capacidade de sobrepor-se sobre as demais formas sociais de potestade." (CABRAL, 2014, p. 57).

Quanto a esse segundo fundamento, consoante será discutido mais adiante nesse trabalho, mostra-se viável entender que eventuais formas de mitigação ou afastamento da coisa julgada por atos de outros Poderes, como o Judiciário, fragilizariam a atuação estatal na forma como descrita por Cabral (2014). Em outros termos, sendo a coisa julgada afirmação do poder estatal, verifica-se possível e viável a sua desconsideração ou, como muitos querem, a sua relativização em situações em que supostamente a sua manutenção ensejaria uma conjuntura de "injustiça". Esses são questionamentos aos quais pretende-se responder ao longo desse estudo.

Por fim, Cabral (2014) destaca um fundamento jurídico da coisa julgada, salientando que a incorporação da coisa julgada ao fenômeno jurídico com base apenas em fundamentos sociais e políticos teriam "razões utilitaristas, e por vezes até autoritárias" (CABRAL, 2014, p. 57). Por isso, esse autor conclui que:

> [...] deve ser buscado um fundamento jurídico para a coisa julgada, especialmente porque também as sentenças injustas tornam-se imutáveis. Isto é, a coisa julgada pode fazer com que, no ordenamento jurídico, a segurança se sobreponha sobre o valor justiça, e por essa razão devemos uma justificação jurídica para o instituto. (CABRAL, 2014, p. 57)

Sobre esse apontamento acerca do fundamento jurídico, acredita-se serem válidos alguns adendos. Primeiramente, muito se tem falado sobre o caráter principiológico ou supralegal do instituto coisa julgada, defendendo, inclusive, autores do escol de Nery Júnior (2004) que a coisa julgada "é *elemento de existência* do estado democrático de direito". Isto, haja vista que "para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do *estado democrático de direito* ocorre por intermédio do instituto da *coisa julgada*." (NERY JÚNIOR, 2004, p. 38, grifo do autor).

Para fundamentar a sua assertiva sobre a conexão entre a coisa julgada e o Estado Democrático de Direito, Nery Júnior (2004) afirma que este está balizado na igualdade e solidariedade, e é viabilizado e respaldado quando o Poder Judiciário, através de sua atuação institucional, outorga ao jurisdicionado a prestação jurisdicional de forma segura. Fato que ocorre em razão da coisa julgada.

Portanto, verifica-se que há na doutrina pátria, a defesa da elevação do instituto da coisa julgada a uma regra de caráter princípiológico, por ser corolário da segurança jurídica. Essa posição tem sido criticada também por autores de renome como Theodoro Júnior e Faria (2002, p.32) entre outros, para os quais a coisa julgada tem caráter meramente legal. Todavia, ainda que assim seja, cabe observar que, além do aspecto apontado por Cabral (2014) em relação ao fundamento jurídico da coisa julgada, entendemos que tal fundamento também tem o escopo de legitimar a observância desse instituto pelos cidadãos e pelo Poder Público.

É que acaso não houvesse a previsão da coisa julgada, tanto na Constituição, quanto no ordenamento infraconstitucional, poder-se-ia, a nosso ver, ser questionada a obrigatoriedade da observância e cumprimento de decisões passadas em julgado. Dito de outro modo, caso não houvesse na Constituição a vedação referente à modificação da coisa julgada por lei, não obstante, entender-se que esse instituto é sim corolário do princípio da segurança jurídica, na prática, poderia haver uma série de questionamentos acerca da necessidade de observância das decisões acobertadas pelo manto da coisa julgada. Isso porque, para aqueles adeptos da linha kelseniana, relacionada à eficácia das normas jurídicas, ausente a menção à coisa julgada em atos normativos (lei), como a Constituição, nada impediria de os cidadãos e, quiçá até o próprio Poder Público, de tentar por mais de uma vez ver apreciada determinada demanda pelo Poder Judiciário.

Em suma, é também porque a coisa julgada está prevista na Constituição e em normas infraconstitucionais, que tanto o jurisdicionado quanto o Poder Público devem respeitar os limites objetivos e subjetivos da coisa julgada. Nesse sentido, é o ensinamento de Neves (1971, p.432) ao dissertar sobre o fundamento jurídico da coisa julgada.

Esse mesmo autor (NEVES, 1971, p. 429-430) discriminou dois fundamentos que se contrapõem para explicar o instituto da coisa julgada. O primeiro fundamento é de ordem histórico-jurídica e tem como linha mestra a premissa de que a coisa julgada seria um instituto decorrente da própria essência do Direito, posto que seria o meio de estabilização de demandas. Por isso, segundo o autor, esse instituto seria imposto pela razão natural. Para Neves (1971), em vista do fato de a certeza ter que ceder em determinadas circunstâncias à verdade, em caso de surgimento de um fato ou elemento novo que fosse julgado fundamental para o desfecho de uma lide, poder-se-ia eventualmente se afastar a coisa julgada. Essa explanação sobre o respectivo fundamento, tem servido, em linhas gerais, para avalizar a chamada relativização da coisa julgada, trazida ao Brasil pelo jurista português, Paulo Otero, em obras como o Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional (OTERO apud THEODORO JR, CORDEIRO, 2002).

O segundo fundamento mencionado por Neves (1971) trata-se do fundamento político social da coisa julgada e sobre este fundamento o autor faz uma correlação com o pragmatismo ao tecer comentários sobre a forma como o instituto da coisa julgada era implementado em diversas nações em determinadas épocas, como, por exemplo, no direito colonial americano. Basicamente, a conclusão do autor que o faz vincular esse tipo de fundamento ao pragmatismo diz respeito ao fato de que a aplicação e a observância da coisa julgada ocorrem de modo específico em cada nação e em cada época a depender da situação política  social da nação (NEVES, 1971, p. 431).

Quanto ao aspecto histórico, a despeito da obra de Neves (1971) trazer relatos sobre a coisa julgada em diversas épocas, países e culturas, a nosso ver, Cabral (2014, p. 53) faz um breve relato de como esse instituto se desenvolveu no direito processual pátrio.

Dessa forma, apesar de parte desse trabalho estar vinculado à conceituação e delimitação da coisa julgada, para fins de análise da hipótese e enfrentamento do problema a que se propõe, qual seja, a possibilidade de cessação dos efeitos da coisa julgada em uma relação tributária de trato sucessivo, não se mostra imprescindível um estudo aprofundado sobre as origens da coisa julgada.

## 2.2 Conteúdo, limites , extensão e efeitos da coisa julgada

### *2.2.1 Conteúdo, extensão e efeitos da coisa julgada*

Em conformidade com as assertivas feitas no tópico precedente, para fins de

compreensão do instituto da coisa julgada, mister se faz a averiguação dos efeitos, extensão e limites impostos por esse instituto a uma decisão judicial.

Partindo da premissa de que a coisa julgada, muito mais do que um conceito jurídico, como bem, pessoa ou imóvel, por exemplo, deve ser analisada sob o enfoque do impacto que causa sobre as relações jurídicas acobertadas por ela.

Para tanto, vale rememorar a polêmica sobre quais seriam os efeitos e a extensão da coisa julgada sobre uma lide e a decisão prolatada nessa demanda.

Conforme as lições de Neves (1971, p. 447), para Chiovenda uma sentença pendente de recurso não teria valor ou efeito, sendo certo que, somente após a preclusão de recursos ou impugnáveis cabíveis contra esse ato, poder-se-ia cogitar de algum efeito nas relações jurídicas. Quer dizer, segundo aquele jurista italiano, os efeitos da sentença só se propagariam sobre a relação jurídica por ela tutelada após o trânsito em julgado dessa decisão.

Por essa razão, a coisa julgada pode ser tida como efeito da sentença, sendo a definição de Chiovenda para esse instituto coerente com a sua argumentação. Já que esta seria "a afirmação indiscutível e obrigatória para os juízes de todos os processos futuros, de uma vontade concreta da lei, a qual reconhece ou nega um bem da vida a uma das partes." (LIEBMAN, 2007, p.47).

Em face dessa linha argumentativa de Chiovenda e, autores do escol de Carnelutti e Hellwig procuraram desvendar como a sentença pode produzir efeitos antes da preclusão dos recursos passíveis de impugná-la.

Nessa conjuntura, Carnelutti sustentou, segundo Neves (1971), que existem duas fases da coisa julgada, sendo a primeira caracterizada pela imperatividade e a segunda pela imutabilidade. E essa afirmação de certa forma, a nosso ver, amaina a polêmica tese de Chiovenda sobre a ausência de efeitos de uma sentença enquanto ainda não transitada em julgado.

Pelo que se depreende dos ensinamentos de Liebman (2007, p. 20 e 27) sobre a teoria de Carnelutti, a imutabilidade de uma decisão corresponde não à sua imperatividade, mas à sua função declarativa, razão pela qual teria sido feita a distinção entre essas duas fases da coisa julgada.

Em outros termos, de acordo com Carnelutti citado por Liebman (2007) a coisa julgada se relaciona com a declaração do direito externada. Portanto, através de uma sentença de cunho declaratório, a imutabilidade dessa decisão se faz presente justamente em razão dessa decisão ter precipuamente a função de declarar um direito.

Assim, o que se conecta à coisa julgada e torna-se imutável é a declaração de um

direito, situação jurídica apreciada na lide, independentemente da imperatividade imediata ou não da sentença antes de seu trânsito em julgado. Tanto seria o conteúdo declaratório da sentença o elemento chave no qual está alicerçada a coisa julgada que, em sentenças dispositivas e aquelas relacionadas a situações que se modificam no tempo e que, portanto, teriam um caráter semelhante a cláusula *rebus sic standibus*, haveria uma atenuação da coisa julgada.

Neves (1971), ao discorrer sobre as duas fases da coisa julgada, faz a seguinte correlação entre elas:

> A imperatividade plena é coincidente com a imutabilidade e resulta da coisa julgada como efeito da sentença, na sua acepção própria de ato processual de entrega de prestação jurisdicional. Os efeitos que, na pendência do recurso, a sentença produz, são próprios da situação jurídica por ela criada que impede de revê-la, salvo retratação recursal possível e impõe às partes o ônus da impugnação mediante recurso cabível, se com ela não se conformam. Os outros efeitos, eventualmente admitidos pela lei, são meras antecipações, insuscetíveis de conferir à sentença imperatividade suficiente para demonstrar a viabilidade de efeitos declaratórios antes do trânsito em julgado. (NEVES, 1971, p. 448)

Em linha de argumentação semelhante, Hellwig citado por Liebman (2007) entendeu que a autoridade da coisa julgada estaria relacionada ao conteúdo declaratório da sentença, e, desta forma, seria a coisa julgada um efeito da sentença que poderia ser conceituada como "declaração obrigatória e indiscutível que a sentença produz." (LIEBMAN, 2007, p. 21).

O que se objetiva demonstrar por meio da citação das teorias dos juristas acima transcritas é que, em vista do fato da coisa julgada ter conexão com o conteúdo declaratório de uma sentença, a eficácia de uma decisão ocorreria com o seu trânsito em julgado. Isso, considerando que o conteúdo declaratório de uma decisão somente pode ser resguardado após o esgotamento das possibilidades de revisão dessa decisão.

Liebman (2007) trouxe um novo conceito para coisa julgada, em vista da classificação desse instituto como qualidade dos efeitos da sentença, como será explicado mais a seguir, rechaça a correlação feita entre a coisa julgada e o conteúdo declaratório da sentença invocando uma série de argumentos, que pretende-se em parte, resumir mais adiante.

Ao proceder dessa forma, esse jurista italiano distinguiu com sucesso, segundo a doutrina majoritária pátria, os efeitos e a eficácia da sentença da sua imutabilidade concretizada por meio da coisa julgada, que, reprise-se, tratar-se-ia na verdade de uma qualidade dos efeitos da sentença.

Para tanto, aponta-se a diferenciação que Liebman (2007, p. 26-33) fez entre a coisa julgada e os efeitos da sentença, que podem ser declaratórios, constitutivos e condenatórios, e

se concretizar ainda, que a decisão judicial não tenha transitado em julgado, fato que comprovaria a impossibilidade de se equiparar os referidos efeitos à coisa julgada.

Para explicar esse raciocínio, Liebman (2007) observa que também as sentenças de caráter constitutivo prescindem da aplicação de uma norma ao caso concreto, o que se sucede por meio de uma atividade do Juízo de caráter declaratório. Partindo disso é que os efeitos dessa atividade jurisdicional podem ser considerados como declaratórios, caso versem sobre situação jurídica previamente existente à lide, e que foi tão somente abalizada pela decisão judicial, ou, constitutivos, considerando a alteração ou criação de uma situação jurídica efetuada por meio de adequação de uma norma ao caso pela atividade volitiva e declaratória de um juízo.

Assim, por se tratar tanto o conteúdo declaratório, quanto o conteúdo constitutivo e também condenatório como efeitos de uma sentença, como há no ordenamento jurídico, a possibilidade de que os efeitos dessa decisão judicial ainda passível de revisão ocorram, como seria possível entender que a imutabilidade desses efeitos a eles se equivaleria?

Segundo Liebman (2007), se for equipada a coisa julgada a um efeito como a constituição de uma situação jurídica ou a condenação e excluí-la do modo como se operam a concretização desses efeitos - de forma perene ou definitiva -, estará se descartando a intangibilidade da coisa julgada aplicável a qualquer tipo de sentença, em razão da equiparação dela aos efeitos acima mencionados. Nesse contexto, se mostra factível a diferenciação entre imperatividade, relacionada à ocorrência dos efeitos da decisão, e imutabilidade, qualidade dos efeitos da sentença, após o seu trânsito em julgado. Estes são os preceitos que extraímos da obra de Liebman (2007, p.23)

Liebman (2007, 50-51) propaga a tese de que a eficácia de uma sentença equiparável a um comando que tem o fito de declarar, constituir, alterar ou delimitar uma relação jurídica é potencializada por meio da coisa julgada, na medida em que este instituto inviabiliza qualquer juízo posterior de reapreciar a lide e sua decisão, e, portanto, alterar essa decisão.

Nesse contexto, Liebman (2007) então conceitua a coisa julgada como sendo "indiscutibilidade ou imutabilidade da sentença e de seus efeitos, aquele atributo que qualifica e potencializa a eficácia que a sentença naturalmente produz, segundo a sua própria essência de ato estatal." (LIEBMAN, 2007, p. 60).

E a relevância a esse instituto dada por Liebman (2007) se traduz na impossibilidade de alteração da coisa julgada, até mesmo pelo legislador, conforme a condição de garantia fundamental dada à coisa julgada no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição. Isso, na medida em que a coisa julgada deve ser observada não somente pelas partes, mas também de

maneira geral, por todos e pelo Estado representado pelos seus três poderes.

Liebman (2007) objetivou demonstrar os equívocos que teriam incorrido os doutrinadores adeptos à teoria da coisa julgada como efeito da sentença. Dentre as censuras feitas por ele, está na afirmação dos adeptos dessa teoria de que as ações de trato sucessivo (*rebus sic stantibus*) se submeteriam a uma espécie de coisa julgada amainada, visto que, com o decorrer do tempo, a coisa julgada poderia ser afastada ou mitigada. Para ele, nesse tipo de ação, a coisa julgada será observada, enquanto for mantida a situação objeto de apreciação da sentença. Nesse sentido, explica ainda que, via de regra, toda sentença contém intrinsecamente a cláusula *rebus sic stantibus*. Isso porque, a coisa julgada não impede que fatos posteriores à prolação da sentença acarretem até mesmo a inutilidade dessa coisa julgada, quando, por exemplo, o devedor paga a dívida a qual havia sido condenado junto ao credor.

Saliente-se que essa assertiva de Liebman (2007) sobre a limitação dos efeitos da coisa julgada em relação às situações de trato sucessivo é utilizada como premissa para o afastamento da coisa julgada em relações tributárias com esse mesmo traço no Parecer PGFN nº 492/2011, objeto de estudo desse trabalho.

Com efeito, conforme será destacado mais adiante, esse parecer defende a tese de que não há relativização da coisa julgada, quando em uma relação tributária de trato sucessivo, uma alteração de estado de fato ou de Direito ensejar a cessação dos efeitos dessa decisão para o jurisdicionado que a possua.

Por fim, a despeito de Liebman (2007, p. 49) ter rechaçado diversos argumentos de teorias anteriores à sua, acerca do conceito e efeitos da coisa julgada, cabe relevar para fins didáticos desse trabalho a censura que esse autor faz à distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material, elaborada por Carnelutti. Essa distinção pode ser sintetizada no liame coisa julgada material (imperatividade) e formal (indiscutibilidade).

Segundo Liebman (2007), a imperatividade de uma sentença é efeito dela e não da coisa julgada, e a sua indiscutibilidade no processo não se resume à coisa julgada formal, já que seus os efeitos dessa indiscutibilidade envolvem fenômenos também extraprocessuais, consoante verificado no conceito da coisa julgada.

Sucede, porém, que apesar da teoria de Liebman (2007) ter sido espelhada no conceito de coisa julgada previsto no artigo 467 do Código de Processo Civil vigente, haja vista o projeto dessa lei ser de autoria de um dos maiores discípulos de Liebman no Brasil, é também verdade que essa teoria sofreu críticas tanto no Brasil quanto no exterior.

Liebman (2007), nas edições posteriores de sua obra, rechaçou as críticas de colegas

italianos. Para efeitos desse trabalho, serão aludidas as críticas de Moreira tecidas em seus artigos citados, bem como na obra de Porto (2006) sobre o instituto da coisa julgada.

Em suma, pode-se afirmar que a censura de Moreira (1970) à teoria de Liebman (2007) se resume ao fato de que o que se reveste de imutabilidade não seriam os efeitos da sentença e sim o conteúdo da sentença, que traz uma nova situação jurídica resguardada por essa decisão passada em julgado. Isso porque, segundo Moreira, nada impede que os efeitos da sentença sejam modificados após o trânsito em julgado, quando, por exemplo, o pagamento de uma dívida determinado em sentença deixa de ser realizado por convenção do credor e do devedor.

Para melhor esclarecer esse ponto, cabe transcrever o trecho de artigo histórico escrito por Moreira (1970), intitulado "Ainda sobre a coisa julgada":

> O trânsito em julgado é, pois, fato, que marca o início de uma situação jurídica nova, caracterizada pela existência da coisa julgada – formal ou material, conforme o caso. A consideração da coisa julgada como situação jurídica permite maior precisão na delimitação dos conceitos que estamos lidando. Não há confundir *res judicata* com *auctoritas rei iudicatae*. A coisa julgada não se identifica nem com a sentença transitada em julgado, nem com o particular atributo (imutabilidade) de que ela se reveste, mas com a situação jurídica que passa a existir após o trânsito em julgado. Ingressando em tal situação, a sentença adquire uma autoridade que – esta, sim – se traduz na resistência à do seu conteúdo. A expressão *auctoritas rei iudicatae* e não *res judicata*, portanto, é que a corresponde ao conceito de imutabilidade.
> Quanto à eficácia da decisão – vale repetir ainda uma vez – nada tem que ver, conceptualmente, nem com coisa julgada, nem com autoridade da coisa julgada; o único traço comum reside em que também a primeira, em regra, se subordina, temporalmente, ao trânsito em julgado. Que, depois, a coisa julgada manifeste, por sua vez, uma eficácia própria, é fato indiscutível; mas confundir com a da sentença representaria, já agora, o que permanentemente ameaçam pôr em xeque a clareza das ideias na matéria. (MOREIRA, 1970, p.16-17)

Tirante a correção da crítica de Moreira (1970), é importante realçar que a jurisprudência pátria não tem diferenciado a imutabilidade da coisa julgada em relação aos efeitos de uma decisão judicial, consoante se denota do seguinte trecho de um julgado de relatoria do Decano da Suprema Corte, Ministro Celso de Mello:

> Torna-se importante rememorar, considerado esse contexto processual, o alto significado de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o instituto da "res judicata", que constitui atributo específico da jurisdição e que se projeta na dupla qualidade que tipifica os efeitos emergentes do ato sentencial: a imutabilidade, de um lado, e a coercibilidade, de outro. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS, julgamento em 03 de abril de 2012, publicado em 22 de novembro de 2012, BRASIL, 2008d)

### *2.2.2 Limites da coisa julgada*

Estremados o conteúdo e os efeitos da coisa julgada, calha destacar os limites relativos a esse instituto.

A doutrina subdivide os limites da coisa julgada em objetivos, subjetivos e temporais.

#### *2.2.2.1 Limites objetivos da coisa julgada*

Os limites objetivos da coisa julgada têm como parâmetro de fixação a averiguação sobre qual parte ou conteúdo de uma decisão acobertada por essa qualidade. Ou seja, a qual parte da sentença se conecta à coisa julgada, e, por conseguinte, não pode ser modificada por outra decisão.

No Brasil, a regra referente aos limites objetivos da coisa julgada está prevista nos artigos 468 e 469 do Código de Processo Civil vigente. Esses artigos vinculam a coisa julgada às questões decididas na lide. Contudo, há a ressalva de que os motivos de uma decisão, ainda que importantes para a verificação da extensão e o conteúdo da coisa julgada, não são por ela açambarcados. Essa é também a regra para a verdade acerca dos fatos narrados na sentença e as questões incidentais decididas. Essas regras são reiteradas no Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), nos artigos 503 a 504, excetuando-se uma distinção em relação às questões prejudiciais.

A vinculação da coisa julgada, portanto, tão somente ao dispositivo da sentença tem, a nosso ver, justificativa na premissa de que os motivos e fatos que ensejarem o Juízo a decidir uma lide de determinada forma não podem ser considerados intangíveis. Isso porque, se a motivação de uma decisão transitada em julgada também estivesse protegida pela coisa julgada, lembrando-se que esta motivação pode e deve estar fulcrada em conteúdo probatório, em caso de eventual comprovação de que esse conteúdo probatório fosse falso, não haveria como rescindir essa decisão, conforme previsão no artigo 485, inciso VI do Código de Processo Civil vigente.

Essa restrição *per si* colocaria por terra a confiabilidade em todo o sistema judicial no país, já que os princípios da boa-fé e lealdade processual entre as partes restariam arrefecidos, em vista da possibilidade de provas falsas lastrearem a fundamentação de uma decisão judicial, que em conjunto com o dispositivo da sentença, se tornaria imutável com a coisa julgada.

Essa argumentação também tem serventia para ensejar a rescisão de uma decisão transitada em julgado, com base nas hipóteses previstas no artigo 485, incisos VII, VIII e IX que versam sobre a obtenção de documento novo posteriormente à sentença hábil a decidir a lide, a existência de fundamento para invalidar a confissão, transação, desistência em que se baseou a sentença e ainda erro de fato.

Anote-se que com essas observações acima não se está a afastar a delimitação do conteúdo que se conecta a coisa julgada da motivação ou fundamentos que levaram o Juízo a decidir de determinada forma. Não tem o escopo essa argumentação de fazer com que todo o arcabouço fático e jurídico que motivou uma decisão seja ignorado quando for necessário verificar o conteúdo decisório conectado à coisa julgada.

Com efeito, o que se está a afirmar é que impor o manto da coisa julgada a todos os elementos que fundamentaram uma decisão de forma indiscriminada, tornaria o sistema jurídico pouco, ou até mesmo, nada confiável. Nem por isso, não é possível negar que deve a motivação de uma decisão, pelo menos aquela jurídica vinculada à causa de pedir, ser vista como um norte para fins de verificação do que se decidiu efetivamente na lide, e portanto, deve ser protegida pela coisa julgada, sob pena da insegurança jurídica pairar nas relações jurídicas levadas ao crivo do Judiciário.

Tanto isso é verdade, que o artigo 474 do Código de Processo Civil prescreveu que todas as questões que poderiam ser deduzidas em juízo em determinada lide, e assim não o foram, não poderão ser alegadas em outra lide. Sendo essa, a vedação que a doutrina denominou como eficácia preclusiva da coisa julgada. Trata-se de uma restrição processual extremamente relevante para a estabilização das demandas, e ainda, a delimitação objetiva da coisa julgada.

Conforme o magistério de Porto (2006, p.86-94) sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, há duas correntes doutrinárias que divergem sobre a extensão desse instituto. A controvérsia remonta-se, especificamente, a quais alegações possíveis de serem feitas pelas partes devem ser consideradas para fins de investigação da eficácia preclusiva da coisa julgada. O fundamento para essa polêmica doutrinária se baseia na possibilidade de se considerar açambarcada pelo instituto em comento, toda e qualquer questão passível de ser alegada por uma das partes, independentemente de haver concatenação dessa questão com o objeto e o pedido da lide.

Essa celeuma foi vislumbrada em um exemplo dado por Porto (2006), em uma ação de separação judicial em que a autora alega como causa de pedir a ebriedade habitual de seu cônjuge e réu, e esta ação é julgada improcedente em vista da ausência de provas quanto a

essa situação. Ocorre que, à época do ajuizamento da demanda, haveria também a possibilidade de se fundamentar o pedido de separação em vista da prática de adultério do réu.

Parte da doutrina capitaneada por Silva (1988, p. 169) e Assis (1989, p.44-40) defende que toda e qualquer alegação possível e ao alcance das partes deve ser deduzida na lide, mesmo que não tenha nexo com a causa de pedir e o pedido. Basicamente, conforme narra Porto (2006), os argumentos para avalizar essa linha são, no sentido da ampliação da eficácia preclusiva, de modo a estabilizar as relações jurídicas através da inviabilidade de suscitação dessas alegações em outra e futura demanda.

A corrente contrária, que tem entre seus expoentes Moreira (1977, p. 104, NOTA 11) e Aragão (1992, p. 326-328) entende que somente as alegações relacionadas ao objeto e pedido da ação é que devem ser feitas pelas partes sob pena de acobertamento pela eficácia preclusiva da coisa julgada. Nesse sentido, esses autores alegam que a origem desse instituto - parágrafo único do artigo 287 do Código do Processo Civil de 1939 - está relacionada à delimitação da eficácia preclusiva somente ao objeto e pedido da lide, o que corresponde à própria finalidade desse instituto, conforme destaca o próprio Porto (2006).

De fato, Porto (2006) aduz de forma correta, a nosso ver, que o objetivo desse instituto é a identificação de demandas, de modo a se evitar que em uma nova demanda, sejam alegados fatos e realizadas provas que poderiam ser deduzidas na demanda anterior, cujas partes, objeto e pedido são as mesmas:

> Neste diapasão e nesta medida é que deve ocorrer a fixação da extensão da eficácia preclusiva, a qual diz com os limites causais do litígio, considerando como se tivesse sido deduzido tudo em torno da causa que dá suporte à pretensão, ou seja, entendendo consumidas todas as "alegações e defesas" relativas à causa deduzida, mas não todas as "alegações e defesas" relativas à causa deduzida, mas não todas as causas que poderiam ensejar a mesma pretensão, sob pena de – se assim não for – suprimir-se da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito, o que se constituiria em verdadeira violação de garantia constitucional, tal qual a coisa julgada. (PORTO, 2006, p. 95)

Deste modo, retomando o raciocínio prévio à explanação sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada, entendemos estar claro que os motivos não podem ser sumariamente descartados como meio para a perquirição dos limites da coisa julgada. Como realçado anteriormente, a deferência aos motivos da decisão passada em julgado deve ser feita com acuidade, haja vista a correta previsão no artigo 469 do Código de Processo Civil vigente, como realçado anteriormente.

Respaldando ainda a linha argumentativa em questão, vale um lembrete sobre a função negativa da coisa julgada. De acordo com Grinover citada por Liebman (2007, p.66),

responsável pela atualização da obra "Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada", a função negativa da coisa julgada que consiste na possibilidade da parte suscitar a coisa julgada de modo a impedir que um Juízo julgue a mesma lide mais de uma vez, só pode ser constatada com base na verificação da identidade das lides. Para tanto, como é cediço, se faz imprescindível a apuração entre as partes, causa de pedir e pedido, assim como ocorre com a eficácia preclusiva da coisa julgada.

Somente a título de esclarecimento, a função positiva da coisa julgada corresponde à definição e vinculação das partes ao objeto e ao pedido da lide, no sentido de identificar a coisa julgada e as questões nelas decididas. Quer dizer, o efeito positivo tem a ver com a necessidade de observância da coisa julgada relativa às questões julgadas na lide, açambarcada por esse instituto no futuro por juízes que julgarem outras demandas.

Ainda sobre a importância da motivação para fins de limitação da coisa julgada, é acertada a doutrina citada por Valverde (2004) que assim trata essa questão:

> Como anotado por Giuseppe Chiovenda, a "exclusão dos motivos da sentença da coisa julgada não há que se entender no sentido formalístico, de que só passe em julgado o que está escrito no dispositivo da sentença: porque, ao contrário, para determinar o alcance da coisa julgada, é, pelo geral, necessário remontar aos motivos para poder identificar a ação com a indagação da causa petendi". Na lição de José Frederico Marques, "o que individualiza a lide, objetivamente, são o pedido e a causa petendi, isto é, o pedido e o fato constitutivo que fundamenta a pretensão. Portanto, a limitação objetiva da coisa julgada está subordinada aos princípios que regem a identificação dos elementos objetivos da lide". Em vista disso, conclui o autor: "de tudo se deduz que a coisa julgada alcança a parte dispositiva da sentença ou acórdão, e ainda o fato constitutivo do pedido (a *causa petendi*). As questões que se situam no âmbito da *causa petendi* igualmente se tornam imutáveis, no tocante à solução que lhes deu o julgamento, quando essas questões se integram no fato constitutivo do pedido. (VALVERDE, 2004, p. 138,)

A respeito do fato constitutivo do pedido como parte da decisão também protegida pela coisa julgada, vale uma reflexão um pouco mais aprofundada.

Como já dito, é notório que via de regra os motivos de uma decisão judicial não estão acobertados pela coisa julgada, em vista da série de implicações que a inserção dos motivos na seara da coisa julgada poderia trazer, consoante já exposto.

Todavia, a nosso ver, o elemento jurídico eleito pelo julgador como fundamento para a resolução da lide deve necessariamente ser observado para fins de delimitação dos efeitos da coisa julgada. O que se quer afirmar é a interpretação e a adequação de determinada norma jurídica ao caso, em concreto a alusão feito por Liebman (2007) como atividade declaratória do Juiz, a que Liebman fez alusão como atividade declaratória do Juiz deve ser considerada para se inspecionar a que se vincula a coisa julgada. Isso porque, o que se pode denominar de

motivação jurídica vinculada à causa de pedir é fator fundamental para resguardar a decisão judicial transitada em julgado, sob pena de se causar uma tremenda insegurança jurídica.

Essa situação de insegurança jurídica já ocorreu, inclusive, em relação a decisões passadas em julgado, relativas à inconstitucionalidade da inclusão de receitas distintas do conceito de faturamento na base de cálculo do Programa de Integração Social (PIS) e da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) para instituições financeiras. Instituições desse segmento conseguiram decisões proferidas com base no entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 346.084/PR (BRASIL, 2006e), Recurso Extraordinário 357.950/RS (BRASIL, 2005e), Recurso Extraordinário 390.840/MG (BRASIL, 2006f), acerca da inconstitucionalidade da equiparação entre os conceitos de receita e faturamento para fins de delimitação da base de cálculo dessas exações prevista no artigo 3º, parágrafo 1º da Lei nº 9.718/98 (BRASIL, 1998b).

Posteriormente, no momento de fazer valer essa decisão através da recuperação, via compensação de valores recolhidos indevidamente a título de PIS e COFINS, em vista do pagamento dessas exações sobre uma base de cálculo maior que aquela efetivamente correta, essas instituições tiveram as compensações indeferidas pela Receita Federal. Em artigo escrito em parceria com Alessandro Mendes Cardoso publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 213 de junho de 2013, foi destacada essa questão.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007 (BRASIL, 2007a), objetivou afastar a coisa julgada em relação às instituições financeiras com base na alegação de que o conceito de faturamento para instituições financeiras deveria incluir receitas oriundas da atividade empresarial dessas instituições, além da venda de mercadorias e serviços, visto que este teria sido o conceito de faturamento que o Supremo Tribunal Federal teria verificado no julgamento dos *leading cases*, relativos à inconstitucionalidade do conceito de faturamento por meio do artigo 3º, inciso I da Lei nº 9.718/98 (BRASIL, 1998b).

Ocorre que, como destacado acima, bem ou mal, diversas instituições financeiras tiveram decisões transitadas em julgadas, com base nos precedentes sobre a matéria proferidos pelo Supremo Tribunal,. Essas decisões transitada em julgadodeterminaram aexclusão da base de cálculo do PIS e da COFINS, dos valores referentes às receitas distintas do conceito de faturamento.

Saliente-se que, na causa de pedir em muitas dessas ações, os contribuintes explicaram que o conceito de faturamento para fins de procedência das ações por eles

intentadas, seria aquele vinculado à receita da venda de mercadorias e prestação de serviços, tão somente.

Desse modo, ao serem julgados procedentes os pedidos consignados na ação, ainda que com fundamento nos precedentes sobre a matéria, e mesmo que os dispositivos das decisões passadas não tenham citado de forma expressa o conceito de faturamento a ser observado para fins de delineação da base de cálculo do PIS e da COFINS, fato é que, a análise dos limites da coisa julgada nesse tipo de ação deve necessariamente passar pela verificação das alegações de Direito aduzidas pela parte, posto que esta se deu pela procedência da ação.

Se assim não fosse, os pedidos acolhidos na decisão deveriam ser analisados de forma estanque da fundamentação jurídica da causa de pedir, o que se afigura irrazoável e contraproducente. Em outros termos, uma vez acatados os pedidos da lide no dispositivo da decisão, pedidos estes fulcrados em argumentos jurídicos que não podem ser dissociados dos pedidos, posto que justamente sejam o nexo causal usados para se pleitear a procedência desses pedidos, não deve a coisa julgada deixar de ser apreciada por meio da verificação desses argumentos jurídicos. Este também é entendimento de Theodoro Júnior (2005):

> Os limites-objetivos da coisa julgada acham-se traçados pelos arts. 468 e 469 do CPC. Compreende-se na força da res iudicata, a solução dada ao litígio, nos limites das questões decididas. Mas não se inclui nessa mesma força "os motivos" da sentença. Por isso, há quem pense que a causa de pedir apreciada como razão de julgar não faz res iudicata.
> Data venia, não se pode considerar como simples motivo o fato jurídico deduzido em juízo como causa petendi da demanda, conforme esclarece a melhor doutrina e proclama a jurisprudência dominante.
> [...]
> A sentença compõe a lide e, como solução da lide, é que ela faz coisa julgada (art. 468).
> [...]
> Liebman, em anotação à obra de Chiovenda, tratando especificamente de sua adaptação do Direito brasileiro, registra a lição de Jorge Americano, para quem "faz coisa julgada o motivo que constitui o fundamento da sentença de forma tal que, abstraindo dele, a controvérsia não teria sido decidida pela forma com que se apresenta, isto é, quando nele estiver a relação de direito como causa imediata do dispositivo da sentença."
> [...]
> Em outras palavras, *causa petendi* não é simples motivo da sentença é elemento essencial da lide e, nessa categoria, sujeita-se à eficácia da coisa julgada, segundo a lição da boa jurisprudência e da melhor doutrina. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 171-173)

Valverde (2004) deu a esses argumentos jurídicos a nomenclatura de "fato jurídico" e explicou da seguinte forma o raciocínio acima delineado:

> Entretanto, como acima foi considerado, não parece que a solução propugnada por Gomes de Souza leve em consideração os motivos da decisão. Ao balizar os limites da coisa julgada com respaldo nos chamados elementos "permanentes e imutáveis" da relação jurídica, o saudoso tributarista parece ter considerado o próprio objeto do processo judicial, individualizado pela causa de pedir e pelo pedido formulado em juízo. Quanto a causa de pedir (e correlatamente, a fundamentação da decisão) alude a elementos permanentes da relação jurídica, isso quer dizer que o fato jurídico constituído através do processo consiste numa situação fática permanente, que não se altera de um exercício para o outro, nem cessa de existir com o término da relação processual. A lei inconstitucional constitui fato jurídico que subsiste até que essa lei venha a ser revogada por outra lei substancialmente diversa. Pois somente assim ocorreria a alteração das circunstâncias fático-jurídicas, autorizadoras de uma nova decisão. Isso, realmente não se confunde com os "motivos", que constituem os argumentos dispostos na fundamentação da decisão, com base nos quais o magistrado se convenceu da existência do fato jurídico. Em outros termos, os "motivos" referidos no artigo 468 do CPC não transitam em julgado porque constituem tão-somente elementos de convencimento, simbologias, conceitos, lugares-comuns e estruturas de argumentação utilizadas para fundamentar a escolha de uma das alternativas que se afiguravam possíveis no processo.
> Diferentemente, fato jurídico reconhecido como ocorrido, embora também integre a fundamentação da decisão, constitui a própria proposição antecedente na norma jurídica introduzida no sistema através da decisão, razão pela qual, se é verdade que as questões nela tratadas não transitam em julgado – já que podem ser novamente discutidas em outro processo – é também verdade que essas questões ficam abrangidas pela eficácia preclusiva da coisa julgada, com bem acentuado por Moreira, em passagem citada acima. Nesses termos, a fundamentação da decisão submete-se à coisa julgada formal, na medida em que, para aquele processo específico, os motivos e a verdade dos fatos não podem ser mais alterados, servindo com um vetor de delimitação da parte dispositiva da decisão.
> Pois bem. Para fins de determinação da extensão da coisa julgada, o elemento primordial a ser considerado é o dispositivo da decisão, que, como se verá mais adiante, estabelece o "esquema de agir" a ser observado pelas partes. Se o dispositivo declara a inexistência de relação jurídica entre fisco e contribuinte, anula um lançamento ou proíbe a realização do lançamento de determinado tributo, a coisa julgada se estabelece em torno dessa declaração, (des)constituição ou desse comento mandamental. São esses os comandos que transitam em julgado, juntamente com toda norma jurídica. (VALVERDE, 2004. p. 218-219)

Também Pontes (2005) advoga a necessidade de averiguação das questões de Direito (normas jurídicas) vinculadas à causa de pedir e, portanto, objeto de análise pelo Juízo na fundamentação da decisão para fins de delimitação do conteúdo da decisão vinculada à coisa julgada, mormente em matéria tributária:

> Os efeitos (e a autoridade) da coisa julgada não estão apenas do dispositivo da sentença, mas na norma jurídica nela albergada, isto é, no comando deôntico regulador do conflito de interesses levado à apreciação do Poder Judiciário. Tal comando é o resultado do conjunto de elementos fáticos e jurídicos debatidos no processo, diante dos quais o mesmo é proferido. Logo, o alcance da coisa julgada não deve ser aferido apenas por meio da análise do dispositivo sentencial, mas do conjunto de elementos contidos nos autos, e que constituíram matéria-prima perante a qual foi proferida a decisão judicial. (PONTES, 2005, p. 190)

O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar uma questão tributária vinculada à hipótese de não incidência do ICMS sobre determinado tipo de mercadoria também adotou o

entendimento externado nas lições de Valverde (2004). Sobre esse assunto, veja o Recurso Especial 875.635/MG, julgado em 16/10/2008 e publicado em 03/11/2008. (BRASIL, 2008b)

Enfatize-se que a questão vinculada à necessidade e à motivação das decisões judiciais tem ganhado força, haja vista o direito jurisprudencial estar em voga no país. Explica-se, em vista dos juízos de 1ª e 2ª instância buscarem cada vez mais arrimo para as suas decisões em precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a urgência na demonstração da adequação da situação fática e jurídica analisada no precedente utilizado, para fundamentar a decisão ao caso em concreto objeto de análise por meio daquela decisão. Isso, sob pena de possibilitar a ocorrência de erros e injustiças, haja vista que nem sempre o contexto fático-jurídico discutido em um precedente será idêntico, ou quando menos, semelhante àquele em que o Juízo pretende usar tal precedente para dirimir a lide. Por essa razão, hodiernamente, a nosso ver, é indispensável a necessidade de comprovação quanto à adequação do precedente suscitado pelo Juízo ao caso por ele decidido de forma devidamente motivada, por meio de uma espécie de cotejo analítico entre o precedente e a demanda julgada.

Somente assim, poderá se evitar, repita-se, erros referentes à delineação de um caso a um precedente pretensamente idêntico ou semelhante àquele caso. Ademais, esse cotejo analítico acima mencionado permitirá à parte sucumbente a demonstração, através de recursos, de eventual impropriedade quanto à subsunção de um precedente à lide da qual faz parte. Tal possibilidade ensejará a revisão desse julgado por órgãos de revisão, e certamente ensejará uma maior segurança jurídica ao sistema em face do óbice à propagação do trânsito em julgado de decisões inadequadas, considerando o substrato fático-jurídico e a sua fundamentação.

Essa questão é de tal relevância que o Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) determinou a necessidade de motivação das decisões judiciais com base nas premissas alhures:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.
> § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
> II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de

> sua incidência no caso;
> III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
> IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
> V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015a)

#### *2.2.2.2 Limites subjetivos da coisa julgada*

No que toca aos limites subjetivos da coisa julgada, insta relevar que esse é o tema com menor discussão relativa àquele instituto, a nosso ver. As polêmicas doutrinárias sobre a extensão da coisa julgada a terceiros estranhos à lide, valendo fazer rápida remissão às teorias de Betti sobre o tema foram devidamente enfrentadas por Liebman (2007) em seu estudo sobre a coisa julgada.

Na ocasião, Liebman (2007, p.79) demonstrou que a coisa julgada tem alcance *inter parte* à medida em que são as estas àquelas que diretamente atuaram na lide, e, portanto, as quais devem observar o conteúdo da decisão e sua imutabilidade após o esgotamento e o transcurso de prazos e recursos passíveis de alterá-la. À luz dessa interpretação é que o Código de Processo Civil vigente determina em seu artigo 472, excetuando as causas de estado em que houver a citação de terceiros interessados, a observância da coisa julgada apenas pelas partes. Afora esse tipo de causa, a coisa julgada não pode beneficiar ou prejudicar terceiros. O Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) em seu artigo 506 tratou a questão da mesma forma apenas retirando o verbo beneficiar do dispositivo, posto que eventualmente, a coisa julgada pode beneficiar terceiros estranhos à lide, por até mesmo algum fato superveniente a ela, como no caso de herdeiros.

Por evidência em casos de representação ou substituição processual, existe a possibilidade de um terceiro ser relacionado à coisa julgada, tal fato *per si* não tem o condão de estender os efeitos da coisa julgada a estranhos à lide.

Neves (1971) resumiu as contendas que havia sobre esse tema e a correta solução dada por Liebman (2007) a tais discussões:

> O problema dos limites subjetivos da coisa julgada, em que ALLORIO vê mero elemento da limitação objetiva, retoma na doutrina contemporânea, a feição romana, consagrada no texto de MACRO: *saepe constitum est res inter alios iudicatas alis non praeiducare.* A eficácia da coisa julgada é restrita às partes. Por isso, a *eadem conditio personarum* é requisito da *exceptio.*

> A elaboração doutrinária no sentido de explicar a suposta extensão dos efeitos da coisa julgada a terceiros, desde a teoria da representação de Savigny, até a idéia de subordinação, trabalhada por Betti, só podia levar à posição adotada por Chiovenda que coloca a validade da sentença *erga omnes* no simples plano dos fatos, de que, substancialmente, não refoge a própria concepção de Liebman, ao excluir terceiros da coisa julgada porque só atingidos pela eficácia natural da sentença. No fundo de tôdas essas concepções está a convicção de que a coisa julgada só opera inter partes, não tendo valor absoluto.
> Os casos de representação apontados por Savigny, como os de subordinação indicados por Betti, na verdade não passam, ou de hipóteses de substituição subjetiva no plano processual, como é o caso do sucessor, ou de efeitos próprios da eficácia constitutiva da sentença, quando traz em si a executividade imediata que determina alteração no mundo jurídico. Nada tem com a coisa julgada que se restringe ao elemento declaratório da sentença, insuscetível de afetar terceiros.
> Até mesmo nas questões de estado, a eficácia *erga omnes* atribuída à coisa julgada, em face da tríplice exigência já assinalada no direito romano – legítimo contraditor, inexistência de contumácia e ausência de dolo ou colusão – só pode decorrer da eficácia constitutiva da sentença. A afirmação ulterior da Glosa, que se vê em Bartolo – *sententia lata in causa filiationis inter patrem et filium fidem facit quoad omnes* – denota isso, porque a situação jurídica que com a sentença se constituiu, como tôda situação jurídica que se constitua, vale em face de todos, sem impedir que terceiros, em ação ulterior contra ela invistam.
> A coisa julgada não tem, portanto, valor absoluto, restringindo-se a sua eficácia tão-somente às partes. (NEVES, 1971, p. 495)

### *2.2.2.3 Limites temporais da coisa julgada*

Há ainda mais um limite relativo à coisa julgada, e de extrema importância, que também tem provocado debates doutrinários. Trata-se dos limites temporais da coisa julgada, ou seja, da necessidade de inquirição de a partir de quando e até quando vale a coisa julgada no tempo.

Ressalve-se, aliás, que essa questão foi objeto de estudo no Parecer PGFN 492/2011. Como já destacado anteriormente, buscou-se demonstrar que a coisa julgada pode deixar de ser observada em relações de trato sucessivo, após alterações de estado de Direito relativas à relação jurídica, afetada por essa decisão, não mais passível de recurso.

Isso, considerando que o arcabouço fático-jurídico sobre a qual uma decisão passada em julgada se debruçou, obviamente, pode ser alterado ao longo do tempo. Assim, nascem indagações sobre a prevalência da coisa julgada nesse tipo de situação, quais os fatos podem ser considerados como açambarcados pela coisa julgada, e ainda, como se amolda a coisa julgada nas chamadas relações jurídicas continuativas, dentre as quais, pode-se elencar em algumas situações, a relação jurídico-tributária, consoante restará demonstrado a seguir. Deste modo, a doutrina corretamente constatou necessária uma maior reflexão sobre esse ponto.

Quanto aos marcos iniciais e finais relativos aos fatos que devem ser considerados com vistas à demarcação da coisa julgada, ensina Cabral (2014, p. 95-97) que a coisa julgada

não pode excluir a possibilidade de que fatos posteriores podem alterar a relação substancial entre as partes. Por essa razão, a coisa julgada refere-se a situação existente na época da prolação da decisão por ela abrangida. Para esse autor, o momento final quanto à possibilidade de alegações de fatos que poderão ser resguardados pela coisa julgada, ocorrerá na primeira instância, já que na segunda instância não caberiam novas alegações.

Dessa forma, quaisquer fatos posteriores podem ser classificados como supervenientes e, portanto, excluídos da imutabilidade em relação à discussão sobre a coisa julgada.

Assim, Cabral (2014) conclui que todos os fatos anteriores ao ajuizamento da demanda, desde que abarcados pela causa de pedir, estariam abrangidos pela coisa julgada. As questões que se colocam são: quais fatos posteriores poderiam ser considerados supervenientes, e quando esses fatos posteriores poderiam ser considerados aptos para uma nova causa de pedir ou abrangidos pela eficácia preclusiva da coisa julgada da lide anterior.

Para Cabral (2014), o comando previsto no artigo 462 do Código de Processo Civil prescreve a regra acerca da consideração pelo Juízo de fatos ocorridos durante o processo, independentemente de requerimento das partes, desde que sejam relevantes para a resolução da lide. Contudo, o marco temporal para a apreciação desses fatos supervenientes à propositura da ação aconteceria até a conclusão dos autos para a sentença.

Essa constatação não diverge do entendimento jurisprudencial e doutrinário (LIEBMAN, 2007, p.20-27; PORTO, 2006, p. 82) majoritário que sempre teve o cuidado de delimitar os limites temporais da coisa julgada a fatos ocorridos antes da decisão passada em julgado, alegados ou que deveriam ser alegados na lide, sob pena da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Porto (2006, p. 82) sublinha que os limites temporais da coisa julgada se relacionam com os fatos vinculados a causa de pedir, não sendo possível, à luz do sistema processual, a irradiação dos efeitos da coisa julgada sobre fatos e alegações não vinculadas ao direito material, correlato à causa de pedir da lide. Ou seja, o mote central acerca dessa questão defendido pela doutrina é de que a coisa julgada absorve fatos passados, não podendo perdurar para todo o sempre, em caso de alteração da situação fático-jurídica dissecada na lide, sobre qual houve a prolação de decisão passada em julgado.

Em vista dessas conclusões, a doutrina e a jurisprudência têm dado enfoque maior no que tange aos limites temporais da coisa julgada às relações denominadas continuativas.

Todavia, como boa parte das relações jurídico-tributárias são enquadráveis como relações continuativas ou de trato sucessivo, será sob o enfoque da coisa julgada em matéria

tributária, que essas relações serão tratadas nesse trabalho.

Por outro lado, as hipóteses de arrefecimento da coisa julgada por meio de ações ou regras processuais tais como a ação rescisória, as regras previstas nos artigos 475 e 741 do Código de Processo Civil serão objeto de investigação, quando for analisada a temática sobre a chamada teoria da relativização da coisa julgada.

## 2.3 Coisa julgada em matéria tributária (relação jurídica-tributária continuada) – análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema

### *2.3.1 Coisa julgada em relação de trato sucessivo e seus efeitos*

A relação jurídica continuada é aquela que perdura no tempo, considerando a repetição dos eventos, fatos ou negócios jurídicos sujeitos a tal relação. Por essa razão, essa relação está sujeita as eventuais modificações do objeto por ela açambarcado.

Isto posto, em se tratando de relações continuadas, a coisa julgada deve ter a sua eficácia checada de acordo com a permanência dos termos fáticos e/ou jurídicos sobre as quais foi embasada. Sobre as relações jurídicas de traços continuados, que não deixam de existir após o trânsito em julgado de uma decisão que a apreciou, o alcance da coisa julgada sobre esse tipo de relação perdura enquanto os fundamentos fáticos e jurídicos que ensejaram a causa de pedir da lide resolvida pela decisão protegida pela coisa julgada permanecerem os mesmos.

É por esta razão que a doutrina tem enlaçado esse tipo de relação com a cláusula *rebus sic stantibus*. E as consequências da alteração do status da relação jurídica sobre a coisa julgada foram previstas no artigo 471 do Código de Processo Civil vigente que aduz o seguinte:

> Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:
> I - se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença; (BRASIL, 1973)

Dessa forma, de acordo com o comando acima exposto, no caso de alteração de estado de fato ou de Direito, é possível a revisão do conteúdo da sentença protegido pela causa julgada por meio de ação revisional.

Theodoro Júnior (2005) explica as razões pelas quais é necessária a revisão da decisão passada em julgado, ressalvando o fato de que esta revisão não macula a própria coisa

julgada, ao afirmar que:

> O que se modifica, na espécie, não é a sentença, mas a relação jurídica material sobre a qual a força da sentença tem de atuar. Cabe, portanto, a ação de revisão, não porque a sentença se apresenta despida da autoridade da coisa julgada, mas, sim, porque sendo nova a questão da alteração em torno da alteração, de fato e de direito, a que se submeteu a relação continuativa, não se acha dita questão dentro daquelas decididas no julgado anterior. Pode a parte suscitá-la e pode o juiz apreciá-la, porque disse não decorre ofensa alguma à intangibilidade do que antes se estatuiu acerca da relação jurídica material nos termos em que se achava ao tempo da primeira sentença. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p.175)

Desse modo, em se tratando de relações continuadas, é possível a revisão da sentença passada em julgado, de modo a adequá-la em caso de alteração da situação fática ou jurídica apreciada por essa decisão.

Pensamos que, o nó górdio referente às relações continuativas, está em delimitar qual tipo de alteração do estado do Direito ensejaria a revisão da coisa julgada. Isto porque, conforme será demonstrado adiante, a doutrina diverge sobre a possibilidade de alteração de entendimento jurisprudencial sobre as questões jurídicas versadas na lide ensejar a aplicação da regra prevista no artigo 471, I do Código de Processo Civil vigente (BRASIL, 1973). Outra questão é que, se assim for possível em relação às questões de Direito Público, como, por exemplo, as relações tributárias, se é imprescindível o ajuizamento da ação de revisão citada nesse dispositivo.

Antes de se adentrar a pesquisa sobre esses apontamentos, cabe demonstrar que, em alguns casos, as relações tributárias podem ser classificadas como relações continuativas.

Com efeito, consoante ensina Zavascki (2008), esse tipo de relação pode ser categorizado da seguinte forma, considerando-se o tipo de hipótese de incidência que dá origem ao nascimento da relação jurídico-tributária:

> Considerada a sua relação com as circunstâncias temporais do fato gerador, podem-se classificar as relações jurídicas em três espécies: as instantâneas, as permanentes e as sucessivas. Instantânea é a relação jurídica decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrairá a incidência da norma quando estiver inteiramente formado. É instantânea, assim, no campo tributária, a relação obrigacional de pagar o imposto de transmissão em face da venda de determinado imóvel. Define-se como permanente (ou duradoura) a relação jurídica que nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que prolonga no tempo. A obrigação previdenciária que dá ensejo ao benefício de auxílio doença tem como suporte fático a incapacidade temporária do segurado para exercer as suas atividades laborais normais, estado de fato, que prolongado no tempo, acarreta uma espécie de incidência contínua e ininterrupta da norma, gerando a obrigação, também continuada, de pagar a prestação. Dessa mesma natureza é a obrigação de pagar alimentos, que tem suporte fático desdobrado no tempo,

> consistente na insuficiência econômica e financeira do alimentando e na capacidade econômica e financeira do alimentante (Código Civil, art. 400). Finalmente, há uma terceira espécie de relação jurídica, a sucessiva, nascida de fatos gerados instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada. Os exemplos mais comuns vêm do campo tributário: a obrigação do comerciante de pagar imposto sobre a circulação de mercadorias, ou do empresário de recolher a contribuição para a seguridade social sobre a folha de salário ou sobre o seu faturamento. (ZAVASCKI, 2008, p. 3-4)

À primeira vista, pode-se entender que o autor faz uma confusão e segrega nas relações permanentes (pagamento de auxílio doença, alimentos), relações que a doutrina majoritária definiria como relações continuadas. Contudo, o atual Ministro da Suprema Corte esmiúça o seu raciocínio para demonstrar que existem relações que se inserem no contexto de relações continuativas, mesmo que sejam classificadas como permanentes, embora oriundas de uma relação jurídica perene que se repete ao longo do tempo. Segundo Zavascki (2008):

> Na verdade, as relações sucessivas compõem-se de uma série de relações instantâneas homogêneas, que, pela sua reiteração e homogeneidade, podem receber tratamento jurídico conjunto ou tutela jurisdicional coletiva. No geral dos casos, as relações sucessivas pressupõem e dependem de uma situação jurídica mais ampla, ou de determinado *status* jurídico dos seus figurantes, nos quais se inserem, compondo-lhes a configuração. Por exemplo: a relação obrigacional de que nasce o direito de receber o pagamento de vencimentos mensais tem como fato gerador imediato a prestação de serviço pelo servidor: sem a ocorrência desse, não existirá aquele. Assim considerada, é relação jurídica sucessiva, já que seu suporte de incidência é repetitivo no tempo. Mas o citado fato gerador se forma num contexto jurídico mais complexo: o do regime estatutário, de caráter permanente (e não sucessivo), que vincula os figurantes da relação jurídica. Disso resulta que a relação obrigacional nasce da incidência da norma sobre um suporte fático complexo, composto de um (a) fato instantâneo e inserido numa (b) situação permanente. No exemplo dado, o sujeito ativo, para fazer jus ao pagamento de prestação mensal, além de exercer efetivamente suas funções naquele período (fato gerador instantâneo e imediato), tem de ostentar também o status de servidor público legitimamente investido no cargo (fato gerador permanente e mediato). (ZAVASCKI, 2008, p.4)

Feitas essas considerações, conclui-se que a depender do fato gerador do tributo, certamente as relações jurídico-tributárias devem ser inseridas no rol daquelas enumeradas como relações continuativas.

### *2.3.2 Coisa julgada em relação de trato sucessivo e alterações de estado de fato e de Direito por meio de leis*

Diante desse contexto, é mister a investigação sobre quais alterações de Direito podem ensejar a revisão de uma decisão passada em julgado exarada sob o prisma de uma relação jurídica continuativa, e ainda, para esse trabalho, se é indispensável o ajuizamento de ação de revisão para tanto.

Quanto à alteração do estado de fato, não se acredita serem relevantes muitos comentários, por três motivos. O primeiro, em vista da matéria tributária usualmente se associar à matéria de Direito, faz com que a verificação de alterações cinja-se mais frequente em relação às questões jurídicas. O segundo motivo se dá porque, assim como nas demais áreas, a alteração de estado de fato se desnuda mais patente. Ou seja, eventual modificação das situações fáticas que porventura tenha ensejado a prolação de uma decisão em relação à seara tributária se mostra palpável. Por exemplo, em caso de uma isenção de um tributo previsto em lei para as pessoas portadoras de determinadas doenças, a manutenção dessa isenção perdurará enquanto o contribuinte estiver acometido por aquela doença. O terceiro motivo, por vezes, a questão fática vinculada a um tributo está prevista em lei, conforme o exemplo já citado. A definição do tipo de doença dará direito à isenção que está no texto da lei.

Já no que toca às alterações de Direito, vale destacar que há na doutrina entendimento acerca das alterações na legislação e o condão dessas alterações ensejarem a revisão da coisa julgada. Do mesmo modo, há também discussão sobre eventual modificação na jurisprudência e a consequência dessa modificação sobre as relações tributárias de trato sucessivo.

Quanto às alterações legislativas referentes a um tributo, deve-se realçar que não se pode reputar qualquer alteração na lei apta à revisão da coisa julgada.

Compreendemos, que com efeito, somente a modificação em um dos aspectos existentes na hipótese de incidência do tributo ensejaria a revisão de uma decisão passada em julgado, proferida com base na égide da lei anterior alterada.

O que se deve perquirir para a possível revisão de uma decisão transitada em julgado é se os critérios legais que ensejaram a declaração de inconstitucionalidade, ilegalidade ou inadequação do tributo foram revistos pela lei posterior, que alterou a lei objeto de apreciação da lide com decisão passada em julgado. E, via de regra, objeto da causa de pedir das ações ajuizadas pelos contribuintes.

Dessa forma, se não houver alteração nos elementos substanciais da lei, tais como fato gerador, critério temporal e espacial, não há como se entender que a lei posterior efetivamente trouxe qualquer inovação no ordenamento jurídico.

Esse tipo de situação já foi objeto de análise pelo Judiciário, no caso da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). Em breves linhas, haja vista que esse caso será objeto de detalhamento quando da análise do Parecer PFGN nº 492/2011, vale rememorar que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a exigência dessa exação prevista na Lei

7.689/88 (BRASIL, 1988d) em face da violação ao princípio da anterioridade.

Posteriormente sobrevieram leis sobre o mesmo tributo que, contudo, não tiveram o condão de modificar a força-motriz da CSLL, razão pela qual não têm o condão de afastar a coisa julgada proferida em favor de contribuintes com base na legislação anterior, Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d), conforme decidiu reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - CSLL - LEI 7.689/88 - COISA JULGADA - EFEITOS - SUPERVENIÊNCIA DE NOVA LEGISLAÇÃO - ALTERAÇÕES PERIFÉRICAS - SÚMULA 239/STF - NÃO-INCIDÊNCIA.
> 1. A coisa julgada é a eficácia que torna imutável uma relação jurídica declarada pelo Poder Judiciário.
> 2. Foge ao alcance da coisa julgada a modificação nas circunstâncias de fato ou de direito ocorridas na relação jurídica acertada.
> 3. A mudança de alíquota ou de base de cálculo da CSLL não é suficiente para a mitigação da eficácia da coisa julgada que exonerou o contribuinte da referida isenção, sob o fundamento de sua inconstitucionalidade.
> 4. Recurso especial provido. (BRASIL, 2008c).

Veja-se o seguinte trecho da relatora, a Ministra Eliana Calmon, desse acórdão:

> A tese recursal pode ser enunciada nos seguintes termos: É válida a mitigação da coisa julgada por nova roupagem normativa conferida a determinado tributo? A LC 70/91 inovou a ordem jurídica com relação à CSLL?
> [...]
> Portanto, até o presente momento não houve alteração fundamental na regra-matriz tributária da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido capaz de excluir a força da coisa julgada que obteve o contribuinte. Não é qualquer mudança de alíquota e ou na base de cálculo do tributo que atenua a força da res judicata , mas aquela que modifica o perfil constitucional do tributo, agregando-lhe ou retirando-lhe novos signos econômicos, incluindo-se ou excluindo-se contribuintes ou responsáveis, ou ainda mudança no quadro fático da empresa que autorize a tributação. (BRASIL, 2008c)

Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça também decisões em sentido contrário:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO - CSSL. LEI 7.689/88. LC 70/91. AUSÊNCIA DE COISA JULGADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.
> 1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento, em que se discute a existência de coisa julgada material desobrigando a recorrente de recolher a CSSL de acordo com a Lei 7.689/88, com os fundamentos de que não houve violação do art. 535 do CPC e de que o aresto objurgado está de acordo com o entendimento desta Corte, incidindo a Súmula 83/STJ.
> Alega a agravante, em síntese, que a decisão em seu favor, que transitou em julgado e lhe desobrigou do recolhimento da CSLL, não se limitava a um só exercício, sendo contrária à própria instituição da exação.
> 2. A pretensão da agravante não tem amparo jurisprudencial tendo em vista que "o reconhecimento da inconstitucionalidade da exação prevista na Lei nº 7.689/88 não alcança os débitos decorrentes da aplicação da posterior Lei Complementar nº 70/91, que não foi objeto da decisão transitada em julgado" (AGA 22.664/GO, Rel. Min.

> Aldir Passarinho Júnior, DJU de 21.06.99.) 3. Incide, in casu, a Súmula 83/STJ.
> 4. Agravo regimental não-provido. (BRASIL, 2005b)

### *2.3.3 Coisa julgada em relação de trato sucessivo e alterações de estado de fato e de Direito por meio de jurisprudência*

Acentuados os parâmetros que devem ser checados, com vistas à alteração legislativa como meio de revisão da coisa julgada em relações jurídicas tributárias sucessivas, cabe imiscuir-se na investigação se a alteração jurisprudencial, mormente, quando há precedente do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade de determinado tributo, afeta a coisa julgada em sentido contrário, em matéria jurídico-tributária de trato sucessivo.

A doutrina diverge bastante sobre essa possibilidade.

Valverde (2004) em sua tese de doutoramento que escreveu sobre a coisa julgada em matéria tributária assevera ser inviável entender como alteração do Estado de Direito, a modificação de entendimento jurisprudencial. Isso ocorre, mesmo em se tratando de pronunciamento posterior exarado pelo Supremo Tribunal Federal em momento posterior à decisão passada em julgado.

Segundo Valverde (2004), esse tipo de alteração jurisprudencial não é capaz de ensejar a revisão da coisa julgada, visto que há que se prevalecer a coisa julgada como garantia prevista na Constituição em detrimento da suposta supremacia a ser observada, no que toca ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Isso, em face da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade incidental por qualquer órgão do Judiciário no controle difuso de constitucionalidade, razão pela qual não há porque se hierarquizar posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a (in)constitucionalidade de determinado tributo:

> Primeiramente, é preciso não se perder de vista que a circunstância de o Supremo Tribunal Federal ser a Corte competente para apreciar temas constitucionais não retira a competência dos demais órgãos judiciários para formular esse mesmo tipo de juízo. Essa é a sistemática do controle difuso de constitucionalidade, que foi amplamente admitido pela Constituição Federal. Portanto, é perfeitamente lícito o julgamento de matéria constitucional pelas outras instâncias do sistema, sendo, conseqüência, plenamente possível que decisões dessa natureza venham a transitar em julgado.
> Por outro lado, ao contrário do que sustenta Souto Maior Borges, a eficácia da norma que confere ao STF a competência de guardião da CF também é limitada, a exemplo do que ocorre com a norma da coisa julgada. Incumbe igualmente ao Código de Processo Civil e à Lei nº 9.868/96, por exemplo, estruturar a forma de exercício, os requisitos e a própria amplitude da competência do Supremo Tribunal Federal, seja para apreciar recursos extraordinários, seja para julgar ações diretas de inconstitucionalidade. Portanto, também aqui, parafraseando o eminente professor, é como se o texto constitucional dissesse que (i) a lei processual versará sobre a

> competência extraordinária do STF (âmbito constitucionalmente indeterminado) e (ii) o Supremo Tribunal Federal apreciará questões em que a norma é questionada em face da Constituição (âmbito constitucionalmente determinado)
> [...]
> Por outro lado, também ao contrário do que sustenta Souto Maior Borges, nas hipóteses de trânsito em julgado não há prevalecimento de norma inferior em detrimento de norma superior (constitucional), já que, na realidade, o prevalecimento é da norma constitucional da coisa julgada. Como visto acima, a coisa julgada é uma norma de natureza constitucional que prescreve a imutabilidade permanente da decisão passada em julgado. Portanto, não é a sentença proferida pelo juiz da comarca, a, b ou c, nem o acórdão prolatado pelo tribunal x, y ou z que prevalecerão sobre qualquer norma da Constituição, mas é norma constitucional da coisa julgada que incidirá sobre a situação fática constituída pelo trânsito em julgado dessas sentenças ou acórdãos, afastando, simultaneamente, a incidência de outras normas constitucionais que, na ausência, poderiam incidir sobre esse mesmo acervo fático. Portanto, em caso que tais a chamada "cláusula-síntese" de guarda da Constituição estará sendo feito perfeitamente respeitada, cabendo ao Supremo Tribunal Federal proteger a plenitude dos efeitos temporais da norma constitucional da coisa julgada. E aqui se inverte a questão, pois, o STF protegerá na regra da coisa julgada como regra constitucional, expressão que é do princípio da segurança jurídica. A circunstância dessa norma incidir sobre uma sentença ou acórdão que traz entendimento diverso daquele exarado em caso idêntico pelo Supremo Tribunal Federal situa-se em outro plano de análise, nada tendo a ver com a proteção constitucional da coisa julgada. (VALVERDE, 2004, p. 174-177)

Além desses apontamentos, Valverde (2004) afirma que acaso uma decisão posterior do Supremo Tribunal Federal tiver o condão de se sobrepor à coisa julgada proferida *inter partes*, essa primeira decisão seria considerada provisória, visto que seria válida até palavra em contrário daquela Corte:

> Ademais, a prosseguir-se na reflexão de Souto Borges, chegar-se-ia na situação em que todos os demais órgãos judiciários brasileiros, mais do que vinculados ao entendimento do STF, teriam que conviver com a provisoriedade de suas decisões até que a Corte Suprema pudesse dar a última palavra. Isso, é claro, caso a questão realmente viesse a ser levada à sua apreciação. Tal pensamento representa, na prática, o tolhimento da competência desses órgãos para apreciar matéria constitucional, com o conseqüente aniqualamento do controle difuso de constitucionalidade, o que, evidentemente vai de encontro com a forma com as competências dos juízes e tribunais foram estruturadas na Constituição. Criar-se-ia um cenário totalmente provisório, incerto e inseguro, que poderia durar anos a fio, durante os quais uma série de decisões seriam proferidas, vigeriam durante determinado tempo, fazendo incidir uma infinidade de direitos e obrigações, para depois serem sumariamente retiradas do mundo jurídico. Não é preciso refletir muito para perceber os sérios problemas funcionais que esse tratamento da matéria criaria para o direito, notadamente para o princípio da segurança jurídica. (VALVERDE, 2004, p.175)

Em entendimento diametralmente oposto, Pontes (2005, p.196-197) assevera que a coisa julgada individual pode ser afastada em caso de decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, em vista da necessidade de se preservar o princípio da Supremacia da Constituição que determina obediência ao entendimento daquela Corte,

responsável pela palavra final sobre a constitucionalidade das leis.

Por essa razão, não há colisão da segurança jurídica com esse princípio, posto que, segundo Pontes (2005), a segurança jurídica pressupõe obediência à Constituição:

> A segurança jurídica protegida ela coisa julgada individual, não é afetada pela aplicação da decisão do Supremo Tribunal em sentido contrário quando é iluminada pelo princípio da supremacia da Constituição, o qual, em última instância, impõe a idêntica obediência às dicções constitucionais por todos os seus destinatários. Em outras palavras, segurança jurídica é fundamentalmente obediência ao que determina a Constituição. Coisa julgada individual em conflito com a Constituição não pode manter-se eficaz. (PONTES, 2005, p.197)

Neste sentido, também é o entendimento do Ministro José Delgado externado no voto em acórdão de sua relatoria, nos autos do Recurso Especial 233.662/GO (BRASIL, 2000b), em que afirma:

> Os efeitos formados por esse círculo principiológico não permitem colocar a decisão trânsite em julgado, sem que tenha sido pronunciada pelo Colendo Superior Tribunal Federal como hierarquicamente superior à Carta Magna.
> O prevalecimento desse comportamento, isto é, de reconhecer-se a declaração de inconstitucionalidade de lei proferida Tribunais que não o Supremo Tribunal Federal, com trânsito em julgado, como produtora de efeitos permanentes de execução, e, consenquetemente, efetividade e eficácia, produziria o fenômeno de se compreender a possibilidade desse fenômeno (a coisa julgada) ficar acima das regras constitucionais, outorgando-se, também, aos juízes de instância inferior competência que não lhes foi dada pela Constituição Federal. (BRASIL, 2000b)

Por outro lado, Greco (2006, p.299) também é contra a possibilidade de posterior entendimento do Supremo Tribunal Federal se justapor sobre decisão passada em julgado proferida *inter partes* e igualmente para relações tributárias continuativas, exceto nos casos de rescisória.

Moreira (2005) igualmente defende a supremacia da coisa julgada, até mesmo em caso de decisão posterior proferida pelo Supremo Tribunal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com entendimento contrário àquele consubstanciado na decisão passada em julgado, ao asseverar que: "não nos inclinamos a sugerir que se elimine a imunidade da *res iudicata* à posterior declaração de inconstitucionalidade, mesmo no julgamento por ação direta." (MOREIRA, 2005, p. 91, grifo do autor).

Troianelli (2005) do mesmo modo não vislumbra a possibilidade de revisão da coisa julgada por força de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal em controle difuso em outra lide que declara constitucional um tributo em sentido oposto àquele decidido na decisão que um contribuinte em ação própria. Isso, haja vista a presunção de constitucionalidade das

leis, fato que não permitiria a adequação dessa decisão do Supremo Tribunal no rol das hipóteses classificáveis como alteração do Estado de Direito:

> Entendemos, com a devida vênia, não haver qualquer alteração no estado de direito ou de fato quando o Supremo Tribunal Federal declara a constitucionalidade de norma tributária, especialmente em se de controle incidental de constitucionalidade.
> Tal se deve ao fato de que as leis se presumem constitucionais, e a decisão do Supremo Tribunal Federal que declara a constitucionalidade de uma lei, em sede de controle difuso, nada acrescenta quanto ao direito quanto aos fatos. (TROIANELLI, 2005, p. 142-143)

Para Troianelli (2005), somente no caso de decisão proferida em sede de controle concentrado ou em sede de difuso, mas com posterior Resolução do Senado Federal, poder-se-ia falar em alteração de estado de Direito:

> Tivesse a decisão que declara a constitucionalidade da norma sido proferida em sede de Ação declaratória de constitucionalidade, e, talvez- como se pretende no parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868, de 10.11.1999 – em sede de ação direta de inconstitucionalidade, o efeito vinculante dessa decisão representaria, sem dúvida, uma modificação no estado de direito, que vincularia os atos da Administração e do Poder Judiciário praticados após tal decisão.
> Tendo sido a decisão, todavia, proferida em sede de recurso extraordinário, foi unicamente um precedente a ser seguido pelo Poder Judiciário, e só promoveu alterações entre as partes envolvidas na demanda.
> Já a decisão – proferida em sede de controle concentrado ou em controle difuso, desde que, nesta hipótese, seguida de Resolução do Senado Federal – que, diversamente, declara a inconstitucionalidade da norma tributária, gerará a alteração do estado de direito, uma vez que nela se declara, com eficácia erga omnes efeitos ex tunc, que a norma que se presumia constitucional era, na verdade, desde a sua origem, inconstitucional. (TROIANELLI, 2005, p. 143)

Machado (2006) tem o mesmo raciocínio:

> Quando a mudança de orientação jurisprudencial ocorre em matéria constitucional é importante a distinção entre os casos nos quais o Supremo Tribunal Federal atua no controle difuso e os casos nos quais atua no controle concentrado. É que as decisões proferidas no controle difuso, quando afirmem a inconstitucionalidade da lei, não produzem efeitos gerais. Esses efeitos somente serão produzidos pela manifestação do Senado Federal que em virtude da decisão do Supremo venha suspender a vigência da lei.
> Quando a decisão final do Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de lei, antes declarada constitucional pela decisão que se fez coisa julgada, aí sim, os efeitos gerais dessa decisão dependem da manifestação do Senado Federal. (MACHADO, 2006, p. 161)

Este também é o mesmo posicionamento externado por Zavascki (2014) em obra intitulada "Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional":

> A revogação da norma, já se disse, constitui alteração no estado de direito, com

> reflexos imediatos na relação jurídica apreciada pela sentença. Esta, daí em diante, já não terá força de lei entre as partes, visto que tal força estava sujeita à cláusula rebus sic stantibus. Assim, revogada a lei em que se baseou a sentença para declarar tributável certa atividade do contribuinte, deixará de existir, em relação ao futuro, a obrigação tributária objeto do reconhecimento judicial. No que se refere aos casos de suspensão da execução da lei pelo Senado, as consequências, para o futuro, são semelhantes às da revogação: suspensão, por inconstitucionalidade declarada pelo Supremo, a execução da lei que criou o tributo, já não mais assistirá ao Fisco o direito de exigir o pagamento, mesmo em relação ao contribuinte contra o qual haja sentença anterior reconhecendo a constitucionalidade da exação.
> [...]
> A alteração que se produz é no estado do direito, que ganha um elemento novo: a força vinculante da declaração da inconstitucionalidade do preceito normativo, tomada pelo Supremo e universalizada pelo Senado. (ZAVASCKI, 2014, p. 111).

Em relação ao controle concentrado, não merecem maiores comentários a posição do atual Ministro da Suprema Corte. Porquanto, é característica desse tipo de sistema a revogação da lei declarada inconstitucional pelo órgão judicial. Ou ainda, a ratificação da constitucionalidade de uma lei por meio da procedência de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade (ZAVASCKI, 2014, p. 115).

Vale destacar o fato de que, ao contrário do que parte da doutrina defende, para Zavascki (2014) a declaração de constitucionalidade de uma lei, do mesmo modo que a declaração de inconstitucionalidade, também se enquadra como uma inovação no sistema jurídico. Portanto, essa hipótese está, para esse autor, incluída na regra de alteração de Estado de Direito prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973):

> Considerada a natureza dúplice dessas ações (arts. 23 e 24 da Lei 9.868/99), qualquer delas pode produzir (a) declaração de inconstitucionalidade da norma jurídica (sentença de procedência da ação direta de inconstitucionalidade ou sentença de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade), ou (b) a afirmação de sua constitucionalidade (sentença de procedência da ação declaratória ou de improcedência da ação direta). Em qualquer caso, e, justamente em virtude da inovação que opera no status jurídico, a decisão repercutirá nas relações jurídicas continuativas, apreciadas por sentença que examinou casos concretos. (ZAVASCKI, 2014, p.115)

Esse autor ainda apreciou a possibilidade de alteração de estado de Direto por meio da decisão proferida em Recurso Extraordinário com repercussão geral, requisito para conhecimento desse tipo de recurso inserido no Código de Processo Civil vigente pela Lei nº 11.418/06 (BRASIL, 2006a) por meio do artigo 543-B que assim predica:

> Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Lei nº 11.418/2006).
> § 1o Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos

> da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.
> § 2o Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.
> § 3o Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.
> § 4o Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.
> § 5o O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (BRASIL, 2015a)

Segundo Zavascki (2014), com a adoção da repercussão geral pelo ordenamento processual civil brasileiro, da mesma forma que ocorre com as decisões proferidas em sede de controle concentrado e difuso, nesse segundo caso com a posterior edição de Resolução do Senado e com base no artigo 52, X da Constituição, a decisão proferida sob esse regime tem a virtude de se tornar alteração de Estado de Direito. Isto porque, os precedentes formulados sobre esse regime têm caráter objetivo, eficácia expansiva e devem ser observados em casos posteriores àquele em houve a prolação da decisão.

Zavascki (2014) afirma ainda que, com a implantação desse regime, torna-se até desnecessária a edição de Resolução pelo Senado para suspender a vigência de lei declarada inconstitucional, mesmo no controle difuso:

> Sob essa perspectiva, merecem exame especial duas modificações na Constituição introduzidas pela EC 45/2004: a que acrescentou como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário a demonstração da "repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei" (art. 102, § 3º, da CF/1988) e que a autorizou o STF a editar súmulas vinculantes (art. 103-A da CF/88). Tais mudanças contribuíram de modo especialmente significativo para dotar as decisões do STF de eficácia geral e vinculante, com todas as conseqüências daí decorrentes, notadamente (a) a de dispensar a comunicação ao Senado, para os fins do art. 52, X, da CF/1988, e (b) a de constituir, o pronunciamento do STF assim emitido, uma relevante do estado de direito, com efeitos semelhantes aos que decorrer da resolução do Senado antes referidos.
> Com efeito, na medida em que o legislador amplia a eficácia ultra partes dos precedentes do STF, substituindo o caráter subjetivo e individual de suas decisões por precedentes de caráter objetivo e de eficácia expansiva, opera-se uma correspondente redução do significado prático da comunicação ao senado, prevista no art. 52, X , da Constituição, uma vez que os efeitos que poderiam ser agregados com a intervenção parlamentar já são produzidos automaticamente pela própria decisão judicial. (ZAVASCKI, 2014, p.119-120)

Sobre as opiniões doutrinárias acima colacionadas, há concordância em parte com o ponto de vista externado por Zavascki (2014) e aos que se assemelham.

Em primeiro lugar, entende-se que a prolação de decisão pelo Supremo Tribunal

Federal em controle concentrando e em controle difuso com posterior edição de Resolução do Senado para suspender a vigência da norma declarada inconstitucional deve ser enquadrada como hipótese de alteração do estado de Direito, a despeito daqueles insignes doutrinadores que pensam em contrário.

Na verdade, defendemos que, aos que entendem não ser possível a decisão posterior proferida pelo Supremo Tribunal declarando a (in)constitucionalidade de uma norma tributária se sobrepor à coisa julgada relativa às relações tributárias continuativas, dão um enfoque equivocado aos efeitos dessa decisão.

Explica-se, quando há prolação de decisão em sentido oposto àquele resguardado pela coisa julgada em processo singular de determinado contribuinte que se refere à relação tributária continuativa, não se deve concluir que a retomada da cobrança desse tributo macula a coisa julgada. Isso porque, justamente, por se tratar de uma relação de trato sucessivo, a coisa julgada prevalecerá enquanto perdurar o seu conteúdo, no que toca à inconstitucionalidade de determinado tributo inserido em uma relação jurídica continuativa.

Dessa forma, acreditamos que, não há que se aventar a possibilidade de violação da coisa julgada nesse caso.

De fato, se assim fosse possível, a perenização da coisa julgada ensejaria a um contribuinte o não pagamento *ad eternum* de um determinado tributo, mesmo quando houvesse decisão posterior do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou controle difuso com posterior edição de Resolução do Senado para suspender a vigência da norma declarada inconstitucional.

Com efeito, não há na situação alhures delineada, qualquer violação à coisa julgada. Mesmo em caso de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado sem modulação de efeitos, não se mostra viável a cobrança retroativa dos valores os quais o contribuinte deixou de recolher a título do tributo declarado inconstitucional por aquela decisão, ainda que fosse, por óbvio, respeitado o prazo prescricional previsto na legislação tributária.

Isso acontece por dois motivos. Primeiro, há que se prevalecer a inexigibilidade do tributo, até o advento dessa decisão posterior do Supremo Tribunal Federal por força dos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e boa-fé esculpidos na Constituição. Como bem destacado por Valverde (2004), caso uma decisão passada em julgado tivesse a sua validade condicionada à futura e eventual convalidação dos seus fundamentos pelo Supremo Tribunal, ou vice-versa, estar-se-ia diante de uma decisão provisória, mesmo com o trânsito em julgado dessa decisão, o que, a nosso ver, não se mostra factível com o instituto da

coisa julgada.

O segundo motivo é o fato de uma decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado sem modulação de efeitos tornar a lei objeto dessa decisão sem qualquer eficácia. Desde o seu surgimento não tem a capacidade de tornar nula ou inócua uma decisão transitada em julgado proferida em sede de controle difuso favorável a determinado contribuinte.

Consoante salientado por Zavascki (2008) há uma diferença entre os efeitos dessa declaração de constitucionalidade sobre a lei objeto dessa declaração e a coisa julgada, baseada na premissa de inconstitucionalidade dessa lei. Tal diferença resulta na impossibilidade da declaração de constitucionalidade de um tributo ainda que em controle concentrado e efeitos *ex tunc* retroaja e revogue, por si só, a coisa julgada e seus efeitos até o surgimento dessa decisão:

> Não se pode confundir, já assinalamos, (a) a nulidade ou a validade da norma com (b) o efeito vinculante da declaração judicial de sua validade ou nulidade. São fenômenos jurídicos distintos, especialmente no que se refere à sua eficácia temporal, ponto que aqui mais interessa. Costuma-se afirmar que a declaração de inconstitucionalidade tem eficácia *ex tunc*. A afirmação é correta, se se considera que o vício declarado importa a nulidade da norma desde a sua origem. O mesmo se pode dizer em relação à declaração de constitucionalidade: sua eficácia é *ex tunc*, na medida em que se reconhece a validade da norma desde a sua edição. Todavia, quando se trata de *efeito vinculante* das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da norma. É que tal efeito não decorre da norma apreciada, mas da sentença que a aprecia. Sua eficácia é também *ex tunc*, mas seu termo inicial se desencadeia com a sentença que declarou a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, e não com o início da vigência da norma examinada. Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data de publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (BRASIL, 1999b).
>
> Assim, entendido o termo *a quo* do efeito vinculante, explica-se por que as decisões tomadas em ações de controle concentrado não produzem a automática desconstituição das relações jurídicas anteriores a elas contrárias. Para que se desfaçam tais relações, notadamente quando afirmadas por sentença judicial, não basta que sejam incompatíveis com a Constituição. É indispensável que essa incompatibilidade tenha sido ou venha a ser reconhecida por ato estatal específico, com força vinculativa, ato esse que, nas situações examinadas, não existia à época em que as referidas relações jurídicas foram constituídas. O ajustamento das situações anteriores, portanto, quando a ele não se procedeu extrajudicialmente, terá de ser efetuado em processo próprio (ação desconstitutiva, anulatória ou, havendo sentença, rescisória).
>
> No que se refere, todavia, às sentenças anteriores que tenham apreciado relações jurídicas duradouras ou sucessivas no tempo, a superveniência de decisão contrária, em ação de controle concentrado, produz, em relação ao futuro, conseqüências significativas, semelhantes às acima referidas, decorrentes da suspensão da execução da norma pelo Senado Federal. É que, a partir da publicação da decisão do Supremo, cuja eficácia *erga omnes* lhe outorga incontestável valor normativo, se opera uma relevante modificação, embora não seja apta a desconstituir automaticamente os efeitos passados e já consumados da sentença que julgou o caso concreto, terá, certamente, influência em relação aos seus efeitos futuros. Relativamente a estes prevalecerá, em substituição ao comando da sentença anterior, o efeito vinculante da

> decisão proferida na ação de controle concentrado.
> [...]
> Assim, portanto, a partir da data em que é publicado o acórdão do Supremo na ação de controle concentrado – esta é a data em que se estabelece o referido conflito – o seu comando vinculante sobrepuja e substitui, para todos os efeitos, qualquer outra determinação judicial anterior em sentido contrário. (ZAVASCKI, 2008, p.20-22)

Dessa maneira, para fins de averiguação acerca de possível inobservância da coisa julgada, antes de tudo, há que se checar qual tipo de relação está abrangida pela decisão passada em julgado.

Caso se tratar de relação jurídico-tributária continuativa, a retomada da exigência de determinado tributo por força de decisão proferida em sede de controle concentrado ou de controle difuso com posterior Resolução do Senado que suspenda os efeitos da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, entende-se que não há qualquer violação à coisa julgada. Porquanto, constata-se ocorrer uma alteração do Estado de Direito capaz de ensejar a cobrança desse tributo, desde o advento dessa decisão em diante.

Essa constatação também se aplica em relação às decisões proferidas em Recursos Extraordinários com repercussão geral. Isso, apesar de acertadamente autores como Theodoro Júnior (2012, p. 6) afirmarem que as decisões proferidas na situação acima delineada não têm efeitos *erga omnes*, visto que, como se restringem a nortear os Tribunais em outras lides que versam sobre o mesmo assunto apreciado.

De fato, não obstante discordar-se da amplitude ao instituto da Repercussão Geral dado por Zavascki (2014) no sentido de até mesmo dispensar a edição de Resolução do Senado para a cessação dos efeitos do ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal, inferimos que não se pode desprezar o caráter expansivo das decisões proferidas em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral.

É que o Supremo Tribunal Federal, sabedor dos reflexos que uma decisão proferida com base nesse regime, em face da aplicação desse precedente em lide com mesmo objeto pelos Tribunais inferiores, certamente objetivará apreciar de forma definitiva e exaustiva, a questão *sub judice*. Repise-se, considerando-se as consequências da observância de uma decisão nesse cenário pelos Tribunais inferiores.

Com efeito, atentando-se para os princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e da economia processual, mostra-se razoável que o Supremo Tribunal Federal antes de decidir uma questão em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral verifique todos os argumentos jurídicos possíveis, com vistas a estabelecer uma decisão standard para os casos semelhantes, conforme predica a legislação processual em vigor.

Tamanha é a relevância de julgamentos de Recursos Extraordinários por meio de Repercussão Geral, que é admitida a presença do *amicus curiae*, fato que indiscutivelmente, demonstra o caráter reflexivo dessa decisão para o sistema jurídico. Portanto, essa decisão importa também em alteração do estado de Direito.

Verifica-se que a relação tributária de trato sucessivo é uma situação distinta daquela em o tributo tem fato gerador único e instantâneo, como no caso do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI). Situação distinta também é aquela que se objetiva a desconstituição ou anulação de um determinado julgado, seja pelo Fisco ou pelo contribuinte, com o intuito de exigir o recolhimento desse tributo de forma retroativa ou de, no caso do contribuinte, se pleitear a repetição desse indébito, em ambos os casos, ressalvo o prazo prescricional para tanto.

Nesse contexto, a via adequada, conforme destacado no magistério de Zavascki (2014), seria o ajuizamento de ação anulatória, rescisória ou desconstitutiva, se assim se entender possível, dependendo das circunstâncias fáticas, temporais e processuais de cada caso.

O Superior Tribunal de Justiça já se debruçou em relação a um mesmo tributo, a análise tanto no caso de não aplicação da coisa julgada, em face da alteração do Estado de Direito para fatos geradores posteriores a essa alteração, quanto para a manutenção da coisa julgada para fatos geradores posteriores a alteração.

Em uma ocasião, o contribuinte possuía decisão transitada em julgado que declarou constitucional a exigência do PIS, com base nos Decretos-leis nº 2.445/88 (BRASIL, 1988b) e 2.449/88 (BRASIL, 1988c). A decisão proferida no Recurso Especial 1.103.584/DF (BRASIL, 2010a) foi no sentido de ser aquele contribuinte obrigado a recolher essa exação em vista de sua decisão passada em julgado até o advento da Resolução do Senado nº46/95 (BRASIL, 1995a) editada em vista do Supremo Tribunal Federal ter declarado inconstitucional essa exação.

Sobre esse mesmo tributo, a União pretendeu manter a cobrança do PIS, com base no Decreto-Lei nº 2.445/88 (BRASIL, 1988b) e Decreto-Lei nº 2.449/88 (BRASIL, 1988c), em vista de uma decisão transitada em julgado que declarava a constitucionalidade dessa exação, mesmo após o advento da Resolução nº 46/95 (BRASIL, 1995a). Isso, com base no argumento de que, somente por meio de ação rescisória, essa decisão não surtiria mais efeito. O Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial 671.182/RJ (BRASIL, 2005c) entendeu pela impossibilidade de exigência desse tributo, justamente em razão do seu caráter continuativo e da alteração do estado de Direito, qual seja a Resolução nº

46/95.

Destarte, corrobora-se em grande parte a linha doutrinária defendida por Zavascki (2014), Machado (2006) e Troianelli (2005) dentre outros.

Assim, a nosso ver, a alteração de estado de Direito que enseja a não observância de coisa julgada pode se dar por meio de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Ainda se vislumbra essa alteração no caso de decisão do Supremo Tribunal Federal com posterior edição de Resolução do Senado, ou ainda proferida em Recurso Extraordinário com repercussão geral, conforme se demonstrará nos próximos capítulos.

Todavia, compreendemos que esse afastamento da coisa julgada deve ser precedido de uma ação revisional. No Direito Tributário, essa afirmação tem outras razões para se justificar, além daquelas abaixo mencionadas, conforme se verá adiante.

Defendemos que nas relações jurídicas com esteio na doutrina e jurisprudência, a alteração de Direito que pode ensejar a alteração mencionada no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) deve ser relacionada a uma modificação da legislação apreciada pela decisão transitada em julgada. E que, em caso de procedência de uma ação ajuizada pelo contribuinte, foi declarada ilegal, inconstitucional ou inadequada, para lastrear a exigência do tributo desse contribuinte.

Em outros termos, em se tratando de relação jurídica, sendo uma lei ou ato normativo declarado inconstitucional, ilegal ou inadequado para ensejar a exigência de um tributo e/ou obrigação acessória de um contribuinte, independentemente dessa relação jurídica puder ser classificada como continuativa, enquanto viger aquela lei ou regime de tributação, não é viável o afastamento ou a revisão da coisa julgada, a nosso ver. Isso, por evidência, vale para a concessão de imunidades, isenções e regimes fiscais, conforme destacado na ementa do precedente acima transcrito (Recurso Especial 875.635/MG (BRASIL, 2008b)).

Nesse sentido, as lições de Pontes (2005) declaram que:

> A imutabilidade da norma jurídica consubstanciada na sentença judicial refere-se à situação (fática e jurídica) diante da qual a mesma foi proferida. Se tal situação sofrer alterações, cessa a eficácia da coisa julgada. Esta é, a rigor, uma característica geral de todas as sentenças de mérito e não apenas daquelas proferidas nas chamadas relações jurídicas continuativas.
> Neste sentido, a decisão judicial de natureza declaratória definidora do regime jurídico que deve regular a relação jurídica tributária tem eficácia similar a uma *lex speciallis* (Micheli), ou seja, consubstanciará a norma jurídica individual concreta que regulará os fatos jurídicos sobre a qual o pronunciamento judicial se baseou na resolução da lide. Se o autor não limitar temporariamente o alcance do pedido, a coisa julgada atingirá todos os fatos jurídico-tributários de idêntica natureza, embora ocorridos posteriormente ao trânsito em julgado da decisão declaratória.

> A norma jurídica individual e concreta transitada em julgado definirá um "esquema de agir" entre Estado e contribuinte na feliz expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Segundo, esse autor, quando se requer que o *decisum* de uma sentença, para valer para processos futuros, envolva as mesmas partes, a mesma *causa petendi* e o mesmo objeto, obviamente que a pressuposta identidade não pode se referir ao ato concreto, único e irreptível, mas aos esquemas de agir ou atividade.
> Vale observar que a idéia do "esquema de agir" aplica-se perfeitamente às hipóteses de lides tributárias de cunho declaratório em que o pronunciamento judicial opera-se fundamentalmente sobre a validade das normas jurídicas que devem reger a relação jurídica tributária, de modo que transitada em julgado decisão definindo judicialmente o regime jurídico a ser aplicado a determinados fatos geradores, a autoridade da coisa julgada projeta-se no futuro fixando um "esquema de agir" entre Administração Tributária e contribuinte.
> Portanto, a decisão judicial transitada em julgado pela qual define-se o regime jurídico da relação tributária, mediante o afastamento de normas tributárias por razões de inconstitucionalidade, consubstancia comando revelador de um esquema de agir, com efeitos pro futuro desde que mantidas as mesmas características fáticas e jurídicas subjacentes a sua (decisão) pronúncia. (PONTES, 2005, 190-191)

Com efeito, conforme explanado anteriormente, entendemos que, em se tratando de matéria de Direito, a vinculação da coisa julgada também aos argumentos aventados na causa de pedir, se mostra indispensável para a efetiva concretização da segurança jurídica, fim almejado e resguardado por aquele instituto.

Desse modo, suponha-se que uma decisão passada em julgado declarou inconstitucional a exigência de determinado tributo, com base no argumento *a* e posteriormente uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal entende em sede de Recurso Extraordinário pela constitucionalidade desse tributo, com base no argumento *b*. Sendo certo que o argumento *a* sequer foi examinado, em função de o contribuinte não ter alegado esse argumento em suas razões ou contrarrazões de Recurso Extraordinário, ou até mesmo, por desídia da Suprema Corte.

Nesse contexto, a questão que deve ser respondida é se a decisão posterior do Supremo Tribunal Federal pode afastar a coisa julgada para fatos geradores futuros e posteriores à sua publicação.

Nosso entendimento é de que não. Isso, considerando que, via de regra, de acordo com o novo, com a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, por meio do qual, deve-se checar se os motivos determinantes da decisão e os dispositivos apreciados são idênticos, a se ver da redação do artigo 979:

> Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.
> § 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

> § 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.
> § 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário. (BRASIL, 2015a)

Esse artigo vem a calhar, haja vista a profusão de decisões de Tribunais de Segunda Instância aplicando precedentes sob o regime de repercussão geral ou de recursos repetitivos, sem fazer o devido cotejo entre o acórdão paradigma pelos Tribunais Superiores e o processo sobrestado nesses Tribunais, cuja matéria fática e de Direito pode ser distinta ou pior, abordar questões outras que por si só se apreciadas, podem ensejar o julgamento de forma contrária àquele dos Tribunais Superiores em razão do acatamento na decisão desse processo de argumentos, que sequer foram apreciados nos precedentes.

Se assim, será possível para os processos em curso, o que se dirá em relação às decisões já resguardadas pela coisa julgada?

Veja-se o magistério de Pontes (2005) sobre essa questão:

> Embora seja nosso entendimento que a pronúncia de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, deve se aplicar aos contribuintes que tenham em seu favor decisões individuais transitadas em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da mesma norma, é indispensável um aprofundado exame acerca da relação de identidade entre as duas decisões.
> Com efeito, a eficácia de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada individual requer a identidade entre a questão constitucional debatida na lide individual e aquela presente na decisão do Supremo Tribunal Federal.
> O controle concentrado de constitucionalidade no Brasil tem causa de pedir aberta, de modo que o Supremo Tribunal Federal ao decidir não está vinculado aos fundamentos expostos na petição inicial da ação direta, operando-se dessa forma uma presunção júris tantum de apreciação de todos os aspectos relacionados à questão de constitucionalidade da norma jurídica impugnada.
> No entanto, o efeito geral da decisão de constitucionalidade proferida em sede de controle concentrado está limitado aos fundamentos constantes do decisório. Neste sentido, a identidade entre a questão constitucional decidida pelo Supremo Tribunal Federal, e constante dos fundamentos da decisão, e a questão constitucional constante do comando judicial individual transitado em julgado, é indispensável para a eficácia daquela decisão da Corte Suprema sobre a decisão individual.
> Podem ocorrer situações em que o texto normativo impugnado perante o Supremo Tribunal tem a sua validade confirmada por este Tribunal em sede concentrada de constitucionalidade, no entanto, outras questões constitucionais relativas ao mesmo texto normativo permanecem em aberto, a impedir que aquela decisão possa fazer cessar a eficácia da coisa julgada individual na qual se decidiu questão constitucional diversa (embora alusiva ao mesmo texto normativo). (PONTES, 2005, p. 200-201)

Troianelli (2005) ao apreciar a questão acima detalhada, considerando-se, contudo, a lei ao invés de decisão judicial para fins de comparação de modo a se manter ou não a coisa

julgada, assim se manifestou:

> Assim para sabermos se as alterações legislativas atinentes à CSLL foram suficientes para afastar a coisa julgada, é necessário que se examine se a legislação superveniente supriu os vícios de inconstitucionalidade apontados na decisão transitada em julgado.
> Na presente hipótese, as decisões transitadas em julgado consideraram inconstitucional a CSLL com base em um ou mais desses fundamentos: (i) que havia a necessidade de lei complementar para instituir a contribuição; (ii) que o fato gerador e a base de cálculo eram ilegítimos por serem idênticos aos do imposto sobre a renda; (iii) que os recursos da contribuição não poderiam ser desvinculados à receita da seguridade social, não podendo ser ela arrecadada pela Receita Federal.
> Dessa forma, somente poderiam ser legitimamente afastados os efeitos da coisa julgada – supondo-se que a decisão judicial tivesse acolhido os três fundamentos acima – a partir do momento em que a CSLL fosse reinstituída por meio de lei complementar, com base de cálculo que não se assemelhasse à do imposto sobre a renda e arrecada diretamente pelo INSS. (TROIANELLI, 2005, p. 137)

E o fato de institutos tais como a Repercussão Geral previsto no artigo 543-B e o artigo 285-A do Código de Processo Civil vigente fazerem remissão à aplicação de precedentes em casos com controvérsia ou questões idênticas não afasta, a nosso ver, a necessidade de averiguação dos argumentos de uma decisão para a revisão da coisa julgada. As regras desses artigos se aplicam para processos pendentes de julgamento. E, por isso, podemos inferir que não tem serventia para impedir a verificação dos argumentos da decisão por meio da qual se pretende justificar uma alteração do Estado de Direito para o afastamento da coisa julgada.

A explicação para a situação descrita anteriormente é que a decisão proferida em Recurso Extraordinário com repercussão geral altera o estado de Direito, na medida em que é uma decisão que se irradia para os demais processos com questões idênticas. Da mesma forma, o juiz pode decidir em um processo como decidiu em outro cuja controvérsia é a mesma.

Em relação à primeira situação, apesar de se tratar de uma alteração de Estado de Direito, esta só estará apta para cessar os efeitos da coisa julgada, se os fundamentos dessa decisão passada em julgado tiverem sido rechaçados pela decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na decisão com repercussão geral. Isso porque, a aplicação automática desse instituto vale para os processos pendentes de julgamento com controvérsia idêntica, mas não, a nosso ver, para afastar a coisa julgada, conforme restará detalhado no capítulo 5 desse trabalho.

### *2.3.4 Coisa julgada e princípio da isonomia*

Alguns doutrinadores entendem que a manutenção da cobrança de um tributo em relação a um contribuinte que teve decisão passada em julgado declarando sua constitucionalidade de um tributo, após o Supremo Tribunal Federal tiver posteriormente decidido pela inconstitucionalidade desse mesmo tributo, ou vice-versa, feriria o princípio da isonomia, conforme explica Zavascki (2008):

> A essa conclusão se chega, não somente pela consideração da superior autoridade das decisões do Supremo em matéria constitucional, mas também pela natural aptidão que a eles assim se propiciará, de conferir a todos um tratamento igualitário em face da Constituição. Ofenderia o mais elementar senso de justiça invocar a força da coisa julgada do caso concreto para, por exemplo, impor a determinada pessoa uma carga tributária que o Supremo Tribunal Federal declarou inexistente ou nula ou inexigível para todas as demais; ou, por exemplo, para assegurar a um cidadão o privilégio de receber determinado benefício remuneratório ou gozar de favor fiscal, que é negado, com força vinculante, a todos os demais cidadãos nas mesmas condições. Daí sustentar-se que, no conflito entre a sentença do caso concreto e a proferida em ação de controle concentrado, a supremacia da segunda tem, a legitimá-la, não apenas a superior hierarquia da autoridade que a proferiu, mas também a sua aptidão para afirmar o princípio da igualdade de todos os cidadãos em face dos direitos e dos deveres impostos pelo ordenamento jurídico. (ZAVASCKI, 2008, p.21)

Nessa mesma linha é o entendimento de Pontes (2005):

> Outrossim, a necessidade de imposição da decisão de constitucionalidade, proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada individual, é ainda maior na hipótese em que tal decisão individual livra o contribuinte do recolhimento de determinado tributo ou reconheça-lhe o direito a expressiva redução na prestação relativa à obrigação tributária principal, haja vista a suposta inconstitucionalidade da lei que a instituiu.
> Em tal hipótese, a manutenção da eficácia da coisa julgada titularizada por um contribuinte individual e a desigualdade por ela revelada (em face dos demais contribuintes) promoverão indesejados efeitos nos princípios reguladores da ordem econômica, entre os quais a livre-iniciativa econômica e a vedação à concorrência desleal. (PONTES, 2005, p. 197)

Scaff (2006) entende de forma distinta de Zavascki que o princípio da isonomia é hábil até mesmo para justificar a desconstituição da coisa julgada, ainda que transcorrido o prazo da rescisória:

> Os princípios jurídicos não podem ser aplicados na base do "tudo ou nada", devendo sofrer relativizações. Mesmo o princípio da segurança jurídica, que ampara a coisa julgada, um dos mais importantes do nosso sistema jurídico, deve sofrer mitigação em face da violação do princípio da livre concorrência, cuja base se encontra na isonomia.
> Desta forma, havendo decisão do STF em controle concentrado, pela constitucionalidade ou pela inconstitucionalidade de uma norma, esta não pode gerar

> efeitos no sistema jurídico, mesmo que já tenha sido objeto de uma decisão transitada em julgado por outro órgão jurisdicional, e mesmo que o prazo de dois anos para a interposição da rescisória já tenha escoado. Os que forem onerados em face da quebra do princípio da livre-concorrência (isonomia – neutralidade econômica dos tributos) têm direito ao desfazimento daquela decisão e podem propor uma reclamatória a fim de que o STF faça prevalecer a autoridade de suas decisões.
> O mesmo acima referido ocorre com as decisões do STF e, controle difuso, sendo que este sistema tornou-se mais aperfeiçoado em razão do advento das súmulas vinculantes.
> Enfim, não devem prevalecer distorções na livre-concorrência na hipótese de violação da neutralidade econômica dos tributos, devendo ser desconstituídos os efeitos da coisa julgada visando atingir esse desidrato. (SCAFF, 2006, p. 127-128)

Em sentido diametralmente oposto, Greco (2006) sustenta que:

> [...] a violação da isonomia obrigará a desconstituição da coisa julgada civil, desde que caracterizada uma das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória e não vencido o prazo do artigo 495 do Código de Processo Civil. Fora dessas hipóteses e decorrido esse prazo, prevalecerá a coisa julgada. Essa prevalência pode derrogar no caso concreto a eficácia da isonomia, assim como da livre-iniciativa, livre-concorrência ou de qualquer princípio, cuja inobservância não caracterize a vulneração de um direito fundamental manifestamente mais valioso do ponto de vista humanitário do que a segurança jurídica. (GRECO, 2006, p. 298)

A nosso ver, a questão sobre a violação da isonomia também se relaciona com a circunstância jurídica a qual se objetiva a reapreciação da coisa julgada.

Se de fato estiver diante de uma relação jurídico-tributária de trato sucessivo, como já acentuou-se acima, em vista da alteração do Estado de Direito (decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou difuso com posterior Resolução do Senado), conclui-se ser possível a cessação da cobrança de um tributo ou a retomada dessa exigência, dependendo do quadro que exista.

No entanto, essa conclusão se relaciona mais com a previsão no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), do que com a questão da isonomia. Apesar de não ser justo, do ponto de vista moral, a manutenção da cobrança de um tributo de um determinado contribuinte quando todos os demais não o recolherão, em face de decisão do Supremo Tribunal Federal nesse sentido, não se pode deduzir que a isonomia teria sido maculada no presente caso de forma inquestionável.

Caso não houvesse a regra prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) que permite a não observância da coisa julgada em relações de trato sucessivo, poder-se-ia afirmar que o contribuinte que ajuizou uma ação judicial, tendo sucumbido quanto ao recolhimento de um tributo, está na mesma situação daquele que não ajuizou a ação e continuou a recolher o tributo? Compreendemos que não. Por isso, caso a

norma processual em questão não existisse, não seria possível tratar de maneira igual esses dois contribuintes.

*Mutadis mutandis* é o que explica Valverde (2004):

> A partir dessa leitura do princípio da isonomia, Souto Maior Borges considera ser afrontoso à Constituição fazer "prevalecer 'ad futurum' a decisão judicial pela inconstitucionalidade" de determinado tributo restrita às partes (controle difuso)". Em tal hipótese estar-se-ia estabelecendo "um regime jurídico 'privilegiado', que não encontra" guarida na Carta Magna. E arremata "o efeito de um julgado não deve, nunca, importar em rutura da Constituição Federal, sobretudo do mais eminente dos seus princípios: a isonomia."
> [...]
> Esses argumentos, como sempre, podem ser combatidos com o auxílio do mesmo instrumental retórico que os sustenta. Em primeiro lugar, a concepção ampla do princípio da isonomia, expressa no pensamento de Souto Maior Borges e nas decisões citadas, não é compartilhada unanimemente pela doutrina. Novamente tem-se a extrema dificuldade de ser delimitar o conteúdo dos valores, quando se necessita de concretude para decidir. Sacha Calmon Navarro Coelho, por exemplo, afirma na coisa julgada tributária descabe invocar "o princípios da segurança e da certeza do direito, instrumentalizados pelo princípio da coisa julgada." E, tratando do trânsito em julgado de decisões em matéria tributária, conclui invocando um lugar-comum amplamente utilizado no direito: "A União não rescindiu os acórdãos porque não quis (o direito não socorre aos que dormem)".
> Por outro lado, é evidente que toda decisão judicial introduz uma certa desigualdade entre os participantes e os não-participantes do processo, pelo simples fato de que os primeiros têm produzida em relação a si uma norma individual e concreta, objeto da atividade de aplicação do direito promovida no processo decisório. Nesse aspecto, é inevitável concluir que a coisa julgada proveniente da decisão que aplica uma norma geral e abstrata representa uma desiquiparação permitida pela Constituição Federal.
> [...]
> O caso da decisão transitada em julgado que afasta a cobrança de determinado tributo para a parte envolvida no processo respeita plenamente o princípio da isonomia, de acordo com a lição acima exposta. De fato, o tratamento privilegiado que a parte receberá decorre da situação jurídica diversa que ocupa, na medida em que propôs oportunamente ação judicial e diligenciou nos autos para promover a sua defesa de forma eficaz. Esse é o critério eleito pela norma constitucional da coisa julgada para distinguir os seus destinatários entre si. Em conseqüência da situação diversa em que se encontra aquele que venceu a demanda judicial daqueles que a perderam ou que nem a propuseram ou que vieram a ser suas decisões rescindidas, a norma lhes conferirá tratamento jurídico diferenciado. Esse tratamento é plenamente justificável do ponto de vista racional, visto que àqueles que venceram as ações (critério de discriminação escolhido) deve-se conferir o especial tratamento decorrente dos próprios termos da decisão judicial transitada em julgado. Por fim, essa correlação lógica que existe entre o traço discriminatório e o tratamento diferencial conferido pela norma é totalmente compatível com os princípios constitucionais da segurança jurídica, moralidade e boa-fé, sendo também compatível, portanto, com o princípio da isonomia. (VALVERDE, 2004, p. 164-166)

A digressão que fez Valverde (2004) foi em relação à rescindibilidade de decisão passada em julgado. Essa situação é diferente da situação relativa à revisão da coisa julgada, com base na alteração de Estado de Direito prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), como já exposto.

Defendemos que em ambos os casos não há que se falar em isonomia. No caso de revisão da coisa julgada e cessação de seus efeitos *pro futuro*, o que enseja essa consequência é a regra prevista no dispositivo acima mencionado, visto que o contribuinte que vai ter revista a coisa julgada para o bem ou para o mal está em situação distinta daquele que teve coisa julgada em sentido contrário e daquele que sequer ajuizou ação para discutir a exigência de um tributo.

Souza e Souza (2005) ao analisarem o caso da sobreposição da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da Lei 7.689/88 (BRASIL, 1988d), em relação à decisão em sentido em contrário anteriormente proferida em favor de um determinado contribuinte concluíram que:

> [...] a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal decidindo pela constitucionalidade da Lei nº 7.689/88 – uma vez que se deu entre partes- não tem a força de se impor sobre a decisão proferida em favor do contribuinte X." E completam: "Por fim, a alegação de qual situação violaria o Princípio da Isonomia não convence, vez que os outros contribuintes que *optaram* por não ingressar com idêntica ação, tão-somente deixaram de exercer um direito, que aliás é o mesmo direito outorgado ao contribuinte X que fez sua opção em sentido contrário. (SOUZA; SOUZA, 2005, p. 164,)

Machado (2006) também distingue a situação do contribuinte que ajuíza uma ação para questionar a constitucionalidade/legalidade de um tributo daquele que assim não o faz:

> É necessário distinguirmos a situação do contribuinte que tenha a seu favor uma decisão com trânsito em julgado, albergando a orientação anterior mas não fora a juízo discutir a questão.
> Em se tratando de contribuintes não amparados por decisão judicial, é importante verificarmos se a autoridade administrativa vinha adotando, nos lançamentos, inclusive nos lançamentos por homologação, o entendimento albergado por aquela orientação anterior. Ou se vinha insistindo na orientação diversa a final acolhida pela jurisprudência. Na primeira hipótese, estaremos cogitando de uma mudança de critério jurídico e esta sofre a limitação imposta pelo art. 146 do Código Tributário Nacional. Na segunda hipótese, com certeza não haverá problema em relação aos contribuintes que não tinham a seu favor decisão transitada em julgado.
> Em relação ao contribuinte que tinha a seu favor decisão com trânsito em julgado, a mudança de orientação jurisprudencial não poderá afetar obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores ocorridos anteriormente. E quanto a obrigações tributárias decorrentes de fatos geradores ocorridos depois da mudança na jurisprudência é que surge a questão de saber a partir de quando o contribuinte poderá ser considerado em mora. (MACHADO, 2006, 160-161)

O segundo aspecto a respeito da regra prevista no artigo 471, I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) diz respeito à necessidade de propositura de ação revisional para afastar a coisa julgada sobre fatos supervenientes à decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, oposta àquela transitada em julgado.

Dallazem (2005) defende ser desnecessária ação revisional no caso de decisão posterior proferida pelo Supremo Tribunal Federal à coisa julgada em relações jurídico-tributários que é alteração de estado de Direito, desde que aquela decisão tenha ocorrido em sede de em controle concentrado.

Já em sede de controle difuso, esta ação se mostra desnecessária, em caso de posterior resolução do Senado ou ato administrativo previsto no artigo 77 da Lei nº 9430/96, exceto isso, será o caso de ajuizamento da ação revisional:

> Por outro lado, se a declaração de inconstitucionalidade no controle difuso não sobrevém a manifestação do Senado, nem ato administrativo de caráter geral, o caminho para a resolução do problema é outro.
> Terá o contribuinte ou a Fazenda, conforme o caso, a prerrogativa do ajuizamento de uma ação revisional, nos termos do art. 471, I, do Código de Processo CivilCódigo de Processo Civil , acima transcrito.
> [...]
> O contribuinte pleiteará a exoneração do pagamento do tributo a partir do trânsito em julgado do acórdão do STF, que declarou a inconstitucionalidade da norma. Pode-se requerer uma tutela antecipatória (art. 151, V, do CTN), evitando-se indesejáveis autuações fiscais.
> A Fazenda, por sua vez, pleiteará provimento que determine o cumprimento da decisão que declarou a constitucionalidade da norma, a partir de seu trânsito em julgado (frise-se: a partir do seu trânsito em julgado da decisão do STF). Até o trânsito em julgado da sentença dessa ação revisional, na ausência de liminar ou tutela antecipatória, o contribuinte pagará o tributo corrigido, mas sem multa e sem juros, e após, se o fizer fora dos prazos legais com a incidência de tais penalidades. (DALLAZEM, 2005, p.95)

Para Machado (2006), mostra-se desnecessária a ação de revisão prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) em se tratando de Direito Tributário, por ser esse direito potestativo que pode ser usufruído independentemente de condicionantes, tais como ações, tanto para lançamento tributário quanto para compensação de indébito (MACHADO, 2006, p. 170-171).

Também Godoi (2006) entende ser desnecessária a ação revisional em se tratando de matéria tributária, fazendo a seguinte diferenciação com outros ramos do Direito:

> Vale dizer, na data em que se publicar a decisão do STF em diante, a coisa julgada não mais operará efeitos. Vale lembrar que, em matéria tributária, essa conseqüência será automática, sem a necessidade de ajuizamento de 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." (GODOI, 2006, p.326)

Já Machado Segundo e Machado (2006) afirmam que decisão posterior à coisa

julgada pelo Supremo Tribunal Federal que entenda pela constitucionalidade de um tributo em sede de controle difuso e que obriga o contribuinte a voltar a recolher tal tributo, somente pode ter eficácia após a ação revisional.

Isso, ou, quando menos, após a notificação do contribuinte por força de alteração do critério de lançamento prevista no artigo 146 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966a):

> É verdade que, em algumas circunstâncias, a modificação na situação de fato ou de direito é de tal ordem para a propositura de uma ação para modificar a coisa julgada pode parecer desnecessária. É o caso, por exemplo, de quando a sentença afirma a inexistência de relação jurídica que obrigue um contribuinte a pagar determinado tributo, e, algum tempo depois, essa lei é editada. Mas, nesse caso, foi um dos pressupostos da incidência da norma individual contida na sentença que desapareceu (a falta de lei), o que não acontece quando há apenas alteração posterior na jurisprudência.
> Poder-se-ia afirmar, em oposição à tese de que seria necessário o manejo de ação de revisão ou modificação dos efeitos da coisa julgada, que a mesma não seria aplicável quando a prejudicada pela decisão passada em julgado for a Fazenda Pública, ente dotado do poder de "autotutela". O Fisco, dir-se-ia, em regra não se vale de ações de conhecimento, nem tem interesse processual para tanto, pois declara a existência de relações jurídicas, condena cidadãos a observá-las, e constitui seus títulos executivos. Isso é verdade, mas não admitimos que dessas premissas, que são corretas, se extraia a conclusão de que a "autotutela" envolve a possibilidade de se afastar a coisa julgada. O exercício da faculdade de autotutela não pode exorbitar os limites dos atos do próprio poder que a exerce (no caso, o Executivo), para "controlar" atos de outros Poderes da República (v.g., afirmar a inconstitucionalidade de uma lei, ou a inaplicabilidade de uma decisão judicial).
> Tanto é assim que a tal autotela não exime o Fisco de valer-se da ação rescisória, quando é o caso.
> Mas mesmo que se admita a desnecessidade de ação de modificação ou revisão, dos efeitos – dos efeitos! – da coisa julgada, o que aqui fazemos apenas para fins de argumentação, subsiste sendo inadmissível que a prolação de decisões judiciais em outras ações individuais – pelo STF no controle difuso, desacompanhadas de Resolução do Senado, ou pelo STJ – tenha o condão de imediatamente vincular quem não é parte nos citados feitos, não pôde recorrer das decisões nele proferidas e nem delas foi intimado.
> É pertinente, em tais circunstâncias, o art. 146 do CTN, que dispõe:
> [...]
> A adequação de tal dispositivo, aqui, é perfeita. Diante de decisão judicial que sinalize à Fazenda Pública com a possibilidade de mudar seus critérios na cobrança de determinado tributo, essa mudança somente pode alcançar fatos geradores posteriores à sua adoção. Assim, caso se admita a desnecessidade de ação de modificação, o que não nos parece correto, a Fazenda Pública deverá notificar o contribuinte para que passe a pagar o tributo em disputa, em face dos "fatos geradores" que vierem a ocorrer após essa notificação. (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2006, p. 186-187)

A nosso ver, inicialmente, as posições de Machado (2006) e Godoi (2006) estariam corretas no que toca à desnecessidade de ajuizamento de ação revisional, porquanto a relação jurídico-tributária trata de relação de direito potestativo imediatamente retomável.

Entretanto, como asseverado por Machado Segundo e Machado (2006) por se tratar

essa retomada da cobrança de tributo uma alteração no critério de lançamento, conforme previsto no artigo 146 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966a), faz-se necessária, no mínimo, à intimação do contribuinte acerca dessa retomada.

Aliás, o Parecer PGFN nº 492/2011, a despeito de entender pela desnecessidade de intimação do contribuinte na circunstância acima delineada, faz menção expressa ao referido artigo 146 do Código Tributário Nacional ao dispor que:

> 78. Assim, tendo em conta o princípio da segurança jurídica e os seus consectários princípios da não surpresa e da proteção da confiança, bem como por força do que prevê o art. 146 do CTN, entende-se, aqui, que, naquelas específicas hipóteses em que a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado, em face do advento de precedente objetivo e definitivo do STF em sentido contrário ao nela sufragado, tenha ocorrido em momento anterior à publicação deste Parecer, e tendo havido inércia dos agentes fazendários, o termo a quo para o exercício, pelo Fisco, do direito de voltar a exigir, do contribuinte-autor, o tributo em questão é a data da publicação deste Parecer, o que significa dizer apenas os fatos geradores praticados a partir desse instante poderão ser objeto de lançamento. (BRASIL, 1966a)

Entendemos que, a necessidade de ação revisional prevista no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) ocorre autonomamente à natureza do Direito Tributário ou à observância da regra contida no artigo 146 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

A imprescindibilidade do ajuizamento dessa ação, seja pelo Fisco ou pelo contribuinte, se dá em função de ser requisito para a retomada ou cessação da cobrança de um tributo em uma relação jurídico-tributária continuada a identificação entre os fundamentos da decisão passada em julgado, proferida na ação intentada pelo contribuinte e aqueles existentes na posterior decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, com posterior Resolução do Senado, conforme já esclarecido alhures.

Não nos parece razoável a retomada ou a cessação da cobrança de um tributo com base em uma decisão do Supremo Tribunal Federal que, como já demonstrado acima, não se sobrepõe à decisão proferida anteriormente com efeitos *inter partes,* caso não tenha afastado cada um dos fundamentos usados para decidir essa primeira lide.

Isso, sob pena de se macular a coisa julgada por meio de decisão que não açambarca os elementos de convicção do Juízo da decisão passada em julgado, que também são acobertados por esse instituto, consoante demonstrado acima. Nisso, está balizada a indispensabilidade do ajuizamento da ação de revisão.

O último ponto importante sobre a coisa julgada, em matéria tributária a ser tratado,

diz respeito ao conteúdo da Súmula 239 (BRASIL, 1963a), Supremo Tribunal Federal que prescreve: *"decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores"*.

Em vista do enunciado dessa Súmula, perdurou por anos uma celeuma quanto aos efeitos da coisa julgada em matéria tributária. Isso porque, interpretando-se de forma literal a Súmula 239, Supremo Tribunal Federal, pode-se entender que uma decisão transitada em julgado em ação cujo objeto for a cobrança de um imposto, somente prevaleceria em relação ao imposto especificamente cobrado em determinado ano supostamente objeto da lide, não sendo possível a extensão dos seus efeitos perdurarem para os exercícios posteriores.

Sucede que para se checar o sentido correto da Súmula 239, Supremo Tribunal Federal, há que se averiguar o contexto na qual essa foi editada pelo Supremo Tribunal Federal.

Como bem relata Valverde (2004, p. 223), os precedentes nos quais se fundaram a Súmula 239 (BRASIL, 1963a), Supremo Tribunal Federal, são correlatos a Execuções Fiscais, por meio das quais se discutia o pagamento de um valor específico de um tributo referente a um ano fiscal também delimitado.

Dessa forma, a disposição prevista nessa Súmula não se aplica aos casos em que o contribuinte objetiva, por meio de uma ação mandamental ou declaratória, por exemplo, a declaração de constitucionalidade, legalidade ou inexigibilidade de um tributo em abstrato, sem que haja qualquer restrição temporal a determinado exercício financeiro. Isso porque, nesse tipo de ação, o que se está em jogo não é a cobrança de um valor *x* de um tributo *y* referente ano fiscal *z*. Não se trata de anular ou cancelar determinado crédito tributário, como ocorre, por exemplo, em sede de Embargos à Execução Fiscal, Ação Anulatória de Débito Fiscal ou, até mesmo, aquela Ação Anulatória de decisão administrativa que denegar a restituição prevista no artigfo169 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966a).

Com efeito, de acordo com os ensinamentos de Theodoro Júnior (2005, p. 179-180) e de Dallazem (2005, p. 90-92), que cita também o posicionamento de Marco Aurélio Greco, Helenilson Cunha Pontes, Roberto Rosas e Teori Albino Zavascki, constata-se em qual o real contexto em que foi editada a Súmula 239 (BRASIL, 1963a), Supremo Tribunal Federal, e portanto, como esta deve ser aplicada.

Todos esses autores afirmam categoricamente que a Súmula 239 (BRASIL, 1963a), Supremo Tribunal Federal, não se aplica às ações que discutem a exigência de um tributo de forma ampla, sem se ater às vicissitudes relativas às cobranças de determinados períodos.

Neste mesmo sentido, Godoi (2006), a despeito de algumas decisões em sentido

contrário, comprova que, de acordo com a jurisprudência e doutrina majoritárias, não é razoável a aplicação da Súmula 239 (BRASIL, 1963a), Supremo Tribunal Federal, nas ações que versam sobre a declaração de inconstitucionalidade, ilegalidade ou inadequação de um determinado tributo, ao afirmar que:

> Em conclusão, e conforme reconhecem a doutrina dos processualistas e maioria dos precedentes do STF (ressalvados os casos vistos acima), não há qualquer distinção 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 de fiscalização, não há porque isso fazer coisa julgada em relação a períodos posteriores – e isso seria certo mesmo que nunca houve existido a Súmula 239 do STF. (GODOI, 2006, p. 331)

## 2.4 Análise sobre a tese da relativização da coisa julgada à luz do princípio da segurança jurídica

### *2.4.1 Análise sobre a tese da relativização da coisa julgada à luz da doutrina*

O Direito Processual Civil no Brasil tem sofrido uma série de alterações ao longo dos últimos anos. Porém, existe um constante desejo da população em ter a prestação jurisdicional de modo célere, descomplicado e justo. Prova disso foi a edificação da celeridade e razoabilidade do processo como garantias fundamentais pelo legislador constituinte, derivado através da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004 artigo 5º, inciso LXXVIII (BRASIL, 2004a).

Nesse cenário, a busca pela legitimação e reconhecimento da atividade jurisdicional perpassou também pela necessidade de reacreditação dessa atividade, por meio da tentativa de perseguir métodos que viabilizassem não apenas a prestação da Justiça de modo célere e acessível a todos, mas que também, tornassem o sistema jurídico mais justo, considerando como parâmetro as decisões julgadas que cotidianamente afetam a vida de milhões de brasileiros.

Assim, na esteira dessa conjuntura, no final da década de 1990 e anos 2000, iniciou-se no Brasil um movimento que visou questionar a coisa julgada, enquanto instituto jurídico.

Com base nas lições do jurista português Paulo Otero, conforme ensina Marinoni (2013, p.33), parte da doutrina brasileira passou a questionar o valor pretensamente absoluto da coisa julgada em vista de outros valores e princípios. Tão ou mais relevantes do ponto jurídico, destacando-se, principalmente, a justiça e moralidade.

Desse modo, juristas de peso como Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Júnior, Teresa Arruda Wambier, dentre outros, iniciaram um movimento teórico com o objetivo de repensar a coisa julgada e a sua aplicação no Direito Brasileiro.

Isso, com o intuito de se averiguar se a coisa julgada seria um instituto que se sobreporia em relação aos valores, como a justiça, moralidade, dentre outros, em razão de ser corolário do Princípio da Segurança Jurídica, espinha dorsal para o funcionamento do sistema jurídico, consoante detalhado no primeiro item desse capítulo.

A questão primordial trazida à baila por esses doutrinadores diz respeito à necessidade de observância da coisa julgada, por força de sua previsão constitucional e elemento estabilizador do sistema jurídico e da paz social. Isso, em vista deste ser o meio mais eficaz de assegurar a segurança jurídica na prestação jurisdicional em situações que a manutenção de decisão passada em julgado violaria a Constituição. Em razão de esta decisão ser, eventualmente, injusta, imoral, e, portanto, inconstitucional.

Com isso, ganhou força no Brasil, a defesa da chamada "relativização da coisa julgada", teoria cujo fundamento comum a todas as vertentes se resume na seguinte premissa, defendida por Paulo Otero, reportada por Marinoni (2013, p. 33): "O princípio da imodificabilidade do caso julgado 'foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando decisões meramente injustas e ilegais em relação à legalidade ordinária.'".

Dessa forma, para os defensores da tese da relativização da coisa julgada, não basta que uma decisão tenha sido proferida em conformidade com as regras processuais vigentes e resguardada pela coisa julgada, devidamente. É preciso, antes de tudo, que essa decisão seja justa, sob pena de não poder prevalecer, e por isso, deve ser revista, ainda que tenha devidamente transitada em julgado.

Isso porque, segundo os defensores dessa tese, decisão injusta mesmo que passada em julgado não se molda ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro, consoante explica Delgado (2002, p.15-16) no primeiro trabalho científico sobre o tema, segundo noticiado em outro artigo de autoria de Silva (2004):

> A homenagem que presto às lições acima de Humberto Theodoro, acolhendo-as em toda a sua plenitude, deve-se ao fato de que 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, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o 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. Ora, sendo o Judiciário um dos poderes do Estado com a obrigação de fazer cumprir esses objetivos, especialmente o de garantir a prática da justiça, como conceber como manto sagrado, intocável, coisa julgada que faz o contrário? A resposta está no afirmado por Luiz Vicente Cernicchiaro, no artigo Direito alternativo, (Revista Forense, n. 7, julho 1997, p. 3637), citado por Humberto Theodoro no parecer já referido: "a lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores", pois, "O Direito é o trânsito para concretizar o justo [...]. O Judiciário tem importante papel político [...].
> As decisões corretas devem estar finalisticamente orientadas para o justo [...]. Lei iníqüa, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático, precisa ser repensada. O juiz, repita-se, deve recusar aplicação à lei iníqüa, injusta. Impõe-se lhe invocar princípios. Só assim, a interpretação será sistemática. Criar, se necessário, a norma para o caso concreto". (SILVA, 2004, p.2)

Em resumo, esses doutrinadores entendem precipuamente que decisão injusta ou imoral, ainda que transitada em julgada, não deve subsistir, já que na ponderação de princípios, a justiça e a moralidade devem se justapor à segurança jurídica nessas situações, visto que, de nada adianta um sistema hermético e seguro, mas que possibilita a manutenção de decisões injustas ou imorais.

Em contraposição a essa parte da doutrina, processualistas como Moreira (1970, 2005), Silva (2004), Marinoni (2010), Porto (2006), dentre outros questionaram as premissas sobre as quais foram alicerçados os fundamentos para a defesa da relativização da coisa julgada.

A principal inconsistência apontada em relação à tese da relativização da coisa julgada estaria relacionada ao fato de que a definição de justiça e moral para fins de afastamento ou mitigação de uma decisão transitada em julgado é extremamente subjetiva. Por esta razão, não parece plausível a relativização da coisa julgada nessas hipóteses, sob pena de se instalar no sistema jurídico um verdadeiro caos, em face da incerteza no tocante ao termo final dos processos, e portanto, da estabilização das demandas.

Nesse item, procurar-se-á analisar os argumentos utilizados por alguns dos defensores da relativização da coisa julgada, bem como daqueles doutrinadores contrários a essa tese, com vistas a se tentar, como tem sido o mote desse trabalho, verificar a correção ou não acerca dessa teoria.

Além disso, como adiantado anteriormente, serão objeto de análise as formas comumente utilizadas para afastar a coisa julgada, tais como a ação rescisória e a regra prevista no artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Dessa maneira, serão apreciadas as teorias dos defensores da relativização da coisa

julgada, contrapondo-se sempre os argumentos contrários lançados pela corrente doutrinária oposta a essa tese.

Segundo assevera Delgado (2002) em artigo intitulado “Efeitos da Coisa Julgada e os Princípios Constitucionais”, por ser normativa, a ciência jurídica tem que ser vinculada à realidade, e por isso, não pode transformar fatos não reais em verdadeiros. Por esta razão, a legalidade a moralidade têm que ser considerados princípios norteadores do Direito, de modo a trazê-lo como parâmetro para as relações humanas. (DELGADO, 2002, p.49)

Diante desse contexto, segundo Delgado (2002), seria necessária a revisão do conceito de coisa julgada. Para tanto, haveria duas formas de interpretar o comando constitucional vinculado à vedação quanto à retroatividade da lei em relação à coisa julgada, prevista no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição.

A primeira forma seria entender que esse comando diz respeito à impossibilidade da lei de restringir a coisa julgada, garantia prevista e delineada na Constituição, razão pela qual, em vista da necessidade de observância da Constituição, deveriam ser criados mecanismos infraconstitucionais para elidir essa restrição. Ou seja, de acordo com essa primeira interpretação, a coisa julgada teria sido alçada à garantia constitucional pelo legislador constituinte originário, e, portanto dessa norma retiraria a sua validade e eficácia.

O segundo modo de interpretação da coisa julgada seria no sentido de limitar a regra sobre a coisa julgada, de maneira a não protegê-la enquanto garantia constitucional, mas tão somente, de proibir a suplantação de uma decisão passada em julgado por lei posterior que regulamentasse a relação jurídica apreciada na lide de forma oposta àquela definida nessa decisão.

Para Delgado (2002), esse segundo sentido seria o mais correto, porque pela interpretação literal da lei, não há proibição de prejudicar o instituto da coisa julgada, e sim, malferir a coisa julgada enquanto decisão não mais passível de revisão. Tanto seria correta essa interpretação, que o legislador constituinte originário além de proteger a coisa julgada no artigo 5º, inciso XXXVI, vinculou também à irretroatividade da lei, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, não sendo possível a proteção desses dois últimos enquanto institutos.

Com efeito, segundo Delgado (2002), caso o instituto da coisa julgada tivesse sido alçado à condição de garantia fundamental, tornando-a intangível, não seria possível a sua revisão por meio de ação rescisória e, ainda, pela revisão criminal.

Nessa mesma linha, Theodoro Júnior e Faria (2002, p. 13) asseveram que ao contrário da Constituição Portuguesa, a Constituição Brasileira não teria elegido a coisa julgada, como garantia constitucional.

Segundo Delgado (2002, p.54), citando a lição de Pontes de Miranda, se a sentença é a concretização da lei entre as partes, a afirmação da vontade contida na lei consubstanciada na coisa julgada deve obedecer aos princípios da moralidade, da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade, assim como ocorreu com a lei propriamente dita, aplicada ao caso em concreto.

Por outro lado, ainda de modo a defender a possibilidade de revisão da coisa julgada quando eivada de injustiça ou outro erro grave que também a macule, Delgado (2002) lembra que os fatos e os motivos apreciados pelo Juízo e relatados na decisão não são abrangidos pela coisa julgada. Por esta razão, não há como a coisa julgada tornar imutável a falsidade de um fato que não condiz com a realidade.

Delgado (2002) alega, ainda, que os fundamentos que lastreiam a coisa julgada, como a estabilização e paz social não têm o condão de salvaguardar uma decisão passada em julgado, que transforme fatos não reais em verdades e, portanto, violem princípios constitucionais de extrema relevância. De modo a ilustrar o seu posicionamento, o autor cita um precedente do Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual foi mantida a coisa julgada relativa à improcedência do pedido de filiação, não obstante a possibilidade de alteração dessa decisão em vista do advento do exame de DNA. Para ele, do ponto de vista processual, a decisão em comento estaria correta. Contudo, considerando-se o direito material, ela estaria equivocada, pois uma decisão não pode ignorar eventual laço consanguíneo passível de comprovação, por meio do referido exame, sob pena de privilegiar a verdade formal em detrimento da verdade real.

Além dessa situação, o autor lista mais 33 exemplos de sentença que atentariam contra a justiça e a moralidade. Conclui ao final de seu trabalho, que sendo o princípio da coisa julgada de natureza relativa, não pode se sobrepor à moralidade e à legalidade. E estando certo por isso, que a decisão judicial, ainda que transitada em julgado, não pode produzir efeitos aquém da Constituição, devendo por esta razão, a decisão injusta, imoral e ilegal, poder ser revista a qualquer tempo.

Theodoro Júnior e Faria (2002), em artigo denominado “A Coisa Julgada Inconstitucional e os Instrumentos Processuais para seu controle” entendem pela possibilidade de relativização da coisa julgada, com base nos seguintes argumentos.

Theodoro Júnior e Faria (2002) remontam ao princípio da constitucionalidade, por meio do qual se assegura que todos os atos emanados pelos Poderes Públicos estejam em conformidade com a Constituição. Por essa razão, é que foram criados meios de controle para que tais atos se submetam a um controle de constitucionalidade. Nesse contexto, demonstram

que a intangibilidade da coisa julgada estaria vinculada à noção de que o Poder Judiciário seria um mero executor da lei e da Constituição, sendo certo, portanto, que em vista dessa atividade, a coisa julgada nada mais resultaria do que na própria preservação da Constituição.

Entretanto, segundo esses autores, com esteio nas lições de Paulo Otero e, a nosso ver, o Poder Judiciário tem extrapolado as funções naquilo que pode ser classificado como ativismo judicial. Isso motivaria a revisão dessa noção acerca da intangibilidade da coisa julgada, em vista da sua correlação com a guarda de princípios garantidos na Constituição, através da prestação jurisdicional.

Em razão da necessidade de constante avaliação das decisões judiciais à luz da Constituição, sob pena, de em vista da supervalorização da coisa julgada, porquanto corolário da segurança jurídica, a Constituição passa a ser o direito aplicado nos tribunais, ao invés de um texto formal, e o Poder Judiciário se torna um poder mais igual que os demais.

Dessa forma, sempre sobre a premissa da obediência ao princípio da constitucionalidade, a lei e as decisões judiciais não podem ser consideradas de forma absolutas, visto que em um Estado de direito material, somente o direito justo deve ser absoluto.

Portanto, para Theodoro Júnior e Faria (2002), assim com a lei não é imune ao vício de inconstitucionalidade, a coisa julgada não o é, visto que estando esta vinculada ao bem tutelado por meio da ação judicial ou no julgamento contido em uma sentença, deve obediência à Constituição.

Nesse sentido, a concepção de irrevogabilidade em face da impossibilidade de novos recursos contra a coisa julgada não pode ser associada à noção de imodificabilidade. Isso, considerando que o ordenamento admite a modificabilidade da coisa julgada por meio das situações previstas para o ajuizamento da rescisória, cujo fundamento consiste justamente na necessidade de se evitar a prevalência e permanência de uma decisão injusta.

Dessa forma, em razão de Theodoro Júnior e Faria (2002) também compreenderem que a coisa julgada não é uma garantia constitucional, conforme já destacado, o princípio da intangibilidade da coisa julgada teria cunho infraconstitucional. Por conseguinte, estando o princípio da constitucionalidade resguardado pela Constituição, os autores concluem que a coisa julgada será intangível somente enquanto for compatível com as regras constitucionais.

Consequência desse raciocínio é que o transcurso do prazo para a impugnação da coisa julgada somente pode se dar em âmbito da aferição da legalidade da coisa julgada, visto que, sobre o prisma da constitucionalidade, não há como se evitar a impugnação da coisa

julgada em face da sua intangibilidade, já que esse princípio seria hierarquicamente inferior ao princípio da constitucionalidade.

Nessa conjuntura, a coisa julgada não pode priorizar a verdade formal em detrimento da verdade material e, portanto, ferir os ditames elencados na Constituição, visto que o Poder Judiciário deve sempre se pautar pela busca da prestação jurisdicional que garanta a concretização do direito justo. Assim, para Theodoro Júnior e Faria (2002), uma decisão judicial que contraria a Constituição existente, mas faltariam condições para validá-la, sendo dessa forma nula, e por isso, imprescritível a aferição da sua nulidade, por força da sua inconstitucionalidade uma decisão judicial que contraria a Constituição seria, para os autores, existente, mas faltariam condições de validade, sendo, dessa forma nula e por isso seria imprescritível a aferição da sua nulidade, por força da sua inconstitucionalidade.

Em razão do raciocino exposto, os autores concluem que a coisa julgada inconstitucional tem só aparência de coisa julgada. E por isso mesmo, não faz a decisão sobre a qual recai, passar verdadeiramente em julgado, motivo pelo qual pode se opor a todo tempo contra ela.

Dinamarco (2001) também questiona a eficácia e a validade das decisões passadas em julgado em determinadas situações, as quais a manutenção dessas decisões se mostra teratológica.

Segundo Dinamarco (2001), as sentenças de mérito com preceitos juridicamente impossíveis, se equivaleriam às sentenças terminativas sem julgamento de mérito. Ou seja, para o autor, essas sentenças podem até existir, mas os seus efeitos substanciais não subsistem. A nosso ver, o que autor defende nessa tese é de que assim como existem pedidos juridicamente impossíveis, há também efeitos decorrentes de uma sentença juridicamente impossíveis.

Tanto é assim que Dinamarco (2001) exemplifica sentenças, as quais podem se enquadrar nesse rol. Dentre elas, o autor cita aquela que “declarasse o recesso de algum Estado federado brasileiro, dispensando-o de prosseguir integrado na República Federativa do Brasil”. Ou ainda que “condenasse uma pessoa a dar a outrem, em cumprimento de cláusula contratual, determinado peso de sua própria carne, em consequência de uma dívida não honrada.” (DINAMARCO, 2001, p. 14).

Uma sentença com impossibilidade jurídica não pode, com base na coisa julgada, se sobrepor a outros princípios como a moralidade, dignidade da pessoa humana. Por isso, é inconstitucional a formação da coisa julgada nessa situação. Ou seja, a premissa que Dinamarco (2001) explora em seu artigo chamado “Relativizar a coisa julgada material” é que

a impossibilidade jurídica dos efeitos substanciais de uma sentença impede a coisa julgada, porque essa é uma qualidade dos efeitos impossíveis de se concretizarem nesse contexto. Conclui que uma decisão aberrante será juridicamente impossível e, portanto, não incidirá a coisa julgada sobre essa decisão que fere a ordem constitucional.

Em vista disso, Dinamarco (2001) se propõe a estabelecer critérios para relativizar a coisa julgada e o modo como o Judiciário pode ser chamado para avaliar essa relativização por meio de alguns remédios processuais que as partes dispõem. Para tanto, entende-se que deve haver a adoção de critérios pelo método indutivo, verificando-se casos particulares, para se chegar a um ponto de equilíbrio entre a coisa julgada e os valores substanciais existentes em cada caso, que devem prevalecer sobre a coisa julgada nessas situações.

Conforme averiguado, os defensores da relativização da coisa julgada advogam a tese de que decisões injustas, imorais ou teratológicas não devem prevalecer, ainda que passadas em julgado. Isso, tendo em vista que essa garantia não tem o condão de convalidar situações que são contrárias aos princípios maiores albergados pela Constituição, tais como dignidade da pessoa humana, moralidade, isonomia, dentre outros.

Os críticos aos adeptos à relativização da coisa julgada, como salientado, anteriormente, centram as suas desaprovações de forma preponderante, na ausência de qualquer critério objetivo para se verificar quando deve haver a relativização da coisa julgada, posto que classificar uma decisão como injusta, imoral ou aberrante, não se afigura tão simples.

Moreira (2005, p. 91) em artigo denominado “Considerações sobre a chamada ‘Relativização’ da Coisa Julgada Material”, critica o termo relativização usado pela doutrina para afastar a coisa julgada, já que esta não é um valor absoluto, pois pode ser afastada pela ação rescisória e revisão criminal. Portanto, a relativização da coisa julgada seria mais uma tentativa de ampliação das formas de revisão da coisa julgada.

Sobre o termo “coisa julgada inconstitucional”, Moreira (2005) demonstra a incoerência de sua utilização, pois se algo for inconstitucional, será a sentença propriamente dita e não a sua imutabilidade. Nesse sentido, a sentença será ou não inconstitucional, antes mesmo de passada em julgado. Essa condição não alterará esse vício de inconstitucionalidade.

O autor também discorre sobre os dois caminhos empregados para a relativização da coisa julgada. Um consiste em negar o próprio trânsito em julgado da sentença inconstitucional, e o outro incide em desconsiderar a imutabilidade da sentença, ou seja, a própria coisa julgada em razão do vício grave que inquina a decisão passada em julgado.

Segundo o autor, os defensores do primeiro caminho não podem se valer da ação

rescisória para afastar a sentença, pois esta é somente válida contra decisão transitada em julgado. Aqueles que advogam a segunda linha teriam que checar as hipóteses dos artigos 471 e 474 do para confirmar a possibilidade de afastar a coisa julgada inconstitucional, visto que a eficácia preclusiva do artigo 474 do Digesto Processual também se dá em relação às matérias que poderiam se conhecidas de ofício pelo juiz.

Dessa maneira, entendeu o autor que assim como o instituto da preclusão faz com que se torne irrelevante a veracidade da alegação anterior, também a coisa julgada material torna desimportante, qualquer indagação da situação anterior a sua constituição. Isso, não porque transforma o preto em branco, o quadrado em redondo, mas porque, do ponto de vista jurídico com a coisa julgada, a situação anterior a esta já não tem significância para a resolução da lide.

Moreira (2005) também relembra que a coisa julgada é proferida em processo judicial com a garantia ao contraditório, devido processo legal, mas que aquela se faz necessária para que o processo tenha um fim, sob pena se eternizar a lide e não ter segurança jurídica ao cidadão. Portanto, questionar a sentença após o trânsito em julgado por suposta injustiça, seria esvaziar totalmente o conteúdo da coisa julgada.

A coisa julgada pode se impor inclusive contra a parte vitoriosa, que não pode consentir com uma nova lide, haja vista o interesse da sociedade e do próprio estado na estabilização da lide por meio da coisa julgada. Dessa forma, em vista dos fundamentos relativos à coisa julgada, tais como a estabilização do sistema jurídico e a busca da paz social, a determinação de um termo final para as demandas antes de causar a eternização de injustiças, impede a rediscussão indefinida do que seria justo ou injusto. Por isso, para o autor, em alguma lide, caso haja a perpetuação de uma injustiça, seria o preço a se pagar pela estabilidade do sistema.

Moreira (2005) ainda rechaça a alegação de que uma sentença transitada em julgado não pode prevalecer se for injusta, porque, na maioria das vezes, a parte que sucumbiu acreditará que a sentença foi injusta. Além disso, determinar de forma abstrata o que é injustiça é impossível, mesmo usando adjetivos, como grave flagrante abusiva, porque estes adjetivos são passíveis de interpretação e gradação de modo subjetivo e pessoal.

Moreira (2005) refuta a tese defendida por Dinamarco (2001) a respeito da impossibilidade jurídica de uma decisão teratológica ser mantida em vista de seu trânsito em julgado. Isso porque, para esses autos, os exemplos de sentenças citados por Dinamarco (2001), com efeitos impossíveis juridicamente, são pitorescos. Ou seja, dificilmente ocorrem no mundo real.

Todavia, Moreira (2005) entende que mesmo que tenha havido decisões como as citadas por Dinamarco (2001) não se pode acolher a tese de que a autoridade da coisa julgada se identifica aos efeitos da sentença. Isso porque, de acordo com o Código de Processo Civil, o que se torna imutável é a própria sentença, e não os seus efeitos, conforme defende equivocadamente Dinamarco (2001). Isto é, para Moreira (2005), os efeitos da sentença são plenamente mutáveis, sendo imutável o conteúdo dessa sentença. Assim, se uma sentença condena alguém a pagar uma dívida com um pedaço de carne do seu corpo, esta decisão pode ser imutável, mas os seus efeitos ou consequências são mutáveis, na medida em que não estão necessariamente vinculados ao que foi determinado pela sentença.

Aduz ainda, sendo o termo coisa julgada inconstitucional equivocado, já que o que pode ser inconstitucional é a decisão e não a sua imutabilidade, a sua impugnação ocorre por meio de Recurso Extraordinário antes do trânsito e depois pela rescisória que prevê como uma das hipóteses violação de dispositivo de lei sendo que o termo lei pode ser aplicável à Constituição.

Destarte, o fato de ser cabível a rescisória contra essa sentença "inconstitucional" faz com que a tese de nulidade dessa decisão, que se assim fosse caracterizada, poderia ser impugnada a qualquer tempo. Com efeito, destaca Moreira (2005) que o controle de constitucionalidade da sentença é distinto daquele vinculado às leis, porque há uma cisão entre a norma abstrata e a concreta por meio da qual é convalidada através da coisa julgada.

Por esta razão, a coisa julgada se desvincula da norma abstrata e, mesmo que haja a declaração de inconstitucionalidade dessa lei com efeitos *ex tunc* não haverá revogação dos efeitos da coisa julgada.

Ainda, Moreira (2005) salienta uma questão de ordem prática para se viabilizar a relativização da coisa julgada. Segundo, assevera que os remédios elencados pelos autores para a relativização tem serventia para a correção de vícios processuais e não têm o condão de revisão da substância do julgado em relação a uma justiça ou injustiça. Ademais, ainda que se fosse possível adentrar-se novamente na questão de mérito da coisa julgada para se aferir a injustiça da decisão passada em julgado, haveria um problema quanto à competência de um Juízo *a quo* poder revisitar o mérito de uma decisão proferida, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal.

Outra controvérsia de ordem prática seria delimitar a revisão de sentenças injustas, porquanto no caso de revisão de uma primeira sentença assim considerada, nada impede que a parte agora sucumbente compreenda essa segunda, e assim, indefinidamente.

Por fim, Moreira (2005) conclui no caso das investigações de paternidade em que

não ocorreu a realização de exame de DNA, o prazo para o ajuizamento da ação rescisória deveria ser contado a partir do momento em que a parte obtém o resultado desse exame.

O Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) trouxe dispositivo que parece ir ao encontro com a sugestão acima. De acordo com o artigo 966, inciso VII, será possível o ajuizamento de ação rescisória quando: "obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável".

Essa hipótese para o ajuizamento de ação rescisória poderá ensejar o encerramento de discussões acerca da relativização da coisa julgada, na medida em que permitirá o ajuizamento desse tipo de ação em casos de impossibilidade de utilização de determinado meio de prova, no tempo em que transitou em julgado decisão desfavorável ao futuro autor da rescisória.

Ainda, Moreira (2005) considera a hipótese de criação de norma que possibilite o ajuizamento de ação rescisória contra sentença que julga com base em uma lei já declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal a qualquer tempo.

Silva (2004, p. 29) em artigo intitulado "Coisa Julgada Relativa?", lembra que costuma-se dizer que a coisa julgada é uma produtora de injustiça, porque evita a perenização de uma demanda. Isso acaba, de certa forma, impossibilitando uma realização de justiça absoluta, criando para o sucumbente uma posição de injustiça amarga.

Após revistar as teorias sobre a relativização da coisa julgada defendidas por Dinamarco (2001), Delgado (2002), Theodoro Júnior e Faria (2002) e Silva (2004) questiona qual seria o conceito de grave ou séria injustiça para melindrar a coisa julgada, à luz dessas teorias.

Para ele, condicionar a força da coisa julgada a que esta não produza injustiça seria um meio de acabar com a própria coisa julgada, porque não há como definir o que seria injusto ou que fere a moralidade e a legalidade. Nesse sentido, ele questiona como desvendar se uma sentença é injusta, visto que não resguarda um direito justo este sim absoluto, na visão de Theodoro Júnior e Faria (2002).

Indaga ainda como se pode aferir se uma sentença é injusta ou absurdamente lesiva ao Estado, como entendem Delgado (2002) e Dinamarco (2001), quais seriam os parâmetros para se constatar a violação aos princípios da moralidade, dignidade humana, dentre outros, uma vez que os princípios, na doutrina mais aceita, são mandados de otimização abertos, que podem ser afastados sem que sejam violados pelo julgador.

Da mesma forma, como Moreira (2005), esse autor enumera questões de ordem

prática para a aplicação da tese de relativização da coisa julgada.

O primeiro problema diz respeito ao pressuposto que de que os efeitos da coisa julgada são tornados imutáveis, por causa da coisa julgada com base na doutrina de Liebman (2007) aceitas pelos defensores da relativização, o que por si só inviabilizaria a própria relativização. A segunda questão ocorreria em razão de a coisa julgada ser uma objeção a um novo julgamento, razão pela qual o julgador preliminarmente irá verificar a existência da coisa julgada e o seu conteúdo, antes de saber se ela é injusta, abusiva ou lesiva.

Assim como Moreira (2005), esse autor questiona qual método seria possível para se perquirir se a sentença que afasta uma coisa julgada injusta não poderia ser ela mesma considerada injusta. Faz ainda a alusão ao fato de que a imutabilidade da sentença tem a ver com o conteúdo declaratório (motivo) desta, e não com os seus efeitos propriamente ditos. Esses sim são mutáveis, conforme ensinado por Moreira (2005).

Conclui esse autor que de fato, em vista dos problemas levantados pelos defensores da coisa julgada, faz-se necessário revisar o sistema da proteção da coisa julgada e usar dos meios citados previstos na legislação para em determinadas hipóteses reapreciar uma decisão passada em julgado. Porém, nunca como incidente em uma ação e tornando a coisa julgada relativa, com base em valores como injustiça, moralidade, dignidade humana, dentre outros.

Godoi (2006, p. 309-312) refuta o argumento sobre a natureza infraconstitucional da coisa julgada propagados por Theodoro Júnior e Faria (2002) ao comprovar, com base em precedentes do Supremo Tribunal Federal, que esse instituto sempre foi considerado uma garantia constitucional.

Leal (2005, p.3) lembra ainda que a alocação da coisa julgada como instituto de natureza infraconstitucional pode se dar em razão da confusão entre esse instituto e a sentença transitada em julgado. Todavia, de modo a diferenciar esses institutos e demonstrar a condição da coisa julgada como garantia constitucional, Leal tece as seguintes considerações:

> Com a Constituição Brasileira de 1988, a expressão "coisa julgada" contida no item VI do art. 301 do CPC (Código de Processo Civil) desgarra-se de uma co-existência com a sentença transitada em julgado, irrecorrível e irretratável, a exemplo do que já se colhia nas lições de Ernane Fidélis dos Santos. Atualmente, só seria sustentável que a sentença de mérito transitada em julgado (título judicial) é garantida pelo instituto da coisa julgada constitucionalizada e não mais fonte originária da coisa julgada constitucional como se egressa do julgamento da res material do objeto mediato do pedido. A sentença de mérito transitada em julgado, a partir da CR/88, não faz mais coisa julgada, mas tão somente se torna terminativa-definitiva pela preclusão máxima.
>
> Assim, a coisa julgada ao perder as conotações primitivas da res judicata advinda da res in judicium deducta como objeto mediato do pedido, torna estéril o debate sobre se a coisa julgada merital é impeditiva do exercício de direito-de-ação assegurada no art. 5º, XXXIVe XXXV, da CB/88, como público, autônomo e abstrato, ainda que

> sobre lide pré-decidida. Por igual fundamento, afiguram-se excêntricas e impróprias as expressões: coisa julgada inconstitucional, coisa julgada relativa e relativização da coisa julgada. (LEAL, 2005, p.3-4)

Explanados os argumentos em síntese dos defensores e dos doutrinadores contrários à relativização da coisa julgada, a despeito da admirável intenção do primeiro grupo em buscar a legitimação do sistema jurídico através da implementação de uma teoria que objetiva extirpar desse sistema sentenças classificáveis como injustas, imorais, abusivas, lesivas ou atentórias à dignidade da pessoa humana, a nosso ver, essa tese, da maneira como apresentada, não tem como ser aplicável.

Com efeito, não se trata de ser contra a busca da correção de decisões passadas em julgado injustas ou ignorar o fato de que a coisa julgada, enquanto instituto jurídico, pode viabilizar a cristalização de sentenças equivocadas, do ponto de vista da justiça, da moralidade e de outros valores tão caros desde sempre.

O motivo pelo qual defendemos que a relativização da coisa julgada não se sustenta, está no fato da sua construção teórica ter ocorrido de forma aleatória, sem qualquer fixação de critérios objetivos e técnicos para a definição das hipóteses que motivariam a revisão da coisa julgada.

Sem censura aos defensores dessa teoria, é certo que qualquer cidadão em sã consciência não vai concordar com a perenização de uma sentença que impede o reconhecimento de um vínculo afetivo e consanguíneo ou determina o pagamento de indenização em valor vultuoso ou vil. Mas o fato é que, sem a definição de balizas para tornar possível a revisão da coisa julgada, não há como permitir a sua relativização baseando-se em conceitos dúbios e subjetivos, tais como injustiça e imoralidade.

De fato, apesar de parecer óbvia a qualificação do que é justo e moral, em se tratando de processo judicial, não raras as vezes esses conceitos são postos à prova e questionados por ambas as partes. Isso porque, em se tratando de justiça e moral, valores que são relacionados ao campo social, político, econômico e cultural de cada povo, local, costume, e ainda, à própria criação familiar de cada cidadão, não são facilmente delimitados, tendo em vista que não são tão simples quanto à primeira vista pareceu ser.

Portanto, a menos que se tente estabelecer alguns padrões em lei para a revisitação da coisa julgada, como entendem Moreira (2005) e Silva (2004), revela-se desarrazoada e perigosa qualquer proposta que almeja a desconstituição da coisa julgada, com base em situações casuísticas.

Assim como Delgado (2002) listou 34 situações em que uma decisão transitada em

julgado pode ser compreendida como injusta, abusiva ou arbitrária, outras tantas circunstâncias também podem ser classificadas dessa maneira, a depender da subjetividade do responsável por essa seleção.

O que em suma se quer dizer é que, assim como a coisa julgada pode ser considerada uma garantia relativa, valores como justiça, moralidade e igualdade também podem ser relativizados. Portanto, a funcionalidade e existência do sistema jurídico apenas se expressa possível, se respeitadas em regra, as decisões judiciais não mais suscetíveis de revisão.

### *2.4.2 Análise sobre a tese da relativização da coisa julgada à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça já ter precedentes tanto no sentido da relativização da coisa julgada em relação a casos de investigação de paternidade (Recurso Especial 427.117/MS (BRASIL, 2004h), Recurso Especial 4.987/RJ (BRASIL, 1991c), quando em sentido contrário ((Recurso Especial 706.987/SP (BRASIL, 2008e)), hodiernamente, essa Corte tem em relação a essa questão, especificamente, entendido pela flexibilização da coisa julgada. Isso também, em vista do Supremo Tribunal Federal ter se debruçado sobre essa celeuma quando do julgamento do Recurso Extraordinário 363.889/DF (BRASIL, 2011c) dotado de repercussão geral, sendo esse julgado objeto de análise para esse trabalho.

Com efeito, a despeito de esse Apelo Extremo tratar de um caso paradigmático e específico, sempre invocado pelos defensores da relativização da coisa julgada, qual seja a ação de investigação de paternidade e a viabilidade de revisão da coisa julgada, em face da nova possibilidade de realização de exame de DNA, este, por se tratar daquele decidido sobre o prisma da Repercussão Geral, será objeto de exame nesse trabalho.

Eis a ementa desse julgado:

> EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

> 1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repropositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.
> 2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.
> 3. Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanação do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.
> 4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.
> 5. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (Recurso Extraordinário 363.889, julgado em 02/06/2011 e publicado em 16/12/2011. BRASIL, 2011c)

Inicialmente, vale destacar o contexto fático do caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. O Recorrente ajuizou em 1996, nova ação de investigação de paternidade, haja vista que uma ação anterior havia sido extinta com julgamento de mérito, por insuficiência de provas no ano de 1992. Isso porque, apesar de ter sido deferida a realização de exame de DNA e determinado ao Distrito Federal que arcasse com o pagamento desse exame, já que o autor da lide, representado por sua progenitora, não tinha condições econômicas de fazê-lo, sendo que este ainda contava com os benefícios da justiça gratuita. Ocorre que aquele ente da Federação não cumpriu a determinação proferida em despacho saneador.

Nesta segunda ação, o Juízo primevo rejeitou a preliminar da parte contrária acerca da existência de coisa julgada, tendo, contudo essa decisão sido reformada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em sede de Agravo de Instrumento, cuja ementa do acórdão abaixo se transcreve:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - PRELIMINAR DE COISA JULGADA REJEITADA NA INSTÂNCIA MONOCRÁTICA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - REPETIÇÃO DA AÇÃO PROPOSTA EM RAZÃO DA VIABILIDADE DA REALIZAÇÃO DO EXAME DE DNA ATUALMENTE - PRELIMINAR ACOLHIDA – PROVIMENTO DO RECURSO.
> Havendo sentença transitada em julgado, que julgou improcedente a intentada ação de investigação de paternidade, proposta anteriormente pelo mesmo interessado, impõe-se o acolhimento da preliminar de coisa julgada suscitada neste sentido em sede de contestação, cuja eficácia não pode ficar comprometida, sendo inarredável esta regra libertadora do art. 468 do CPC, com atenção ao próprio princípio prevalente da segurança jurídica. Hipótese de extinção do feito sem julgamento do mérito. (DISTRITO FEDERAL, 2000)

Contra essa decisão, o autor da ação, que em 2011, quando da apreciação do caso pelo Supremo Tribunal Federal tinha 29 anos, e o Ministério Público interpuseram Recursos Extraordinários alegando violação à coisa julgada, porque a sentença proferida no processo anterior não teria analisado o mérito do lide, já que por ausência de provas, não havia sido confirmada ou rejeitada a paternidade. A violação ao direito fundamental à filiação, ressalvando-se que a coisa julgada não poderia se sobrepor a esse direito, e ainda, violação ao direito à assistência gratuita, visto que mesmo tendo sido determinada a realização do exame de DNA  à custa do Distrito Federal, essa prova não foi realizada.

Por força de todas essas peculiaridades, os Ministros da Suprema Corte travaram um intenso debate acerca dos limites que deveriam ser dados à repercussão geral nesse caso. A preocupação de alguns Ministros, especialmente o Ministro Luiz Fux, seria delimitar o contexto fático, ao qual seria feita a referência na repercussão geral, de modo a se evitar que esse precedente fosse invocado para todo e qualquer caso que envolvesse a investigação de paternidade.

O então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ayres Britto (fl. 61-62) assim delineou a repercussão geral nesse caso:

> Também entendo que o caso é de repercussão geral da questão constitucional discutida nestes autos, em cima de dois temas eminentemente constitucionais, evidente. A coisa julgada, figura estelar, exponencial do princípio da segurança jurídica de um lado; e, de outro lado, o direito elementar à busca de sua própria identidade pelo conhecimento da origem, da sua ascendência, da ascendência do indivíduo no plano da sua paternidade.
> [...] quando se tratar de ação de paternidade julgada em caráter definitivo, improcedente por carência de prova; e diante desse contexto, desse entrecruzar de valores constitucionais, a segurança de um lado, representada pela coisa julgada, e esse direito, de que fala o Ministro Celso de Mello, significativo de um autêntico bem de personalidade, que é a busca da sua própria identidade biológica. O contexto é esse. (BRASIL, 2011c)

Assim, a questão *sub judice*, e vinculada à repercussão geral, remeteu-se a prevalência da coisa julgada em ação anterior de investigação de paternidade por carência de prova, mormente, no caso o exame de DNA sobre o direto à identidade biológica.

Em voto extenso e muito bem detalhado, inclusive citando a maioria dos autores já destacados e adeptos à teoria da relativização da coisa julgada, o relator do acórdão, Ministro Dias Toffoli entendeu pelo provimento dos Recursos Extraordinários, com base no fundamento de que a coisa julgada, não obstante, ser garantia fundamental e esteio do princípio da segurança jurídica, em determinadas circunstâncias deve ser relativizada, de modo a se resguardar outros valores também esculpidos na Constituição (BRASIL, 2015). O

direito à identidade biológica é, para o relator, uma das garantias que devem se justapor à coisa julgada, que, não tem valor absoluto, conforme narrado em seu voto.

A maioria dos Ministros aderiu ao posicionamento do relator, destacando-se, contudo, uma tentativa de solução dada pelo Ministro Luiz Fux em seu voto, de modo a sanar eventual vício processual passível de ser alegado, haja vista o transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento da ação rescisória.

De fato, com base nos ensinamentos de Moreira (1970; 2005) já mencionados, referentes ao termo inicial para o ajuizamento de ação rescisória em casos semelhantes, o Ministro Luiz Fux entendeu que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória, nesse caso, se iniciaria a partir de 1996, ano em que foi editada a lei pelo Distrito Federal, relativa ao custeamento do exame de DNA por esse ente, para as pessoas de condição socioeconômica vulnerável.

Assim, como a ação que originou os Recursos Extraordinários foi ajuizada nesse mesmo ano, essa poderia ser aceita como rescisória fosse, conforme destacado em seu voto.

A despeito dessa linha argumentativa não ter sido devidamente apreciada pela Corte, a nosso ver, vale o registro desse entendimento, para quiçá no futuro, a solução para casos como o ora apreciado passe pela sedimentação do entendimento do início do prazo, para o ajuizamento da ação rescisória na forma como destacada pelo Ministro Luiz Fux.

Os votos contrários nesse caso foram proferidos pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, que os fundamentaram basicamente na inexistência de efeito prático da procedência dos Apelos, visto que, da mesma forma que ocorreu anteriormente, o réu poderia se recusar novamente a fazer o exame de DNA. Nesse caso, a presunção de paternidade teria que ser confirmada após a análise dos outros elementos de prova.

Ainda, na inocuidade da garantia ao direito à identidade biológica nesse caso, visto que o autor já homem feito não prescinde mais do afeto e reconhecimento da família consanguínea. Além disso, assim como a dignidade humana deve estar resguardada na busca da identidade biológica, a alteração de todo um contexto familiar, após longo tempo, poderia ser encarado como uma falta a esse preceito.

Defendemos, que a despeito desses argumentos sólidos, a razão nesse caso está com esses Ministros, em vista da inércia do autor da ação, quanto à realização do exame do DNA.

Com efeito, na primeira ação, quando da recusa pelo Distrito Federal em relação ao pagamento do exame de DNA, o autor tinha o ônus de recorrer ou usar de todos os meios processuais possíveis para viabilizar a realização dessa prova e não o fez, segundo o relatado no acórdão. Nem mesmo a ação rescisória possível nesse caso, conforme destacado pelo

Ministro Cezar Peluso, foi intentada no prazo decadencial.

Isso, sem falar no fato de que o autor da ação teria ajuizado outras ações com o mesmo objeto, e desistido, conforme se verifica pelos votos desses Ministros. Dessa forma, revolver a coisa julgada nessas circunstâncias, como destacado pelos dois Ministros vencidos, não se mostra razoável, a nosso ver.

Não se trata de exercer qualquer juízo de valor sobre a preponderância da coisa julgada sobre o direito à identidade biológica em abstrato, mas sim, de analisar o caso em concreto, de modo a se aferir qual desses valores deve ser resguardado.

Por isso, entendemos que, dar repercussão geral em casos que envolvam uma série de questões fáticas específicas do caso, pode não ser a melhor solução, visto que, hodiernamente, como já sustentado nesse trabalho, os Tribunais de 2ª instância não têm feito o cotejo entre o caso decidido pelo Supremo Tribunal Federal e aqueles sob a sua jurisdição.

Uma vez, checada a questão acerca da relativização da coisa julgada, vale, certamente, averiguar-se as formas previstas no ordenamento jurídico, referentes á revisão da coisa julgada.

### *2.4.3 Coisa julgada e ação rescisória*

Nesse trabalho, analisaremos de forma mais aprofundada a ação rescisória e as regras dispostas nos artigos 475 e 741 do Código de Processo Civil, visto que o outro meio legal mais citado pela doutrina, além destes, a *querella nulitatis* é ação de cunho extraordinário passível, em casos de ausência de pressupostos para a existência e desenvolvimento regular da ação, tal como ausência de citação, e ainda, para nulidade de sentença eivada de vícios insanáveis. Esse é conceito dessa ação açambarcado pela jurisprudência, conforme se verifica pelo acórdão proferido no Recurso Especial 1.496.208/RS (BRASIL, 2015d).

Saliente-se que a despeito desse julgado ter entendido ser possível o ajuizamento dessa ação para afastar decisão proferida, com base em norma posteriormente declarara inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, fato é que o Supremo Tribunal Federal decidiu, no sentido de que a coisa julgada nesse contexto, deve prevalecer, acaso transpassado o prazo da ação rescisória.

Isso em situação idêntica àquela delineada no Recurso Especial 1.496.208/RS (BRASIL, 2015d), conforme se verá no próximo capítulo.

Quanto à ação rescisória, no nosso entendimento, a principal celeuma existente é

correlata à previsão de rescisão de uma decisão transitada em julgado por violação literal à disposição de lei, conforme preconiza o artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil, também reproduzido no novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), em seu artigo 966, inciso V, com a ressalva de que a terminologia usada foi "violar manifestamente norma jurídica".

Compreendemos, que essa nova redação tem o escopo de se evitar o alargamento das situações em que se torna possível a utilização dessa ação na situação acima delimitada. De fato, o termo "violação literal de lei" já trouxe dúvidas quanto à extensão e tipo de divergência passível de ensejar a ação rescisória, com base nesse termo. Por essa razão, foi necessário o Supremo Tribunal Federal ter pacificado o seu entendimento, de que somente a divergência razoável, e não aquelas divergências aberrantes, enseja a propositura da ação rescisória.

Com relação a essa previsão, foi editada a Súmula 343 (BRASIL, 1963b), Supremo Tribunal Federal, que vedou a possibilidade de ajuizamento de rescisória em relação à seguinte situação:

> Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. (BRASIL, 2015e)

Segundo a doutrina e jurisprudência, a razão de ser dessa Súmula é a impossibilidade de se utilizar a ação rescisória, via de revisão da coisa julgada, de forma a unificar jurisprudência divergente relacionada a determinado tema. Desse modo, a ação rescisória não tem como objetivo a uniformização de jurisprudência pelos Tribunais Pátrios, mas sim, como cediço, a revisão da coisa julgada em casos em que estiverem presentes uma das hipóteses previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que a jurisprudência e doutrina entendem de forma majoritária que a violação à Constituição também está abrangida no comando disposto no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil.

Em razão disso, houve divergência em relação à aplicabilidade da Súmula 343 (BRASIL, 1963b) quando a interpretação controvertida se tratar de matéria constitucional. Isso, não obstante ser solidificada a compreensão doutrinária de que a ação rescisória não se presta a ser um meio de uniformização de jurisprudência, a questão que se colocou é o interesse acerca da pacificação jurisprudencial em relação a temas de natureza constitucional.

Nesse cenário, o entendimento defendido pelo Ministro Gilmar Mendes com base

em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da inaplicabilidade do preceito da Súmula 343 (BRASIL, 1963b), quando houver divergência de interpretação do Texto Constitucional, porquanto a prevalecer entendimentos divergentes no tocante à aplicabilidade das normas constitucionais, princípios correlatos à segurança jurídica, como a máxima efetividade da norma constitucional poderiam ser arrefecidos.

Ainda, destaca o Ministro Gilmar Mendes no julgado abaixo, que como guardião da Constituição, o Supremo Tribunal Federal deve zelar para que a sua interpretação sobre norma constitucional seja observada pelos demais órgãos judicantes:

> EMENTA: Recurso Extraordinário. Agravo Regimental. 2. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343. 3. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação constitucional revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. 4. Ação Rescisória fundamentada no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal. A indicação expressa do dispositivo constitucional é de todo dispensável, diante da clara invocação do princípio constitucional do direito adquirido. 5. Agravo regimental provido. Recurso extraordinário conhecido e provido para que o Tribunal a quo aprecie a ação rescisória. (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário julgado 328.812/AM em 10/12/2002 e publicado em 11/04/2003. BRASIL, 2003d)

Nesse sentido, veja-se o seguinte trecho do voto do Ministro Gilmar Mandes:

> A aplicação da Súmula 343 em matéria constitucional revela-se afrontosa não só à força normativa da Constituição, nas também ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional. Admitir a aplicação da orientação contida no aludido verbete em matéria de interpretação constitucional significa fortalecer as decisões de instâncias ordinárias em detrimento das decisões do Supremo Tribunal Federal. Tal prática afigura-se tanto mais grave se se considerar que no nosso sistema geral de controle de constitucionalidade a voz do STF somente será ouvida após anos de tramitação das questões em duas instâncias ordinárias. Privilegiar a interpretação controvertida, para a mantença de julgado desenvolvido contra o orientação desta Corte, significa afrontar a efetividade da Constituição. (Agravo Regimental em Recurso Extraordinário julgado em 10/12/2002 e publicado em 11/04/2003. BRASIL, 2003d)

Esse foi o entendimento que prevaleceu durante anos no Supremo Tribunal Federal, tendo sido aplicáveis inclusive para ações relativas às discussões tributárias:

> AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. FINSOCIAL. EMPRESA EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS. MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA DECLARADAS INCONSTITUCIONAIS NO JULGAMENTO DO RE 150.764. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE AFIRMOU O ENQUADRAMENTO DA EMPRESA COMO EXCLUSIVAMENTE PRESTADORA DE SERVIÇOS, MAS EXTIRPOU AS REFERIDAS MAJORAÇÕES COM BASE EM PRECEDENTE APLICÁVEL ÀS EMPRESAS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS. ART. 56 DO ADCT.

> VIOLAÇÃO. 1. Preliminares de decadência por decurso do biênio legal e citação extemporânea. Afastamento diante de precedentes deste Tribunal. 2. Preliminar de descabimento da ação por incidência da Súmula STF 343. Argumento rejeitado ante a jurisprudência desta Corte que elide a incidência da súmula quando envolvida discussão de matéria constitucional. 3. Este Supremo Tribunal, ao julgar o RE 187.436, rel. Min. Marco Aurélio, declarou a constitucionalidade das majorações de alíquotas do Finsocial (art. 7º da Lei 7.787/89, art. 1º da Lei 7.894/89 e art. 1º da Lei 8.147/90) no que envolvidas empresas exclusivamente prestadoras de serviços. 4. Decisão rescindenda que destoa da orientação firmada nesse precedente, afrontando os arts. 195 da CF e 56 do ADCT, conforme a interpretação firmada no mesmo julgado. 5. Ação rescisória julgada procedente". (Ação Rescisória 1409/SC, julgado em, 26/03/2009 e publicado em 15/05/20019, BRASIL, 2009c)

Nesse mesmo sentido, é o ensinamento de Zavascki (2014, p. 161-165).

A nosso ver, todavia, em outubro de 2014, esta Corte restringiu esse posicionamento ao apreciar o Recurso Extraordinário 590.809/RS (BRASIL, 2014d). Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal julgou sob o regime de repercussão geral, um Recurso Extraordinário interposto contra o acórdão que havia dado provimento a ação rescisória interposta pela União, perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que havia rescindido o acórdão de sua lavra.

O acórdão rescindido foi proferido em 2004 e havia resguardado ao contribuinte o direito ao creditamento de IPI na aquisição de insumos isentos, com base em entendimento até então pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, nesse sentido.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao rescindir essa decisão, fundamentou o acórdão rescindendo na inaplicabilidade da Súmula 343 (BRASIL, 1963b) em relação à matéria constitucional e em razão do entendimento do Supremo Tribunal Federal ter sido alterado posteriormente, por esse mesmo órgão.

Com efeito, o acórdão rescindido estava em consonância com o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, sobre a concessão de créditos de IPI na aquisição de insumos, conforme entendimento externando quando do julgamento do Recurso Extraordinário 212.484/RS (BRASIL, 1998e), Recurso Extraordinário 350.446/PR (BRASIL, 2003a) e Recurso Extraordinário 353.668/PR (BRASIL, 2007e), tendo o julgamento finalizado em 18 de dezembro de 2002. Na mesma seara, o Supremo Tribunal Federal entendeu que essa regra poderia se estender à aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados, não tendo transitado em julgado tais recursos, por conta de Embargos de Declaração opostos pela União.

Posteriormente em 2007, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 370.382/PR (BRASIL, 2007f), Recurso Extraordinário 353.657/PR (BRASIL, 2010b), reviu o seu posicionamento sobre a constitucionalidade do creditamento de

IPI na aquisição de insumos isentos, sujeitos à alíquota zero ou não tributados.

Em vista dessa alteração jurisprudencial, como dito, a ação rescisória ajuizada pela União foi julgada procedente.

O contribuinte recorreu por meio de Recurso Extraordinário argumentando que a ação rescisória não pode ser uma via recursal com vistas à rediscussão de decisão passada em julgado, em vista da necessidade de estabilização das relações sociais somente obtidas por meio da coisa julgada.

O Relator Ministro Marco Aurélio entendeu pelo provimento desse Recurso, com base nos seguintes fundamentos: deveria ser aplicada ao caso a Súmula 343 (BRASIL, 1963b), uma vez que a alteração jurisprudencial do próprio Supremo Tribunal Federal não se equipara à divergência de interpretação, destacando que a decisão rescindida estava em consonância com o entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, e ainda que, a ação rescisória não pode ser usada como meio de uniformização de jurisprudência relativa às normas constitucionais sob pena de se afrontar a coisa julgada, a se ver do seguinte trecho do seu voto:

> Não posso admitir, sob pena de desprezo à garantia constitucional da coisa julgada, a recusa apriorística do mencionado verbete, como se a rescisória pudesse "conformar" os pronunciamentos dos tribunais brasileiros com a jurisprudência de último momento do Supremo, mesmo considerada a interpretação da norma constitucional. Neste processo, ainda mais não sendo o novo paradigma ato declaratório de inconstitucionalidade, assento a possibilidade de observar o Verbete nº 343 da Súmula se satisfeitos os pressupostos próprios.
> [...]
> A verdade é que, diante do quadro decisório revelado até então, o acórdão rescindendo não pode ser visto como a violar a lei, mas como a resultar da interpretação possível segundo manifestações do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal.
> Na situação concreta, consideradas as premissas veiculadas, deve-se reformar o acórdão impugnado.
> O Tribunal Regional Federal da 4ª Região julgou procedente o pedido formulado na ação rescisória para desconstituir o acórdão rescindendo, alcançando o creditamento do IPI nas hipóteses de insumo adquirido isento, não tributado ou sujeito à alíquota zero. É contra esse pronunciamento que a contribuinte interpõe o extraordinário, o qual, conforme os argumentos desenvolvidos, deve ter êxito.
> Ante o exposto, conheço do recurso e o provejo para, reformando a decisão recorrida, assentar a improcedência do pedido rescisório, mantendo-se incólume o acórdão rescindendo no tocante ao direito da recorrente ao crédito do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI quando da aquisição de insumos e matérias-primas isentos, não tributados e sujeitos à alíquota zero. Ficam invertidos os ônus da sucumbência. (BRASIL, 2014d)

O Ministro Teori Albino Zavascki abriu divergência ao argumentar que o Supremo Tribunal Federal não tinha solidificado posicionamento favorável à possibilidade de creditamento de IPI na aquisição de insumos isentos, produtos adquiridos com alíquota zero e

não tributados.

Para tanto, relembrou que, quando da revisão do posicionamento do Supremo Tribunal Federal em 2007 sobre essa matéria, justamente, em razão da alteração de entendimento sobre a matéria, o Ministro Ricardo Lewandowski propôs a modulação dos efeitos da decisão, não tendo sido acolhida essa proposição, haja vista a posição do Plenário de que não teria havido o rompimento com a jurisprudência anterior, que não havia se solidificado até então.

Dessa forma, o Ministro Teori Albino Zavascki concluiu que prover o Recurso Extraordinário do contribuinte seria voltar atrás e desdizer o que foi afirmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em relação à ausência de alteração jurisprudencial.

O Ministro Marco Aurélio rebateu esse argumento explicando que, com relação ao creditamento na aquisição de insumos isentos, desde o término do processo em 2002, o Supremo Tribunal Federal já havia solidificado o seu posicionamento. E mesmo em relação à aquisição de insumos sujeitos à alíquota zero ou não tributados, apesar de não finalizados os julgamentos referentes ao creditamento até a alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal em 2007, não haveria dúvidas quanto à posição daquela Corte sobre o tema, a se ver dos seguintes trechos do voto anteriormente anunciado por ele e do seguinte trecho acórdão após a manifestação do Ministro Teori Albino Zavascki:

> Quanto a estes – os pressupostos –, entendo-os preenchidos.
> No julgado rescindendo, de 2 de março de 2004, foi assegurado à recorrente o direito de apropriar-se de créditos presumidos de IPI alusivos a insumos e matérias-primas adquiridos sob o regime de isenção, de alíquota zero e não tributado. Trata-se, portanto, de reconhecimento do direito pleiteado em relação às três hipóteses distintas de desoneração fiscal. Desse modo, é necessário realizar um corte investigatório consideradas as situações descritas, identificando como o Supremo decidia o tema no tocante a cada um dos fenômenos discutidos: isenção, alíquota zero e não tributado. O Pleno enfrentou a questão no Recurso Extraordinário nº 212.484/RS, em 5 de março de 1998, envolvidos insumos e matérias primas adquiridos exclusivamente sob o regime de isenção. Assentou o direito ao crédito, apontando a ausência de afronta ao artigo 153, § 3º, inciso II, da Carta Federal. O acórdão, redigido pelo ministro Nelson Jobim, transitou em julgado em 10 de dezembro do mesmo ano, passando a servir de precedente seguro – assim deve ser tomado pronunciamento do Supremo – para as decisões dos demais tribunais do país. Daí se poder afirmar, relativamente ao instituto da isenção, que existia, à época, entendimento sólido do Supremo, revelado pelo Plenário, no mesmo sentido do ato rescindendo.
> Quanto aos insumos sujeitos à alíquota zero e não tributados, o debate ocorreu nos Recursos Extraordinários nº 350.446/PR, nº 353.668/PR e nº 357.277/RS, relator ministro Nelson Jobim, apreciados em 18 de dezembro de 2002. O Tribunal de origem havia reconhecido o crédito para insumos tanto isentos como sujeitos à alíquota zero e não tributados.
> A União, recorrente, aduziu que o tratamento dado à isenção não alcançaria os demais casos, não sendo possível, na situação concreta, observar o precedente do aludido Recurso Extraordinário nº 212.484/RS.

> Vê-se que o ente federativo acatou a óptica do Supremo no tocante à isenção, mantendo a insurgência apenas em relação à alíquota zero e à não tributação. O Pleno, na linha desenvolvida pelo relator, não admitiu diferenciar os institutos para o fim de fruição dos créditos, consignando linearmente o direito da então recorrida.
> Essas decisões não transitaram em julgado, tendo a União interposto embargos de declaração. Tal circunstância, todavia, considerada a excepcionalidade do caráter modificativo dos declaratórios, não retirou a força persuasiva dos pronunciamentos. A embargante insistiu nas diferenças entre isenção e os regimes de não tributação e alíquota zero, inclusive quanto à dificuldade, nesses últimos casos, de definir a forma de apuração dos ditos "créditos presumidos", sem arguir omissões, contradições e obscuridades. Por isso, os recursos foram desprovidos. Os segundos declaratórios também não mereceram acolhimento, mesmo em momento posterior à mudança da jurisprudência do Tribunal sobre a questão de fundo. Em outras palavras, apesar da inexistência de desfecho imediato desses processos, o Supremo sinalizou com cores fortes a uniformização do entendimento atinente às três hipóteses de desoneração: assentou o direito ao crédito não apenas no caso de aquisição de insumos isentos, mas também de não tributados e sujeitos à alíquota zero.
> [...]
> Presidente, em primeiro lugar, cabe distinguir a problemática da modulação, que beneficiaria os contribuintes em geral – pouco importando terem ingressado ou não em Juízo –, da que está em mesa para julgamento.
> Em segundo lugar – e posso dizer porque compus inclusive a velha guarda deste Tribunal –, jamais entendemos flexibilizado o Verbete nº 343, considerado pronunciamento do próprio Supremo. Quando excepcionamos questão constitucional, assim o fizemos a partir de controvérsia nos demais patamares do Judiciário.
> O que houve na espécie? O Supremo sinalizou, mediante decisão, como disse, que se fez ao mundo jurídico por escore acachapante de nove a um, que o sentido da Constituição Federal – enfrentando, portanto, a Carta da República – seria o que acabou, ante essa orientação, a meu ver, muito séria do Supremo, sendo acatado pelo Tribunal de origem no julgamento do processo de conhecimento. Não me refiro ao julgamento da rescisória. Indago: se durante praticamente dois anos vigorou essa orientação daquele que é guarda da Lei Maior, é possível dizer-se que os pronunciamentos formalizados pelos demais tribunais, pelos Tribunais Regionais Federais, contrariaram frontalmente a Constituição Federal? Indago, mais: por que não se propôs rescisória contra o acórdão do Supremo? Penso que é caso típico de considerar-se o Verbete nº 343, ante, repito, sinalização, a meu ver, muito forte deste Tribunal quanto ao direito ao creditamento, e que foi a observada, inclusive creio pelo próprio Supremo, talvez em agravos, durante cerca de dois anos. Para ser mais preciso, consideradas as datas dos julgamentos, durante um ano, onze meses e vinte e sete dias.
> Confesso, Presidente, que, no recurso extraordinário em que se assentou o precedente, votei formando na maioria liderada pelo ministro Nelson Jobim. Ficou vencido apenas o ministro Ilmar Galvão.
> Reexaminando a matéria, concluí, como relator de alguns processos – e creio que fui o relator dos precedentes subsequentes, de evolução –, que não há o direito ao crédito. Admitirmos, a esta altura, o cabimento da rescisória é compará-la a rescisória a um instrumento diverso, não a tomando como ação autônoma de impugnação, mas, sim, como um meio de uniformização da jurisprudência. É colocar em segundo plano que o Supremo sinalizou aos Regionais Federais o alcance da Carta da República.
> Não encontramos, Presidente, um único precedente – farei a pesquisa, de qualquer forma, porque a memória pode estar a falhar – em que este Tribunal entendeu que a flexibilização do Verbete nº 343 diria respeito, também, aos próprios pronunciamentos, não apenas às controvérsias porventura existentes quanto ao alcance da norma constitucional nos demais tribunais.
> Por isso, mantenho o voto como proferido. (BRASIL, 2014d)

A nosso ver, a razão está com o Ministro Marco Aurélio, haja vista a demonstração de que houve uma alteração na jurisprudência sobre a questão *sub judice.*

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, de forma a delimitar as hipóteses de conhecimento da ação rescisória, entendeu em Recurso Extraordinário com repercussão geral, que a alteração de entendimento jurisprudencial não se equipara à divergência de interpretação da Constituição.

Portanto, restringiu a utilização dessa ação, de modo a salvaguardar a garantia constitucional da ação rescisória.

### *2.4.4 Coisa julgada e ação rescisória e artigos 475-l, parágrafo 1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil*

Outros meios que têm sido corriqueiramente lembrados como meio de relativização da coisa julgado, ou melhor, a sua revisão, são os comandos dispostos nos artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único do Código de Processo Civil que prescrevem:

> Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:
> [...]
> II– inexigibilidade do título;
> [...]
> §1º. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.
> Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:
> [...]
> II– inexigibilidade do título;
> [...]
> Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o 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. (BRASIL, 2015a)

Apesar de esse segundo dispositivo ter sido questionado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.418 (BRASIL, 2001b) e 3.740 (BRASIL, 2006c) ainda pendentes de apreciação no Supremo Tribunal Federal, fato é, que parte da doutrina tem entendido pela constitucionalidade desse artigo.

Em suma, ambas as ações questionam a constitucionalidade daquele dispositivo em vista da vedação da lei prejudicar a coisa julgada. Nesse sentido, aduzem que uma lei não

pode restringir à eficácia da coisa julgada as decisões posteriores proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Alguns autores (DINAMARCO, 2001, p. 31; THEODORO JÚNIOR e FARIA, 2002, p. 24) entendem pela sua constitucionalidade que superada a questão sobre o vício formal de sua edição, desde que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade tenha sido proferida em controle concentrado ou difuso com posterior Resolução do Senado. Ou seja, seria possível questionar a execução de sentença de determinada ação, caso após o trânsito em julgado dessa decisão executada, o Supremo Tribunal Federal proferir decisão em sentido contrário àquele consignado da decisão já passada em julgado.

Porém, autores com Greco (2006), Dallazen (2005) e Marinoni (2013) acreditam que esse dispositivo é inconstitucional.

Segundo Greco (2006. p. 300), o referido dispositivo viola a Constituição, haja vista se sobrepõe à prerrogativa do Senado para afastar lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, já que não faz qualquer distinção quanto ao tipo de decisão proferida por aquela Corte e em que circunstâncias pode ser aplicado.

Em decorrência disso, a regra em comento daria eficácia *ultra partes* à decisão proferida em sede de controle difuso.

Greco (2006) alega, ainda, que mesmo que a decisão posterior do Supremo Tribunal Federal à decisão passada em julgado e objeto de execução de sentença fosse proferida em sede de controle concentrado, por não se sujeitar a qualquer marco temporal, a retroação dos efeitos dessa decisão violaria o princípio da segurança jurídica.

Já Dallazem (2005, p.78-88) alega a inconstitucionalidade desse dispositivo por vários motivos. Primeiro, a ausência de urgência e relevância em matéria processual que motivaria a edição da Medida Provisória 2.180-35 que introduziu esse dispositivo no Código de Processo Civil. Segundo, a prorrogação de medida provisória de forma indefinida, conforme permitido pela Emenda Constitucional 32/2001 (BRASIL, 2001f) fez com que a soberania popular em relação à edição de lei para regulamentar a matéria dessa medida provisória fosse tolhida ferindo a legalidade. E o terceiro motivo, a ofensa aos princípios da segurança jurídica e tripartição de poderes, posto que se afasta a coisa julgada por meio de um ato exarado pelo Poder Executivo, e não do Poder Judiciário, poder competente, de acordo com o previsto na própria Constituição para rever a coisa julgada em determinadas circunstâncias previstas em lei.

Dallazem (2005) afirma que, a conversão da referida medida provisória em lei pelo

Poder Legislativo não afasta o ferimento ao princípio da tripartição de poderes, uma vez que como somente o Poder Judiciário poderia rever a coisa julgada em certas ocasiões previstas em lei. Todavia, com o advento da Lei nº 11.232/2005 (BRASIL, 2005a) esse argumento não tem mais razão de ser.

Por fim, discorre sobre uma questão de ordem prática. Caso prevaleça a constitucionalidade do artigo em questão, em tese, a parte que estiver sucumbindo em um processo, mas tiver ciência de uma decisão do Supremo Tribunal Federal favorável à sua argumentação, não precisará interpor recurso ou poderá interpor recurso errôneo que não venha a ser conhecido. Isso porque, terá posteriormente como impugnar o título executivo baseada em sentença contrária ao posicionamento do STF, situação, que segundo esse autor, fere toda a lógica do sistema recursal brasileiro.

Leal também vê com restrições a aplicação da regra prevista no artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil:

> O que suplica ab initio esclarecimento quanto ao tema da coisa julgada é o que seja efeito da sentença de mérito transitada em julgado. Ora, se somente as sentenças condenatórias e as arroladas no art. 584 do CPC é que equivalem, no Direito Processual Brasileiro, título executivo judicial a terem cumprimento (jurissatisfação) pelo Processo de Execução indicado no Livro II do CPC, outro tipo de sentença, ainda que de mérito, refugiria do âmbito de encaminhamento executivo do aludido LIVRO II; portanto, escaparia também da aplicabilidade do estranho parágrafo único do artigo 741 do LIVRO II do CPC. O parágrafo único desse artigo é norma específica quando afirma: 'para efeitos do disposto no inciso II desse artigo', logo exclusivamente para efeito do disposto no inciso II que trata da inexeqüibilidade (inexigibilidade) do título a ser levantada pela via excetiva como matéria preliminar nos EMBARGOS À EXECUÇÃO (LEAL 2005, p.5)

Ainda Leal citando Dias lembra que a revisão de uma decisão passada em julgada quando de sua execução enseja a violação ao devido processo legal:

> O discernimento impõe-se que, desde 1998, a sentença de mérito transitada em julgado só pode ter origem em procedimento processualizado no qual haja atendimento ao disposto no art. 5º, LV, CB/88, porque, se tal não ocorrer, o Estado-Juiz dever ser responsabilizado por exercer atividade judicacional (judicial-jurisdicional) sem observar o due process constitucionalizado. (DIAS *apud* LEAL, 2005, p. 5.)

Mas é Marinoni (2013), a nosso ver, que faz a crítica mais contundente e correta quanto à inconstitucionalidade desse artigo ao asseverar que:

> É significativo e estranho que muitos apóiem a facilidade autoritária de um mecanismo que agride a essência da coisa julgada material e não dêem importância às técnicas de vinculação dos juízes ordinários às decisões do Supremo Tribunal Federal, sob o curioso e surpreendente argumento de que "vinculação" eliminaria a liberdade de o juiz julgar. Ora, a vinculação dos órgãos judiciais, diante das decisões

> do Supremo Tribunal Federal, é absolutamente indispensável em um sistema que consagra o controle difuso da constitucionalidade.
> Autoritário e inconcebível é pretender fazer desaparecer toda e qualquer decisão, garantida pela coisa julgada, que venha a não ser referendada pelo Supremo Tribunal Federal, como se pudesse existir uma coisa julgada sujeita a condição negativa temporalmente imprevisível.
> Admitir que um processo se desenvolva por anos e gere uma sentença proferida por um juiz que tem dever de controlar a constitucionalidade, para posteriormente se dar ao executado o poder de alegar uma declaração de inconstitucionalidade posterior à formação da coisa julgada material, constitui gritante aberração, a violar, de uma vez só, o poder dos juízes e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, para não falar das ilogicidades de menor relevância, como a de impor a administração da justiça o tempo, o trabalho e o custo dos processos individuais que por anos se desenvolveram para se chegar a uma sentença que, muito embora indiscutivelmente legítima, é posteriormente "riscada do mapa". (MARINONI, 2013, p.129-131)

O entendimento do ilustre professor paranaense está corretíssimo a nosso ver. Nada mais fere a segurança jurídica e a proteção da confiança, do que um advogado informar para o seu cliente que a decisão não será mais executada, apesar de transitado em julgado uma decisão que lhe garantia a execução de um valor *x* após anos de demanda. Isso porque, mesmo após o trânsito em julgado dela, o Supremo Tribunal Federal declarou a lei na qual se baseou a sentença inconstitucional, ou entendeu que a interpretação de determinado dispositivo de lei que fundamentou a sentença é incompatível com a Constituição.

Caso isso seja possível, de fato, a coisa julgada alçada a condição de garantia fundamental se e até quando o Supremo Tribunal Federal decidir em contrário. E por isso, torça jurisdicionado para que o seu advogado execute a sentença o quanto antes e que no curso dela o Supremo Tribunal Federal não invalide a sua coisa julgada.

A situação, a nosso ver, é distinta daquela que em sede de relações de trato sucessivo, o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional uma lei em sede controle concentrado ou difuso com posterior Resolução do Senado. E, por conta disso, a coisa julgada pode não surtir mais efeito no futuro, após a prolação dessa decisão. Não se trata, portanto, de relativização da coisa julgada, posto que, como já destacado anteriormente, nesse tipo de situação, os seus efeitos cessam dali em diante por alteração do Estado de Direito.

No caso em questão, a decisão do Supremo Tribunal Federal tem o condão de retroagir e aí sim macular a coisa julgada, pois esta será revisada em sede de execução de sentença. Tanto isso é verdade, que a maioria dos doutrinadores adeptos à teoria da relativização da coisa julgada invoca o dispositivo em comento como uma das formas de se relativizar a coisa julgada.

Felizmente, há jurisprudência do Supremo Tribunal, entendendo pela inconstitucionalidade, sendo o Ministro Celso de Mello um dos defensores dessa tese, a se ver

do seguinte precedente relatado por ele:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA "RES JUDICATA" - "TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT" - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia "ex tunc" - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, "in abstracto", da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. - O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS, julgamento em 03 de abril de 2012, publicado em 22 de novembro de 2012, BRASIL, 2012c)

Contudo, há entendimento de que se aplica esse dispositivo quando a decisão proferida posteriormente à coisa julgada tiver ocorrido em controle concentrado ou em difuso, com posterior resolução do Senado. (BRASIL, 2014a).

Saliente-se ainda que 7 de junho de 2014 foi declarada a repercussão geral no Recurso Extraordinário 611.503/RS (BRASIL, 2011e), que será julgado em conjunto com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.418 (BRASIL, 2001b) e 3.740 (BRASIL, 2006c), conforme decisão do Plenário publicada em 18 de setembro de 2014.

Vale ainda relembrar que já há votos de quatro ministros favoráveis a inviabilidade da regra prevista no artigo 884, § 5º da Consolidação das Leis Trabalhistas, cuja redação se assemelha com aquelas dos comandos dispostos nos artigos 741, parágrafo único e 475-L do Código de Processo Civil nos autos do Recurso Extraordinário 590.880/CE (BRASIL, 2008f).

Os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso, negando provimento ao recurso, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, declarando a inconstitucionalidade desse artigo inclusive e três favoráveis, Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski.

O recurso acima mencionado também será julgado em conjunto com os demais casos sobre esse tema.

Ressalte-se ainda que a despeito do Supremo Tribunal Federal ainda não ter apreciado de forma definitiva a matéria em questão, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça por unanimidade decidiu no Recurso Especial 1.189.619/PE (repetitivo de controvérsia) (BRASIL, 2010c), que qualquer decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma em controle difuso ou concentrado enseja a invocação do comando disposto no artigo 741, parágrafo único, e por consequência, daquele previsto no artigo 475-L, § 1º:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. FGTS. EXPURGOS. SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.
> 1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente, abarcando, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional.
> 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição.
> 3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado.
> 4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo.
> 5. "À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária

> pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI)" (REsp 720.953/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22.08.05).
> 6. A alegação de que algumas contas do FGTS possuem natureza não-optante, de modo que os saldos ali existentes pertencem aos empregadores e não aos empregados e, também, de que a opção deu-se de forma obrigatória somente com o advento da nova Constituição, sendo necessária a separação do saldo referente à parte optante (após 05.10.88) do referente à parte não-optante (antes de 05.10.88) para a elaboração de cálculos devidos, foi decidida pelo acórdão de origem com embasamento constitucional e também com fundamento em matéria fática, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.
> 7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (Recurso Especial 1.189.619/PE, julgado em 25/08/2010 e publicado em 02/09/2010. BRASIL, 2010c)

Por fim, cabe destacar que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) (BRASIL, 2015a), institucionalizou, de forma inconstitucional, a nosso ver, uma nova possibilidade de ajuizamento de ação rescisória,

De acordo com o artigo 525, parágrafo 1º, inciso III e parágrafos 12 e 15 do novo (BRASIL, 2015a), se a decisão declaratória de inconstitucionalidade da norma que lastreou a decisão exequenda tiver sido proferida pelo Supremo Tribunal Federal em data posterior ao trânsito em julgado daquela decisão exequenda, será possível o ajuizamento de ação rescisória, a partir dessa decisão. Esta última pode ter sido proferida tanto em controle concentrado, quanto em controle difuso. Isso vale também para o caso da decisão exequenda passada em julgado, fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Dessa forma, esses dispositivos normatizaram a coisa julgada pendente de condição futura e eventual (condição suspensiva). Isso porque, não obstante transcorrido o prazo para questionamento da decisão exequenda transitada em julgado, esta poderá ser rescindida, mesmo após dois anos do seu trânsito em julgado, a partir de eventual e posterior decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal, declarando a inconstitucionalidade da norma.

Machado Segundo e Machado (2015) já analisaram em artigo publicado em 2015 sobre essa nova hipótese de ação rescisória. No referido trabalho, os autores fazem uma diferenciação fundamental a nosso ver, também destacada acima, entre as relações de trato sucessivo e aquelas de efeito imediato para fins de averiguação do impacto de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário àquele consignado na decisão

passada em julgado passível de execução pelo contribuinte:

> Sob a vigência do CPC de 1973, a mudança na orientação do STF não consistia, de forma explícita, em fundamento para a propositura de ação rescisória. Apesar disso, em algumas situações, assistiu-se ao trânsito em julgado de decisões que acolhiam entendimentos posteriormente desautorizados pelo STF, colocando-se a questão de saber se poderiam ser rescindidas, ou por alguma outra forma revistas, ou se deveria preservar a imutabilidade, em atenção à garantia da coisa julgada.
> O entendimento mais adequado, nesse cenário, parecia ser o que diferenciava situações de trato instantâneo, daquelas que cuidavam de relações ditas "continuativas". As sentenças passadas em julgado que apreciassem as primeiras, vale dizer, julgassem situações concretas havidas no passado e situadas apenas no passado, deveriam ser preservadas, ainda que a jurisprudência em torno do tema se houvesse alterado. A menos, claro que tais sentenças pudessem ser consideradas equivocadas já no tempo em que proferidas, à luz dos critérios previstos no art. 485 do CPC/1973. Entretanto, em se tratando de situações continuativas, assim entendidas aquelas que se repetem, de forma semelhante, continuamente, atraindo a incidência das mesmas normas e, portanto, fazendo com que a sentença que as aprecia produza efeitos futuros, a situação não seria tão facilmente equacionada. No caso da relação continuativa, considera-se que a sentença que declara a sua existência, inexistência ou modo de ser, continua produzindo efeitos enquanto não se modificar o estado de fato ou de direito que serviu de premissa à decisão. Uma mudança radical na jurisprudência, que passa, por exemplo, a considerar constitucional a norma tida por inconstitucional pela decisão transitada em julgado, pode ser modificação dessa natureza.
> Nesse segundo caso, porém, o instrumento processual mais adequado para reabrir a discussão não parece ser a ação rescisória. Primeiro, porque esta pressupõe que a decisão rescidenda tem um defeito já detectável na época em que ela é proferida, o que não é o caso de uma mudança posterior na jurisprudência. Do contrário, perderá o sentido a própria ideia de controle difuso de constitucionalidade, pois qualquer manifestação prévia, de qualquer juiz ou tribunal, que não se alinhe ao que o Supremo Tribunal Federal decidir, ainda que muitos anos depois, será considerada "errada", "manifestamente contrária à literalidade da lei", o que não parece razoável. Segundo, porque a rescisória teria, nesse caso, fundamento em fato posterior ao trânsito em julgado da decisão rescindenda, o que poderia trazer problemas sérios relacionados à contagem do prazo correspondente. Afinal, poderia ocorrer de a rescisória tornar-se cabível, em função do pronunciamento do STF contrário ao entendimento adotada na decisão rescindenda, mais de dois anos depois do trânsito em julgado. Terceiro, porque a rescisória, justamente por pressupor um "erro" na decisão rescindenda, contemporâneo à sua prolação, tem efeitos em regra *ex tunc*, o que não pareceria razoável ocorrer nos casos de decisões validamente proferidas e posteriormente incompatíveis com o entendimento firmado anos depois pelo STF. A melhor solução, em tais casos, parecia ser a propositura de ação fundada no art. 471, I, do CPC/1973, com efeitos necessariamente ex nunc, para discutir os efeitos de uma superveniente decisão do STF sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei aplicada por uma sentença passada em julgado, no que tange às relações jurídicas continuativas. (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2015, p. 172-173)

Compreendemos que essa nova previsão de ação rescisória está eivada de inconstitucionalidade, considerando a inquestionável limitação a esse instituto por condicionar a sua eficácia até a prolação de uma decisão eventual e futura. E esse entendimento também encontra guarida nos ensinamentos de Machado Segundo e Machado (2015) que assim concluem sobre a nova possibilidade de rescisória:

> Com o novo CPC, o instrumental jurídico para o enfrentamento dessas questões mudou, pois passou a prever, de forma expressa, o cabimento de ação rescisória, com a definição do termo inicial do prazo de dois anos, para esse caso, como sendo a data da prolação do novo entendimento por parte do STF (novo CPC, art. 535, parágrafos 5º e 8º). Essa mudança pode ser vista positiva, caso se entenda que a rescisória, nesses casos, deverá ter efeitos em regra ex nunc, se julgada procedente, aplicando-se, portanto, apenas às relações de trato continuativas. Caso, porém, se considere que a disposição permite aplicação ex tunc, inclusive às relações situadas inteiramente no passado, o dano à segurança jurídica causado pela alteração poderá ser muito grande, tornando-se questionável a sua validade, à luz da garantia da coisa julgada. (MACHADO SEGUNDO; MACHADO, 2015, p. 174)

# 3 EFICÁCIA DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL À LUZ DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS

## 3.1 Conceito, fundamentos, natureza jurídica e histórico do controle de constitucionalidade

### *3.1.1 Conceito, natureza jurídica e fundamentos do controle de constitucionalidade*

O controle de constitucionalidade de leis e atos normativos não pode ser dissociado do conceito de jurisdição, especificamente da jurisdição constitucional, consoante será explicitado a seguir.

Antes, porém, é necessário que seja delineado o conceito de jurisdição. Para Chiovenda (2000), jurisdição é definida como:

> [...] função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva. (CHIOVENDA, 2000, p. 3.)

Agra (2008, p.213-215), em artigo sobre a jurisdição constitucional brasileira publicado em livro sobre o controle de constitucionalidade, elenca as principais características da jurisdição. Segundo esse autor pernambucano, a primeira característica é o fato de a jurisdição depender de uma estrutura normativa prévia que deve ser aplicada em concreto por meio dela. A segunda característica é individualizar a norma em abstrato em um caso concreto. E ainda, a jurisdição pode ser caracterizada pelo fato de ser revestida pela autoridade da coisa julgada, em razão da função de pacificação social da coisa julgada, como destacado no capítulo antecedente. Outra característica da jurisdição está vinculada à sua inércia, partindo-se da premissa, salvo raras exceções, de que a aplicação da jurisdição depende da provocação pelas partes interessadas na resolução de um conflito. Por fim, a última característica da jurisdição diz respeito à substituição da vontade das partes pela decisão judicial proferida em ação intentada por uma das partes.

Em vista dos ensinamentos de Chiovenda (2000) e Agra (2008), constata-se que o conceito de jurisdição perpassa pela análise de uma ação intentada por uma das partes do litígio, de modo a verificar se a demanda (pedido) nesta ocasião pleiteada deve ou não ser atendida. Por outro lado, a jurisdição pode ser prestada com base na averiguação pelo Poder Judiciário acerca da validade de determinada norma ou ato normativo, à luz da Constituição ou normas hierarquicamente superiores àquela passível de convalidação. Isso,

independentemente de ação judicial provocativa dessa análise.

Em outros termos, a ideia de jurisdição em âmbito judicial se relaciona com o dever do Poder Judiciário de resolver litígios ou afirmar a constitucionalidade ou legalidade de um ato normativo, considerando-se o ordenamento jurídico de um País ou o ordenamento internacional. Via de regra, é possível que, as duas formas acima mencionadas de prestação jurisdicional, ocorram de modo conjunto em uma lide, ou ainda, de modo segregado, como se verá adiante.

Em se tratando de jurisdição constitucional, a sua aplicabilidade não pode estar dissociada das ideias de supremacia e força normativa da Constituição propaladas por Hesse (1991) em obra traduzida "A Força Normativa da Constituição", por Gilmar Ferreira Mendes. Destaque-se, inclusive, que tais concepções doutrinárias, para a maioria da doutrina nacional, têm status de princípios constitucionais que asseguram a observância obrigatória das normas constitucionais. Nesse sentido, Zavascki (2014, p.13) ensina que esse instituto tem como razão de ser o dever de observância da Constituição por todas as pessoas e entidades privadas, além do Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Explica Barroso (2012, p. 25) que a jurisdição constitucional é gênero por se traduzir na aplicação da Constituição por juízes e tribunais. E o controle de constitucionalidade é espécie, que ocorre quando o Poder Judiciário aplica de forma indireta a Constituição, por meio da averiguação acerca da validade de uma norma infraconstitucional aplicada no caso concreto à luz da Constituição.

O doutrinador fluminense e atual Ministro da Suprema Corte define o controle de constitucionalidade como sendo um mecanismo de correção para restabelecimento da harmonia do sistema, que se dá pela verificação da adequação de uma norma infraconstitucional à Constituição, posto que aplicar uma norma inconstitucional é deixar de aplicar a Constituição (BARROSO, 2012, p. 23). A percepção desse autor sobre a serventia do controle de constitucionalidade no Brasil se conecta com a concepção de supremacia, unicidade e observância da Constituição. Isso, considerando a necessidade de eliminar do ordenamento, ou quando menos, afastar a aplicação em concreto de norma que contrarie a Constituição.

Tanto é assim que, para Barroso (2012), são duas as premissas indispensáveis para a existência do controle de constitucionalidade. A supremacia da Constituição revela a hierarquia da norma constitucional em relação às demais, traduzindo-se como fonte de validade de outras normas, o que enseja a invalidade de qualquer norma inferior que esteja em desacordo com ela. Na verdade, para ele, nenhum ato jurídico que esteja em desconformidade

com a Constituição terá validez.

Velloso (1989, p. 1-2) afirma que a supremacia da Constituição se concretiza através da supremacia material, por meio da qual toda ordem jurídica tem validade na Constituição, já que esse é o ato normativo que distribui e organiza competências legislativas, administrativas e funcionais. E também através da supremacia formal, que decorre do fato da Constituição ter regras mais rígidas para alteração em comparação com outras infraconstitucionais. Por essa razão, a Constituição somente pode ser alterada por um procedimento especial, já que esse ato normativo é decorrente do Poder Constituinte que institui todos os outros poderes e não é instituído por qualquer outro poder.

Essa supremacia formal foi denominada por Barroso (2012) como a rigidez constitucional (segunda premissa para o controle de constitucionalidade) e consiste na elaboração formal mais rígida e elaborada de uma norma constitucional, de modo a diferenciar seu modo de formação das demais normas e evitar a sua revogação por elas. Essa característica ainda tem o condão de preservar o direito das minorias em face das maiorias parlamentares eventuais, que poderiam alterar uma norma constitucional no seu interesse, caso não houvesse rigidez constitucional no processo de elaboração e alteração dessa norma constitucional. Portanto, para Barroso, essa rigidez se afigura como um meio de preservação de valores consagrados pela sociedade em geral e protegidos pela Constituição de possíveis tentativas de alteração por injunções políticas momentâneas (BARROSO, 2012, p. 23-24).

Em sentido semelhante, Zavascki (2014) delimita o controle de constitucionalidade como sendo o controle do Judiciário sobre ato inconstitucional. Ou seja, a interpretação e aplicação da Constituição pelo Judiciário não se restringe somente ao controle de constitucionalidade das leis, mas também de outros atos infraconstitucionais. Esse autor ainda destaca que esse controle não é exercido apenas pelo Supremo Tribunal Federal e sua existência está relacionada ao dever do Judiciário de repelir lesão ou ameaça de direito individual ou coletivo assegurado pela Constituição (ZAVASCKI, 2014, p.14).

### *3.1.2 Origem do controle de constitucionalidade*

Segundo Sampaio (2013, p. 474-477), a hierarquização de normas regulamentadoras de conduta vem sendo tratada desde a antiguidade. De acordo com os seus ensinamentos, desde a Grécia Antiga, já havia uma distinção entre a *nómos* (lei ou norma superior) e *pséfima*

ou *psephisma* (decreto ou norma inferior)[1]. Na idade média, perdurou a noção de supremacia de uma norma superior que se sobrepunha às demais, na medida em que as leis fundamentais do reino deveriam ser obedecidas até mesmo pelo rei.

Prosseguindo em seu estudo sobre a jurisdição constitucional, Sampaio (2013 ressalta em sua obra que a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, marco legislativo oriundo da Revolução Francesa, preserva a supremacia da Constituição ao impor a todos o dever de obediência à Constituição francesa.

Esse breve histórico sobre a jurisdição constitucional e a forma como se organizou desde a antiguidade a hierarquização de normas é importante para demonstrar que o controle de constitucionalidade baseado na averiguação da conformidade de uma norma inferior com o texto maior de determinada nação, estado ou povo, se faz necessária justamente para garantir a higidez e a segurança de um ordenamento jurídico.

Nesse contexto, vale destacar que a origem do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário remonta ao famoso caso Marbury x Madison, julgado em 1803 pela Suprema Corte norte-americana. Conforme preleciona Barroso (2012) sobre o tema, Marbury x Madison foi o primeiro caso no qual a Suprema Corte norte-americana atribuiu a si o poder de examinar o controle de constitucionalidade de uma lei em razão da necessidade da supremacia da Constituição.

Por não ser imprescindível a narrativa do contexto histórico daquele caso, basta para esse trabalho, esclarecer que a lide dizia respeito ao direito de o cidadão Marbury ser empossado como Juiz de Paz, conforme determinado pelo Presidente da República que anteriormente ocupara a Casa Branca.

Segundo narrado na obra de Barroso (2012), o juiz da Suprema Corte norte-americana John Marshall dedicou a primeira parte do seu voto a explicar que Marbury tinha direito a sua investidora no cargo. Na segunda parte, demonstrou que, se Marbury tinha direito à investidura no cargo, deveria haver um remédio judicial que assegurasse esse direito. E na terceira parte do voto, Marshall se dedicou a responder se esse direito deveria ser assegurado pelo *writ of mandamus* e se, positivo, a Suprema Corte poderia concedê-lo.

Marshall considerou que o *writ of mandamus* era o meio adequado, e que somente existiam dois atos emanados pelo Poder Executivo que escapavam ao controle de constitucionalidade pela Suprema Corte, quais sejam: os atos de natureza política e os atos aos quais a Constituição ou a lei tivessem outorgados ao Executivo discricionariedade para fazê-

[1] Tradução nossa.

lo.

Tirante essas duas exceções, onde a lei a e Constituição determinassem um dever ao Executivo, caberia ao Poder Judiciário verificar e determinar o cumprimento desse dever. Assim, concluiu Marshall que os atos do Executivo são passíveis de controle de legalidade e constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

O pedido de análise do *writ of mandamus* foi feito por Marbury, com base em uma lei de 1798 que havia outorgado competência para que a Suprema Corte analisasse ações da natureza daquela ação. Ao analisar a segunda questão a que se propôs, ou seja, se a Suprema Corte tinha competência para apreciar aquele *writ,* Marshall sustentou que uma lei (ato infraconstitucional) não poderia outorgar uma competência originária para a Suprema Corte não prevista na Constituição. Assim, diante dessa situação, caberia investigar se a Suprema Corte poderia deixar de aplicar uma lei que contrariasse a Constituição, criando dessa forma o controle de constitucionalidade de leis.

O entendimento de Marshall acerca da impossibilidade de aplicação de lei contrária à Constituição se fundamentou na supremacia da Constituição que consiste na lei fundamental das nações, e, como, consequência, na nulidade de uma lei que contrarie a Constituição. Isso, em vista da necessidade de a Constituição ser observada enquanto fundamento de validade das normas infraconstitucionais. Por fim, Marshall inferiu que é o Poder Judiciário o intérprete final da Constituição, uma vez que é sua competência precípua efetuar a jurisdição, ou seja, interpretar as normas e zelar pela sua correta aplicação, à luz da Constituição e do ordenamento jurídico como um todo. Em vista dessa prerrogativa, cabe ao Judiciário aferir a validade das leis (normas) de acordo com a Constituição e, em caso negativo, assegurar a aplicação da Constituição em vista da sua supremacia em relação aos demais atos normativos.

Segundo Barroso (2012), Marshall deveria ter se dado por impedido para julgar o caso, haja vista ter sido Secretário de Estado na Presidência anterior e ter sido a ele determinada a investidura dos novos juízes, além de fundamentos vinculados ao Direito Processual para o reconhecimento da incompetência da corte para julgar o caso. Entretanto, o fato é que a decisão de Marshall teve o intuito de dar poderes ao Judiciário para apreciar a constitucionalidade de atos emanados dos outros poderes, criando um sistema de pesos e contrapesos (*check and balances*).

Além disso, defende Barroso (2012) a tese de que a principal consequência de Marbury x Madison foi assentar em âmbito universal a prevalência dos valores da Constituição sobre a vontade das maiorias legislativas circunstanciais.

### *3.1.3 Efeitos do controle de constitucionalidade*

Em vista do contexto histórico acerca da criação do controle de constitucionalidade, pode-se depreender que esse instituto jurídico tem como fundamento a supremacia da Constituição. Supremacia, porque como destacado nas linhas acima, sendo a Constituição a lei maior em um determinado ordenamento jurídico, todas as demais leis ou atos normativos devem retirar da Constituição seus fundamentos de validade, como destacado por Barroso (2012), Zavascki (2014), além dos demais autores que escrevem sobre controle de constitucionalidade.

Nesse sentido, lei ou ato normativo que contrarie comando disposto na Constituição não deve subsistir em determinado ordenamento jurídico. Por essa razão, a grande maioria da doutrina brasileira, dentre os quais, pode-se citar Luís Roberto Barroso, Gilmar Ferreira Mendes e Teori Albino Zavascki, defende que a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo tem como efeito a nulidade dessa norma desde o seu advento. Assim, se uma norma é inconstitucional, esse vício a macula desde a sua criação, razão pela qual em tese em regra, esta norma jamais deveria repercutir ou regulamentar as relações jurídicas passíveis de sujeição a tal norma.

Isso porque a pecha de inconstitucionalidade de uma norma está relacionada não ao plano de vigência dessa norma, mas sim, ao plano da sua própria validade. Isso, na medida em que, sendo hierarquicamente inferior à Constituição do ponto de vista material e formal, não haveria como tal norma estar apta a produzir efeitos se a sua inconstitucionalidade surge desde o seu advento.

Nas palavras de Ferreira (2008), a despeito de a Constituição de 1988 não ter previsto expressamente a sanção ao ato inconstitucional, o princípio da nulidade desse tipo de ato está implícito na Constituição, sendo extraído da própria existência de constitucionalidade.

Segundo Ferreira (2008 p. 346-347), esse princípio pode ser comprovado pelo fato de a Constituição de 1988, em seus artigos 52, inciso X, 97, 102 e 103 utilizar o verbo “declarar” para a atribuição de competências ao Senado e Poder Judiciário em relação ao controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. Destarte, ao atribuir efeitos declaratórios aos atos emanados por esses órgãos, deduz-se que tais atos ensejam a nulidade das leis e atos normativos contrários à Constituição.

Sampaio (2013) elenca da seguinte forma a função do controle de constitucionalidade de leis:

> Os processos político-jurídicos destinados a garantir a supremacia e a rigidez da Constituição integram o sistema de controle de fiscalização de constitucionalidade. Em sentido mais estrito, esse controle se destina a assegurar que as normas sejam aprovadas e mantidas na ordem jurídica de acordo com o que prevê a Constituição. Aquelas que violarem o texto constitucional não devem ingressar na ordem jurídica ou se ingressarem devem ser dela retiradas. Por causa dessa tarefa de expulsão das normas inconstitucionais do sistema do direito positivo, diz-se que o órgão encarregado de realizar o controle exerce o papel de "legislador negativo". Em muitas ocasiões, para assegurar a presunção de constitucionalidade das leis, tais órgãos preferem identificar uma interpretação do texto normativo que seja compatível com a Constituição a ter que declará-lo nulo.
> (...)
> No trabalho de fiscalizar as leis para que não violem a Constituição, os órgãos de controle, especialmente jurisdicionais, terminam dando uma interpretação vinculante à Constituição ou ainda identificando normas, direitos e prerrogativas ou competências implícitos no texto constitucional. Trata-se com freqüência aqui também de uma tarefa de legislador positivo, agora, mais exatamente de "constituinte", pois a "nova norma descoberta" é de natureza constitucional. (SAMPAIO, 2015, p. 473)

Para Barroso (2012, p. 35-41), o controle de constitucionalidade está relacionado à certificação da validade de uma norma no plano da eficácia dessa norma (aplicabilidade, executoriedade). Para demonstrar o seu posicionamento, esse autor aduz que o controle de constitucionalidade não está vinculado ao plano de existência de uma norma, visto que não se presta a perquirir se os elementos que a lei define como necessários para a edição e a existência de um ato jurídico estão corretos. Em outros termos, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não trata de eventualmente declarar uma lei inexistente, pois se assim fosse, essa norma sequer poderia, de algum modo, produzir efeitos no mundo jurídico. Entretanto, isso pode ocorrer com uma norma inconstitucional, não obstante os efeitos, em regra, *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade, como se verá adiante.

Segundo Barroso (2012), a investigação versa sobre a validade de uma norma, considerando-se que, uma vez existente, esta norma perpassa pela verificação de um vício formal ou material de constitucionalidade.

Ao ser constatado um desses vícios, a norma é invalidada, podendo ser passível de anulabilidade ou nulidade, e não de declaração de inexistência, pois essa norma ingressou no mundo jurídico.

Por essa razão, Barroso (2012) conclui que uma norma inconstitucional é nula de pleno direito, posto que, se uma norma inconstitucional pudesse ter validade e eficácia durante algum tempo simultaneamente à vigência da Constituição, essa norma estaria se sobrepondo à própria Constituição. Por consequência, uma decisão que declara uma norma inconstitucional tem efeito declaratório de um vício insanável pré-existente. Disso resulta o fato de uma norma declarada inconstitucional não ter efeito desde a sua vigência e as

situações com base nela constituídas voltarem ao *status quo ante*.

Saliente-se que essa é a regra vigente no ordenamento jurídico pátrio, não obstante a possibilidade de modulação dos efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma, de modo a resguardar situações ocorridas e reguladas com base nessa norma, conforme restará detalhado adiante.

Explica ainda Barroso (2012) que a tese de nulidade da norma constitucional foi acolhida em diversos países, exceto a Áustria, onde prevaleceu a teoria de Hans Kelsen, no sentido de que a norma declarada inconstitucional é anulável. Para Kelsen, citado por Barroso (2012) o controle de constitucionalidade não seria uma atividade judicial, mas uma função constitucional vinculada à atividade legislativa negativa.

Sendo Kelsen o idealizador do controle concentrado de constitucionalidade, conforme se verá adiante, uma norma é válida até que a Corte Constitucional a declare inconstitucional por meio de uma decisão constitutiva negativa. Portanto, essa decisão da Corte Constitucional tem efeitos *ex nunc*. Barroso (2012) explica que Kelsen teria uma razão histórica para defender a tese de anulabilidade da norma inconstitucional. O seu intuito seria evitar um governo de juízes, haja vista a existência na década de 30 do século passado, movimentos como a Escola Livre do Direito e da Jurisprudência Livre. Dessa forma, ao proibir os juízes de deixar de aplicar as leis até decisão em controle concentrado, evitar-se-ia a sobreposição do Poder Judiciário ao Parlamento, garantindo-se a primazia deste, com relação à atividade legiferante.

A doutrina da nulidade da norma constitucional foi defendida no Brasil por Ruy Barbosa, Francisco Campos, Alfredo Buzaid, entre outros. Mas foi atenuada pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, tendo havido previsão legal nesse sentido a partir da edição da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b).

Contudo, não obstante o possível abrandamento da aplicação da teoria da nulidade, é fato que, via de regra, esse é o efeito de uma norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme lembra Stumpf (2012, p. 87) em sua dissertação de mestrado, ao citar o voto do Ministro Celso de Mello na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 293 (BRASIL, 1993b):

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

> acidente histórico na vida dos povos e das nações. Todos os atos estatais que repugnem a Constituição expõem-se à censura jurídica dos Tribunais, especialmente porque são írritos, nulos e desvestidos de qualquer validade. A Constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste enquanto for respeitada constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos. Ao Supremo Tribunal Federal incumbe a tarefa, magna e eminente, de velar por que essa realidade não seja desfigurada. (BRASIL, 1993b)

Vale destacar que, nada impede que uma norma seja classificada como constitucional e, até mesmo assim, declarada pelo Poder Judiciário, e, posteriormente, ser imputada a pecha de inconstitucional. Consoante se colhe das lições de Zavascki (2014, p.136), em que uma alteração de estado de fato que torna uma lei inconstitucional, pode ocorrer quando há uma mudança nas relações sociais, às quais a Constituição tem que se adequar para ter eficácia, conforme ensina Hesse (1991) na obra Força Normativa da Constituição.

Segundo Zavascki (2014), o Supremo Tribunal Federal aceita a apreciação de constitucionalidade de uma lei com base nessa alteração de estado de fato, tendo sida feita menção ao precedente Recurso Extraordinário 147.776-8/SP (BRASIL, 1998d), de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, em sua obra para comprovar essa afirmação.

O Recurso Extraordinário 147.776-8/SP (BRASIL, 1998d) foi interposto pelo Estado de São Paulo, questionando a legitimidade do Ministério Público daquele Estado, para propor ação civil de reparação de danos *ex delicto*, em favor da esposa de um detento morto por policiais nas dependências de uma delegacia de polícia.

Nesse julgado, o relator, fazendo menção aos fundamentos da decisão proferida nos autos do Recurso Extraordinário 135.328/SP (BRASIL, 2001d) pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, entendeu pela constitucionalidade do artigo 68, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941) até a organização da Defensoria Pública no Estado de São Paulo. Isso, considerando que, nos termos do artigo 134 da Constituição, cabe a esse órgão a assistência judiciária a pessoa vulnerável, do ponto de vista socioeconômico, e não ao Ministério Público, como predica o referido artigo 68, do Código de Processo Penal. Ou seja, naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade da norma que outorgava competência para o Ministério Público propor a ação civil de reparação de danos *ex delicto*, mesmo com o advento da Constituição de 1988 que define expressamente a competência da Defensoria Pública para propor tal ação.

Isso, na medida em que, apesar de haver tal previsão no texto constitucional, foi necessário um tempo para que as Defensorias Públicas se organizassem em todo o país. Em

vista dessa situação, o Supremo Tribunal Federal confirmou a constitucionalidade do artigo 68, do Código de Processo Penal até que houvesse tempo para a estruturação das Defensorias Públicas. Ou seja, a norma consignada nesse dispositivo tornar-se-ia inconstitucional em vista de uma alteração de estado de fato, qual seja a estruturação das Defensorias Públicas no Brasil.

A partir dessa estruturação, não seria possível a atuação do Ministério Público como autor da ação civil de reparação de danos *ex delicto,* haja vista a inconstitucionalidade da regra contida no artigo 68, do Código de Processo Penal em face da competência outorgada pela Constituição às Defensorias Públicas, em seu artigo 134.

### *3.1.4 Classificações do controle de constitucionalidade*

Apenas a título de informação, a doutrina de Barroso (2012, p. 63-73) e Mendes (2004, p.158) entende que a classificação do controle de constitucionalidade pode ser feita em relação ao tipo, momento, órgão e modo desse controle.

Quanto ao tipo de controle, há um controle político ligado a órgãos de natureza política geralmente vinculado ao Parlamento, como no caso da França, em que um Conselho composto por nove conselheiros escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, se manifesta previamente sobre a constitucionalidade em relação à promulgação das leis.

No Brasil, esse controle de constitucionalidade pode ser exercido tanto pelo Executivo, quando veta uma lei por inconstitucionalidade, quanto pelo Parlamento, quando rejeita um projeto de lei por inconstitucionalidade.

Há também o controle judicial exercido por Cortes ou por um juiz que ocorre quanto um Tribunal ou um membro individual do Poder Judiciário examina a constitucionalidade de uma norma. Esse exame pode ter como objetivo o julgamento de uma demanda que enseja incidentalmente tal apreciação da constitucionalidade de uma norma. Ou ainda, a própria constitucionalidade em si de uma norma como objeto de uma ação proposta por uma parte devidamente competente para tanto.

Dependendo do objetivo e do tipo de órgão judicial apto a realizar o exame de constitucionalidade de uma norma, o controle de constitucionalidade poderá ser conceituado como difuso ou concentrado, como se detalhará nos tópicos seguintes.

Quanto ao momento de controle, há o controle preventivo realizado anteriormente à promulgação da lei. Este controle não propõe a nulidade da lei, mas sim, a retirada das inconstitucionalidades, ou até mesmo, impedir que um projeto de lei de cunho

inconstitucional seja convertido em lei. Segundo Barroso (2012, p. 68-69), esse controle existe no Brasil nos casos do executivo (veto) e Legislativo, e ainda, têm sido admitido mandados de segurança quando a emenda à Constituição viole cláusulas pétreas.

A despeito da discussão acerca do cabimento de mandado de segurança nos casos mencionados pelo doutrinador fluminense ser indiscutivelmente intrigante, por não se mostrar vinculado ao objeto desse estudo, pede-se vênia pelo fato de não serem feitas maiores digressões sobre esse tema.

Há também o controle repressivo feito em regra pelo Judiciário, quando a lei já foi promulgada. No entanto, pode ser feito também pelo Executivo, quando este se recusa a aplicar lei que entende inconstitucional, segundo defendem alguns doutrinadores como Barroso (2012, p. 69). Em sentido contrário, estão os ensinamentos de Mendes (2004, p.158). Esse controle ainda poderia ser realizado pelo Legislativo quando susta atos exorbitantes tomados pelo Executivo

Quanto ao modo de controle exercido pelos órgãos judiciais, existe a possibilidade de realização de controle difuso e concentrado, em abstrato e concreto, e ainda, aquele adotado em poucos países como Brasil e Portugal, que é chamado de controle misto, visto que permite a aplicação conjunta dos sistemas de controle difuso e concentrado, que serão detalhados a seguir.

## 3.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso

Antes de se adentrar nos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso de constitucionalidade, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, cabe examinar os principais traços relativos a esse tipo de controle. Para tanto, ainda é mister a análise do contexto histórico acerca da implantação desse controle de constitucionalidade no Brasil.

### *3.2.1 Características do controle difuso de constitucionalidade*

Como destacado no tópico precedente, o marco histórico acerca do controle de constitucionalidade se deu quando do julgamento do caso Marbury x Madison pela Suprema Corte norte-americana no início de século XIX.

Importa ressaltar que, o sistema jurídico norte-americano é baseado no *common law*,

por meio do qual a força dos precedentes tem papel fundamental na regulamentação das relações jurídicas desenvolvidas naquele país. E de modo a viabilizar tal sistema, se fazia necessária a ampliação dos efeitos de uma decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana para casos semelhantes. Nisso consiste o instituto jurídico do *stare decisis*.

Conforme preleciona Cunha Júnior (2008), esse instituto está relacionado com o poder da decisão da Suprema Corte em sede de controle de constitucionalidade valer *erga omnes* (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 283-289). Essa possibilidade é fundamental para a consecução da segurança jurídica em um sistema no qual os precedentes têm papel primordial na resolução de conflitos jurídicos, regulação dos negócios e atos jurídicos existentes de tradição vinculada ao *common law*.

Feita essa explicação, vale ressaltar que o controle de constitucionalidade no sistema norte-americano é aquele que pode ser classificado como difuso. Nesse tipo de controle, conforme ensina Didier Júnior (2006, p. 2), a declaração de inconstitucionalidade pode ser efetivada por qualquer membro do Poder Judiciário. A razão da possibilidade do controle difuso ser exercido por qualquer juízo e em qualquer instância se dá pelo fato da constitucionalidade de uma norma ser apreciada em um processo subjetivo como prejudicial de mérito e decidida de forma incidental.

Isso significa que o mérito vai ser decidido se ultrapassada a prejudicial de mérito, ou seja, se for declarada a inconstitucionalidade da lei como causa de pedir. Isso, em vista desta declaração de inconstitucionalidade ser meio necessário para o acolhimento do pedido consignado na manifestação de uma das partes, conforme as lições de Agra (2008, p. 219).

Entretanto, a despeito desse raciocínio, nada impede que, ainda que a lei seja declarada constitucional pelo Juízo, haja a apreciação de mérito da lide, visto que há possibilidade de verificação de questões ligadas a matérias como prescrição, decadência ou até mesmo acerca da própria validade da lei à luz do ordenamento jurídico pátrio. Ou seja, não necessariamente a declaração de constitucionalidade da lei impedirá o exame de mérito de uma lide nos moldes acima delineados, porquanto existem diversas conjunturas em que se afigura necessária a prolação de uma decisão de mérito.

Por outro lado, não se pode afirmar que, invariavelmente, no controle difuso de constitucionalidade, a aferição da constitucionalidade é realizada sempre considerando o exercício da jurisdição em concreto por meio da apreciação de uma demanda perante o Poder Judiciário. Consoante explica Didier Júnior (2006, p. 3) nada impede que, em sede de controle difuso, um Tribunal analise a constitucionalidade de uma norma em abstrato, como ocorre, por exemplo, quando um Tribunal por meio de seu órgão plenário aprecia a

constitucionalidade de uma lei em abstrato, segundo preconiza o artigo 97 da Constituição e o artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

Não obstante essa possibilidade, via de regra, o controle de constitucionalidade difuso é realizado em concreto, como já delineado antes. Cabe destacar, portanto, que em sede de controle difuso de constitucionalidade, a análise da constitucionalidade de uma norma é feita precipuamente com a finalidade de possibilitar o julgamento de uma lide. Por essa razão, nesse tipo de controle é possível salvaguardar direitos e garantias fundamentais, ao permitir ao cidadão a defesa desses, via ação judicial, que obrigará ao Judiciário a efetiva prestação jurisdicional, por meio do controle de constitucionalidade de normas.

### *3.2.2 Adoção do controle difuso de constitucionalidade no Brasil e efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e da Resolução editada pelo Senado*

Sobre a adoção do controle difuso de constitucionalidade no Brasil, Agra (2008) faz um apanhado histórico sobre o tema, em obra já citada.

Inicialmente, Agra (2008, p. 216) narra que a Constituição de 1824 não previa a possibilidade do controle de constitucionalidade ser exercido pelo Judiciário, cabendo tal tarefa ao Senado e à Assembleia Geral Legislativa, de modo a se evitar o exercício desse controle pelo Judiciário com base na influência inglesa.

Somente com a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891) essa atribuição foi outorgada ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade difuso herdado do direito norte americano.

Segundo Agra (2008), apesar da previsão do controle de constitucionalidade de normas contrárias a seu texto, a Constituição de 1891 não previu um mecanismo de uniformizar as decisões proferidas por diversos juízos acerca da constitucionalidade de uma norma apreciada em inúmeras demandas pelo Brasil afora.

Isso, considerando que, como a declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso é realizada, via de regra, em concreto e de maneira incidental para a resolução de uma lide, os efeitos dessa declaração são *inter partes*. Além desse efeito, por ter sido acolhida pela doutrina brasileira a tese da nulidade do ato declarado inconstitucional, essa declaração também tem efeitos *ex tunc*.

As falhas do sistema difuso, que não ocorreram no país de onde advém esse tipo de controle de constitucionalidade em vista da aplicação do instituto *stare decisis*, são mote para os defensores da tese denominada *abstrativização* ou *dessubjetivização* do controle de

constitucionalidade difuso.

Como será detalhado mais adiante, os defensores dessa tese, que conta como um de seus artífices o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, entendem que os efeitos de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, devem ser replicados para as demais demandas semelhantes à decidida pela Suprema Corte. Isso, de modo a se evitar a possibilidade de inúmeras decisões divergentes sobre a constitucionalidade de determinada norma, circunstância violadora dos princípios da segurança jurídica e da isonomia.

Sublinhe-se que, até mesmo doutrinadores contrários à tese acima mencionada, como Pertence (2007, p.3) criticam a adequação do controle de constitucionalidade americano difuso com alicerce no *common law* à realidade jurídica do Brasil. Essa crítica pauta-se pelo fato do Brasil ser um país com tradição romano-germânica (*civil law*), que possibilita, justamente pela inaplicabilidade do instituto *stare decisis*, a declaração de inconstitucionalidade e afastamento de uma norma em inúmeras causas e a sua manutenção em outras tantas.

Nesse sentido, Zavascki (2014, p. 29) afirma que, em vista dessa lacuna na Constituição de 1891, Rui Barbosa teria defendido em obra sobre essa Constituição a aplicação do *stare decisis* no Brasil, ou seja, a eficácia *erga omnes* da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso.

Aliás, como solução para essa questão, Mendes (2004, p. 150) explica que a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) concedeu ao Senado a competência para suspender atos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, era necessária a maioria absoluta dessa Casa Legislativa.

Para Zavascki (2014, p. 29), a consequência da resolução do Senado suspensiva da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é de dar eficácia *erga omnes* a uma decisão proferida pelo respectivo órgão. À vista disso, essa resolução tem natureza normativa, já que universaliza um *status* jurídico da norma ao reconhecer a inconstitucionalidade de um ato normativo.

Entretanto, diante da possibilidade do questionamento acerca de normas municipais em sede do controle difuso, a resolução do Senado pode não ser útil na seguinte situação. Em caso de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma municipal lastreada em uma Lei Complementar, cuja repetição ocorre em inúmeras outras normas de outros municípios. Com efeito, nesse caso, a edição de resolução para aquela norma específica não terá o condão de, por arrastamento, suspender a eficácia de todas as outras normas balizadas

na mesma Lei Complementar.

Scaff (2007, p. 25-26) narra em artigo sobre o tema, o caso a respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal contra a lei do Município de Santos/SP relativa ao Imposto sobre Serviços de qualquer Natureza (ISSQN). Essa lei, lastreada no Decreto-Lei nº 406/68 (BRASIL, 1968), que possuía status de Lei Complementar, permitia a cobrança pelo Município de Santos/SP de ISSQN sobre a locação de bens e equipamentos.

Sem embargo de o Supremo Tribunal Federal ter declarado por inúmeras vezes a constitucionalidade de dispositivos semelhantes a estes de legislações de outros municípios por anos a fio, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 116.121/SP (BRASIL, 2001c), aquela Corte declarou inconstitucional o artigo da Lei do Município de Santos/SP e também do item XVIII da Lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 (BRASIL, 1968), que versava sobre a exigência de ISSQN sobre a locação de bens.

Essa decisão acarretou, segundo Scaff (2007), uma tremenda insegurança jurídica, na medida em que poderiam ser ajuizadas centenas ou milhares de ações judiciais contra lei de outros municípios, não obstante a declaração de inconstitucionalidade do item XVIII da Lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/68 (BRASIL, 1968), haja vista a manutenção das legislações municipais embasadas nesse dispositivo do Decreto-lei nº 406/68.

Ou seja, apesar da decisão acerca da inconstitucionalidade de uma norma municipal e sua suspensão por resolução do Senado, na visão desse autor, poderia haver uma série de ações contra leis de outros municípios lastreadas no mesmo dispositivo do Decreto-lei nº 406/68 (BRASIL, 1968) em face dos efeitos de decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

O alerta feito por Scaff (2007) teve o intuito de demonstrar a lacuna existente entre os controles difuso e concentrado.

A competência acima aludida do Senado, mantida na Constituição de 1988 em seu artigo 52, inciso X, tem suscitado divergências acerca da sua discricionariedade, bem como em relação à natureza e aos efeitos da resolução suspensiva da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre a primeira divergência, afirma Streck (2004) que não há discricionariedade na atuação do Senado para a edição de Resolução acerca da suspensão da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Para sustentar essa tese, o autor gaúcho assevera que:

> No plano daquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, a supremacia da Constituição assume foros de absoluta relevância, como um plus normativo. Ora, se a instância máxima de dizer a interpretação da Constituição estabeleceu que determinada norma é inconstitucional, parece ser inconcebível que o Senado da República venha a se negar a estabelecer a condição de validade da suspensão da execução daquele ato normativo. [...] Dizendo de outro modo: não parece razoável admitir que, declarada a inconstitucionalidade de uma lei pelo STF, o Senado venha entender que aquela decisão só tenha validade para as partes litigantes (do caso sub judice analisado pelo STF). Num quadro de confronto político, estaríamos voltando ao período anterior à Constituição de 1934, isto é, em um sistema romano-germânico, decisões de inconstitucionalidade poderiam restar sem efeito erga omnes. (STRECK, 2004, p.483)

Esse é o argumento também utilizado por Cunha Júnior (2010, p. 156), que cita como defensores dessa tese o próprio Streck, Celso Ribeiro Bastos e Zeno Augusto Bastos Veloso.

Em sentido contrário, Mendes (2004, p. 154) e Barroso (2012, p. 146) advogam a tese de que a competência do Senado prevista no artigo 52, inciso X da Constituição é discricionária, visto que se trata de um ato político, sem prazo para a sua feitura e ainda sem sanção em caso de não edição da resolução em comento.

Cunha Júnior (2010, p.155) lembra que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou nesse sentido quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512. Conforme ainda Barroso (2012, p. 146) e Streck (2004, p.482) mencionam um caso em que o Senado se recusou a emitir a resolução de suspensão de ato declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal no julgamento do Recurso Extraordinário 150.764-1/PE (BRASIL, 1992b), que versava sobre a inconstitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída por meio do artigo 9º da Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d).

De modo a justificar essa decisão, o então Senador Amir Lando designado para a elaboração da resolução que suspenderia a norma retrocitada, justificou a recusa em assim proceder, conforme faz menção Bulos (2012):

> É incontestável, pois que a suspensão da eficácia desses artigos de leis pelo Senado Federal, operando erga omnes, trará profunda repercussão na vida econômica do país, notadamente em momento de acentuada crise do Tesouro Nacional e de conjugação dos esforços no sentido de recuperação da economia nacional. Ademais, a decisão declaratória de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, no presente caso, embora configurada em maioria absoluta, nos precisos termos do art. 97 da Lei Maior, ocorreu pelo voto de seis de seus membros contra cinco, demonstrando, com isso, que o entendimento sobre a questão não é pacífico. (BULOS, 2012, p. 229)

A nosso ver, a razão está com a corrente chancelada pelo Supremo Tribunal Federal e capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes.

Acaso quisesse o legislador constituinte desde a Constituição de 1934 até a atual Carta Magna impor efeitos automáticos e *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, bastava ter implementado no texto das Constituições o princípio do *stare decisis*.

Contudo, ao outorgar essa prerrogativa atualmente privativa ao Senado, tudo indica que o legislador quis, com base no equilíbrio entre Poderes, chancelar a participação de um órgão democraticamente eleito pela população nesse processo de declaração de inconstitucionalidade. Essa é, aliás, a posição externada pelo próprio Streck (2007), de forma contraditória, em artigo escrito em coautoria com Marcelo Cattoni e Martonio Lima que será objeto de estudo em tópico adiante. Também comunga dessa opinião Lenza (2010, p. 230).

Dito de outro modo: se não há discricionariedade do Senado em relação à edição de resolução na situação delimitada alhures, na verdade, esse órgão seria um mero meio de luxo para outorgar eficácia *erga omnes* à decisão de inconstitucionalidade da norma.

E ao defender a competência discricionária do Senado em relação ao comando disposto no artigo 52, inciso X da Constituição, não se mostra razoável a tese de que esse órgão novamente está decidindo sobre a constitucionalidade da norma já apreciada pelo Supremo Tribunal Federal. Ao exercer a sua atribuição, o Senado não reexamina a constitucionalidade da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, nem tão somente examinaria a oportunidade e conveniência de editar resolução suspendendo a norma e atribuir a essa decisão eficácia *erga omnes*. Se essa competência implica ato contrário à racionalidade do sistema jurídico, que se altere a Constituição para retirar do Senado tal competência. Isso se for possível entender que, a extinção de uma competência de uma das Casas Legislativas do Congresso Nacional não contraria o princípio do equilíbrio e independência dos Poderes.

Um segundo ponto que deve ser analisado corresponde à natureza e efeitos da resolução editada pelo Senado. Parte da doutrina constitucionalista opina que essa resolução tem a natureza de um ato revogatório da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, e, portanto, tem efeitos *ex nunc*. Dentre os quais Lenza (2010, p.231) que afirma que a expressão prevista na norma “suspender a execução” predispõe que esta resolução não tem efeitos retroativos. Por conseguinte, essa resolução revoga a norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal a partir da sua edição.

Streck (2004, p. 480-481) também defende essa tese e justifica o seu posicionamento com base na seguinte premissa. Se essa resolução não deve ser enquadrada como uma espécie de revogação com efeitos *ex nunc* da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal

Federal, não haveria diferença entre o controle difuso e o controle concentrado de constitucionalidade. que será investigado em seguida. Assim, não haveria razão para ter sido criado o controle concentrado de constitucionalidade pela Emenda Constitucional nº 16/65.

Gilmar Ferreira Mendes e Teori Albino Zavascki, dentre outros, propugnam a tese de que a resolução do Senado tem efeitos *ex tunc*.

Em artigo sobre o tema, o autor mato-grossense (MENDES, 2004, p.153-154) faz um apanhado histórico das discussões sobre a suspensão de atos declarados inconstitucionais nas Constituições de 1934 e 1946, de modo a demonstrar que os legisladores atribuíam efeitos *ex tunc* a esse ato de prerrogativa do Senado. Para tanto, advoga a atribuição de efeitos e*rga omnes* dessa Resolução e o controle de constitucionalidade efetuado em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal e Senado. Ou seja, como a premissa era de que o Senado atuasse em parceria com o Supremo Tribunal Federal, considerando que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal tem efeito *ex tunc*, da mesma maneira, a resolução do Senado teria esse efeito.

Mendes (2004) destaca, ainda, que no Mandado de Segurança nº 16.512 já mencionado, o Supremo Tribunal Federal teria debatido a natureza da resolução do Senado e teria, nessa ocasião, concluído pelos efeitos *ex tunc*.

Naquele período, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Senado não estava obrigado a editar a resolução, após a declaração de inconstitucionalidade por aquela Corte. Sendo certo ainda, que não há qualquer sanção para o Senado, em caso do não exercício dessa sua competência. Isso, por ser do Senado a análise da conveniência e oportunidade para emitir a resolução.

Ocorre que o Senado, emitindo uma resolução sobre uma norma declarada inconstitucional, não poderia posteriormente revogá-la, visto que essa primeira resolução deveria se ater à extensão dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal. Isso, considerando que o Senado não tem competência para emitir mérito sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal para ampliá-la ou restringi-la.

Zavascki (2014, p.32), na mesma linha, depreende que a resolução do Senado, ao suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, universaliza os efeitos dessa decisão proferida em processo subjetivo, que, como visto, em razão do albergamento da tese da nulidade do ato inconstitucional, tem efeitos *ex tunc*.

A nosso ver, pelo contexto histórico, a linha sufragada pelos dois atuais ministros do Supremo Tribunal Federal está correta, partindo-se da premissa de amplificação, por meio da

resolução do Senado, dos efeitos de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade.

Quanto aos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, vale lembrar a previsão contida no artigo 97 da Constituição e regulamentada pelo artigo 480 e seguintes do Código de Processo Civil.

A denominada cláusula de reserva de plenário prevista no artigo 97 da Constituição determina que seja necessária a maioria absoluta de órgão especial dos Tribunais, para declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Essa declaração é feita por meio do incidente de inconstitucionalidade previsto no artigo 481, do Código de Processo Civil. Assim, um Tribunal não pode simplesmente afastar a norma inconstitucional, sem também declará-la inconstitucional, e ainda sem suscitar o respectivo incidente de inconstitucionalidade previsto no artigo 481, do Código de Processo Civil, sob pena de violar o artigo 97 da Constituição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[2] dispensa essa análise pelos Tribunais quando o seu plenário aprecia a constitucionalidade da lei, ou esta é aferida pelos órgãos especiais dos Tribunais de 2ª instância.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem sido utilizado como argumento para a defesa da tese de *abstrativização* do controle difuso, já que irradia para os Tribunais de 2ª instância o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de uma determinada norma.

Para Streck (2004, p. 470-479), a decisão em controle difuso, para ter eficácia *erga omnes*, tem que passar pela resolução do Senado já que a *ratio* do controle difuso é a eficácia *inter partes*.

Streck (2004) advoga a tese de que, se o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional uma norma, pela regra do artigo 52, inciso X da Constituição, essa Corte deve encaminhar tal decisão para o Senado emitir a resolução suspendendo os efeitos dessa norma. Se assim não proceder, o Supremo Tribunal Federal descumpre a regra, que é de sua

[2] INCONSTITUCIONALIDADE - INCIDENTE - DESLOCAMENTO DO PROCESSO PARA O ÓRGÃO ESPECIAL OU PARA O PLENO - DESNECESSIDADE. Versando a controvérsia sobre ato normativo já declarado inconstitucional pelo guardião maior da Carta Política da República - o Supremo Tribunal Federal - descabe o deslocamento previsto no artigo 97 do referido Diploma maior. O julgamento de plano pelo órgão fracionado homenageia não só a racionalidade, como também implica interpretação teleológica do artigo 97 em comento, evitando a burocratização dos atos judiciais no que nefasta ao princípio da economia e da celeridade. A razão de ser do preceito esta na necessidade de evitar-se que órgãos fracionados apreciem, pela vez primeira, a pecha de inconstitucionalidade arguida em relação a um certo ato normativo. (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 1.681.149, BRASIL, 1995c)

responsabilidade, ou então, a questão ainda não foi pacificada naquela Corte, a ponto de ser enviada uma decisão sobre o tema para o Senado exercer a sua competência prevista na Constituição.

Consequência dessa constatação, segundo Streck (2004), é que seria viável a observância desse precedente para fins de afastamento do procedimento previsto no artigo 97 da Constituição pelos Tribunais de 2ª instância.

Portanto, a aplicação do precedente do Supremo Tribunal Federal pelos Tribunais de 2ª instância, e a dispensa do incidente de inconstitucionalidade, ocorreria no caso do Supremo Tribunal Federal encaminhar a decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma para o Senado. E enquanto não for editada a resolução, esses Tribunais devem aplicar esse precedente.

Entende ainda Streck (2004, p. 470-479) que, mesmo que o Supremo Tribunal Federal ou o órgão especial de um Tribunal de 2ª instância aprecie e declare uma norma inconstitucional, outro órgão desse mesmo Tribunal pode desconsiderar essa inconstitucionalidade, pois, em sede de controle difuso, não há efeito vinculantes.

Scaff (2007, p. 27) alerta, do mesmo modo, acerca da possibilidade de aplicação de um precedente do Supremo Tribunal Federal para fins de dispensa do procedimento da cláusula de reserva de Plenário, ainda que essa Corte tiver declarado inconstitucional um dispositivo uma única vez. Ou seja, esse autor faz a ressalva que a utilização da cláusula da reserva de Plenário deve ocorrer, quando houver jurisprudência solidificada pela Suprema Corte sobre determinado tema.

Scaff (2007) alerta ainda, que a conduta de utilização de um único precedente para fins de aplicação da cláusula de reserva de plenário, se adotada pelos Tribunais de 2ª instância, teria o condão de relativizar a cláusula de Reserva de Plenário e tornar inviável uma discussão ampla por esses Tribunais e pelo próprio Supremo Tribunal Federal acerca dessa matéria. De fato, a nosso ver, tem razão nesse ponto, o doutrinador paulista.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal hodiernamente tem ciência do seu papel enquanto órgão irradiador de jurisprudência em um momento histórico do Brasil, em que a força dos precedentes tem se sobreposto à doutrina e à própria legislação. Todavia, não se pode olvidar que existe a possibilidade de alteração de entendimento desta Corte sobre determinada matéria, ainda que apreciada pelo seu Plenário. Isto é, entender que uma única decisão proferida pelo Plenário é instrumento hábil para dispensar a cláusula de Reserva de Plenário, pode não ser a mais correta adequação desse instituto à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Caso a decisão não tenha sido proferida em *leading case* com Repercussão Geral, e haja um *leading case* sobre a mesma matéria com Repercussão Geral ainda não apreciado, pode ser que, em caso de uma nova composição do Plenário e do placar na votação anterior, haja uma mudança de posição acerca do tema. E nesse contexto, a dispensa do incidente de constitucionalidade com base no precedente anterior certamente não terá sido a melhor opção, considerando-se o princípio da segurança jurídica.

A dispensa de observância do procedimento acerca da declaração de inconstitucionalidade pelos órgãos especiais dos Tribunais de 2ª instância, embasando-se nos princípios da celeridade e economia processuais, deve ser feita, portanto, considerando somente a jurisprudência solidificada pelo Supremo Tribunal Federal.

Se assim for feito, tal dispensa pode ser considerada mera técnica processual, balizada na interpretação de um dispositivo da Constituição efetuada pelo Supremo Tribunal Federal, que exigia determinado procedimento por órgãos colegiados e que teve a sua eficácia restringida em razão desse posicionamento.

Sobre a Repercussão Geral, instrumento criado por meio da Emenda Constitucional visando à celeridade e economia processual, regulamentada atualmente pelo artigo 543-A e seguintes do Código de Processo Civil, vale destacar que se trata de mais um requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Ou seja, atualmente, para que esse tipo de recurso seja conhecido e apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, verifica-se obrigatória pelo jurisdicionado, a demonstração de que a matéria versada em seu apelo extraordinário tem repercussão que transcende o direito das partes, em âmbito econômico, social, político ou jurídico. Esse é o conceito previsto para esse instituto previsto no artigo 543-A, do Código de Processo Civil.

O Supremo Tribunal Federal somente pode decidir pela inexistência de Repercussão Geral, com um quorum mínimo de oito ministros. A decisão sobre a existência desse requisito é irrecorrível. E conforme defendido por Didier Júnior (2006, p.7), a presunção com base no quórum para rejeição da Repercussão Geral é pela existência desse requisito nos Recursos Extraordinários.

Nessa linha, Scaff (2007, p. 28) lembra que caso quatro Ministros de uma Turma do Supremo Tribunal Federal entendam pela existência de Repercussão Geral, via de regra, não haverá necessidade de envio desse recurso para deliberação do Plenário, haja vista a impossibilidade de alcance do quórum mínimo para a recusa da Repercussão Geral. Na prática, a Repercussão Geral tem sido apreciada pelos onze ministros de forma virtual, por meio de debates sem a necessidade de sessão presencial deles para tanto.

No Recurso Extraordinário com Repercussão Geral para análise, geralmente, é admitida a intervenção de terceiros. Além disso, os Tribunais de 2ª instância podem encaminhar um ou mais recursos que julguem ter repercussão geral, para análise do Supremo Tribunal Federal.

Em caso de entendimento pela Repercussão Geral, a determinação legal é no sentido de suspensão dos processos com a mesma matéria nos Tribunais de 2ª instância até decisão do Supremo Tribunal Federal. Após essa decisão, cabe aos Tribunais aplicar o entendimento externado pelo Supremo Tribunal Federal ou então justificar a manutenção de decisão contrária a tal entendimento.

Scaff (2007, p. 29-30) destaca a relevância desse instituto, na medida em o que o Supremo Tribunal Federal, com uma decisão no controle difuso, pode impor a todos os órgãos judiciais (eficácia vinculante e *erga omnes*) a sua interpretação de uma norma constitucional, inclusive anulando decisões contrárias a essa interpretação. Tal fato demonstra a convergência entre os controles concentrado e difuso.

Segundo esse autor, esse dado mostra que esse instituto pode ter ainda mais força do que a Súmula Vinculante, outro instituto criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004a). Para a aprovação de uma Súmula Vinculante, o quorum deve ser de dois terços dos ministros. Dessa forma, após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria, mostra-se possível a edição de uma Súmula que vincula a Administração Pública direta e indireta e o Poder Judiciário, em relação ao entendimento daquela Corte sobre a questão sumulada. Os efeitos dessa Súmula são prospectivos.

Nesse mesmo sentido, em relação à sobreposição de decisões por maioria em detrimento da Súmula Vinculante, são as opiniões de Streck, Oliveira e Lima (2007, p. 53), conforme se verá adiante.

Uma decisão proferida em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral com placar de seis votos a cinco, deverá ser observada pelos demais órgãos do Judiciário. Em vista dessas consequências, a Repercussão Geral tem sido utilizada como mais um argumento pela doutrina, para justificar a *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade, como se verá em tópico específico sobre esse tema.

Não obstante, diversos aspectos relevantes acerca do controle difuso de constitucionalidade, e outros temas vinculados a este assunto, como a transcendência das decisões proferidas sob a égide desse tipo de controle, serão debatidos nesse capítulo, no tópico relativo à *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade.

Será objeto de análise o julgamento da Reclamação nº 4.335/AC (BRASIL, 2014e)

pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal apreciou a necessidade de edição de resolução pelo Senado Federal, para a retirada de determinada declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Isso, considerando que a declaração de inconstitucionalidade da norma que ensejou o ajuizamento da Reclamação nº 4.335/AC (BRASIL, 2014e) se deu por meio do Plenário do Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. O ministro Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, defendeu em síntese, que o artigo 52, inciso X da Constituição havia sofrido uma mutação constitucional. Vale destacar que, conforme o fortalecimento do Supremo Tribunal Constitucional como guardião da Constituição, a deliberação dessa Corte acerca da inconstitucionalidade de uma norma dispensaria a edição de Resolução pelo Senado para ter eficácia *erga omnes*.

Nesse contexto, a função do Senado prevista no artigo 52, inciso X da Constituição passou a ser tão somente de publicizar o entendimento da Suprema Corte, acerca da inconstitucionalidade de uma norma. A eficácia *erga omnes* dessa decisão decorreria do entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade de determinada norma.

Esse entendimento, como se verá adiante, foi seguido pelo Ministro Eros Grau.

Contudo, a grande maioria dos ministros capitaneada nos argumentos dos Ministros Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Ricardo Lewandowski, entendeu que o artigo 52, inciso X da Constituição não sofreu qualquer tipo de mutação constitucional. Assim, não se mostra viável mitigar a competência do Senado em relação à retirada de uma norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Competência essa, exercida por meio da edição da resolução prevista no artigo 52, inciso X da Constituição.

## 3.3 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado

### *3.3.1 Características do controle concentrado de constitucionalidade*

O controle concentrado de constitucionalidade teve origem na Áustria, na década de 20 do século passado, e foi delineado por Hans Kelsen, tendo sido aplicado na maioria dos países de tradição germano-romana da Europa (*civil law*). A razão de ser desse instituto está

vinculada ao fato da ausência do instituto do *stare decisis* nos países adeptos do *civil law*, o que poderia acarretar em uma multiplicidade de decisões divergentes, caso fosse adotado o controle difuso de constitucionalidade, segundo os ensinamentos de Cunha Júnior (2008, p. 293).

Dessa forma, Kelsen propôs um modelo de controle de constitucionalidade, no qual uma Corte Constitucional tem a função de averiguar a constitucionalidade de uma norma à luz da Constituição. Essa averiguação é feita em abstrato. Ou seja, não há, como ocorre no controle difuso, a análise de uma lide propriamente dita, por meio da qual um Tribunal aprecie a constitucionalidade de uma norma como meio necessário para posterior decisão, acerca do mérito de uma lide.

A questão sobre a constitucionalidade de uma norma é levada à Corte Constitucional, tão somente para a validação ou não dessa norma perante a Constituição, sem que haja qualquer outro tipo de atribuição dessa Corte para exercer a sua função.

No modelo proposto por Kelsen, compete exclusivamente a essa Corte Constitucional declarar a eventual inconstitucionalidade de uma norma, sendo essa a motivação da denominação de controle concentrado de constitucionalidade. Aos demais juízes e Tribunais, em caso de se detectar uma eventual inconstitucionalidade de norma objeto de discussão de uma ação judicial, faz-se necessária a suspensão da lide e remessa da questão controvertida relacionada à constitucionalidade da norma, para apreciação da Corte Constitucional.

Por essa razão, as decisões proferidas no exercício do controle concentrado de constitucionalidade têm efeitos *erga omnes* e vinculantes, haja vista que esse modelo foi desenhado justamente para se concentrar em um único órgão esse exercício, de modo a se evitar a proliferação de decisões divergentes em relação à constitucionalidade de normas, como já destacado.

Nesse sentido, Agra (2008, p. 222) assevera que a função principal do controle concentrado de normas é tutelar a integridade do sistema jurídico por meio de decisões uniformizadoras, perante seus efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Sampaio (2002) faz a distinção entre esses dois tipos de efeitos:

> A distinção aparece mais nítida em parcela da doutrina, segundo a qual a eficácia geral faz com o que dispositivo da sentença atinja a todos, impedindo do ponto de vista processual, que a mesma questão seja outra vez submetida ao Tribunal. O efeito vinculante, por seu turno, alcança os fundamentos determinantes da decisão e importa: a) uma obrigação para os órgãos estatais que emitiram o ato inconstitucional para os demais órgãos constitucionais de restabelecerem o quadro

> de legitimidade, adotando todas as providências necessárias; b) um imperativo "de revogação e anulação", a obrigar que outros órgãos constitucionais que possuírem normas de conteúdo idêntico ao do ato que foi anulado, procedam à sua modificação ou revogação (vinculação paralela); e c) uma proibição de reiteração, dirigida aos órgãos constitucionais. (SAMPAIO, 2002, p. 229-230)

Vale destacar que a vinculação dos motivos determinantes de uma decisão com efeitos vinculantes a outros casos, ainda é questão controvertida, como se verá mais adiante. Veremos também, a aplicação desse modelo de controle de constitucionalidade no Brasil, e serão tecidos comentários acerca da possibilidade de mitigação desse efeito retroativo da declaração de inconstitucionalidade, conforme previsão legal.

O objeto da ação intentada no controle de constitucionalidade concentrado é lei ou ato normativo primário, decorrente ou alicerçado no próprio Texto Constitucional, não cabendo a análise de atos normativos cuja validade não seja vinculada diretamente a uma norma prevista na Constituição.

Além disso, por se tratar de análise da constitucionalidade, via de regra, em abstrato, a norma objeto desse tipo de controle deve ser dotada de generalidade e abstração. À vista disso, tem-se entendido pela doutrina tradicional, que as chamadas, leis de efeitos concretos, que regulamentam especificamente determinada conduta, ato ou ação estatal ou dos jurisdicionados, como, por exemplo, uma lei orçamentária, não podem ser ponto de apreciação por meio desse controle de constitucionalidade.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal tem amainado a suposta impossibilidade de apreciação de normas de efeitos concretos por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Esse fato pode ser atestado pelo julgamento da Medida Cautelar vinculada à Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048/DF (BRASIL, 2008h).

Na ocasião, por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concedeu a medida liminar em cautelar pleiteada pelo Partido da Social Democracia Brasileira, para suspender a abertura de créditos extraordinários pelo Presidente da República, por meio de medida provisória para o custeio da Justiça Eleitoral e outros órgãos do Poder Executivo, haja vista a ausência da urgência e relevância que justificaria a classificação créditos.

O entendimento que prevaleceu naquele julgamento é de que é vedado ao Poder Executivo exercer o papel de legislador orçamentário de forma individualizada, por meio da edição de medidas provisórias concessivas de créditos corriqueiros, que não justificam a utilização desse ato normativo. Isso, considerando que a possibilidade de concessão de créditos extraordinários pelo Poder Executivo ocorre em casos de extrema urgência e incomuns, como no caso de guerras, calamidade pública, por exemplo.

Naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal apreciou o caráter de créditos concedidos pelo Poder Executivo à luz das regras orçamentárias previstas na Constituição, o que demonstra que a alegada impossibilidade de exame de normas de efeitos concretos em sede de controle concentrado de constitucionalidade não mais perdura, de acordo com o entendimento da Suprema Corte.

Cruz (2014) chama atenção para a impossibilidade de se dissociar a apreciação de uma norma constitucional no controle concentrado de constitucionalidade e as relações jurídicas concretas que refletem no cotidiano dos cidadãos, ao indagar:

> Com isso, uma pergunta que não quer calar: como podemos ainda sustentar que o controle de constitucionalidade das leis possa ser um processo abstrato, ou seja, desvinculado de relações jurídicas e da concretude da vida e do cotidiano das pessoas, se essas modalidades de decisão, tais como a interpretação conforme e declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, exigem considerações de relações fáticas? Pense-se, por exemplo, no caso emblemático da ADI n. 4.277/DF. Não foi preciso declarar a inconstitucionalidade total do dispositivo do art. 1.723 do Código Civil para dar às relações homoafetivas a proteção que a ordem constitucional dá a união estável. Bastou a utilização pelo STF da **interpretação conforme** (não obstante tratar-se, a rigor, de caso de **declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto**, já que determinou a exclusão de qualquer interpretação não protetiva de tais relações).
>
> Contudo, um leitor mais cético diria que tais decisões são excepcionais e que uma exceção não é capaz de desnaturar a "essência" abstrata do controle concentrado. Assim, outros argumentos precisam ser trabalhados. Nesse sentido, é curioso também pensar que um processo que possa ser meramente abstrato, na medida em que a Lei n. 9.868/1999 e a Lei n. 9.882/99 os regulamentam de modo genérico, preveem, no transcurso do seu procedimento, a possibilidade de realização de **perícia técnica** (arts. 9º, § 1º, e 6º, § 1º, respectivamente). Se se trata meramente de uma comparação de normas, por que razão o legislador poderia pensar na necessidade de se possibilitar perícia pela própria lei? Em que um perito técnico poderia contribuir e que perícia é essa feita no campo abstrato?
>
> Confirmadora desse nosso argumento foi a decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário 586.224/SP. O recurso foi aviado contra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo em uma ação direta de inconstitucionalidade "estadual" (1267800800) ajuizada contra lei do Município de Paulínia proibitiva da queima de palha de cana-de-açúcar. Apesar de termos aqui uma conexão entre o controle difuso e o controle concentrado, a origem da discussão se deu nesta última modalidade. Assim, como se tratava de matéria ambiental que tinha aspectos sociais e econômicos a considerar, o Ministro Luiz Fux admitiu, no recurso extraordinário, a designação de perícia para proferir parecer; Foram intimadas várias entidades, como a EMBRAPA (Empresa Brasileira de Pecuária e Abastecimento) e o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Renováveis). O Ministro Fux foi claro ao reconhecer que não há mais se falar em uma rígida distinção entre controle abstrato e análise de questões fáticas e a prova disso seria justamente o art. 9º, § 1º, da Lei n. 9.868/99. (CRUZ, 2014, p. 398-399)

Como visto acima, o posicionamento da Suprema tem admitido a investigação acerca da constitucionalidade de normas que possuem efeitos concretos.

Nesse sentido, veja-se também o voto proferido pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA (BRASIL, 2007c), acerca de lei

instituidora de novos municípios, norma induvidosamente de efeitos concretos:

> Não devemos nos esquecer de que esta Corte, em diversos julgados recentes, declarou a inconstitucionalidade – e, portanto, a nulidade – de leis estaduais, posteriores à EC n° 15/96, instituidoras de novos municípios, por ausência da lei complementar federal prevista pelo art. 18, § 4o, da Constituição. (BRASIL, 2001e; BRASIL, 2005d; BRASIL, 2004c; BRASIL, 2004d; BRASIL, 2004e).

Também em vista da delegação de competência apenas para uma Corte especializada decidir de forma exclusiva sobre a constitucionalidade de normas, sem qualquer vínculo com uma lide propriamente dita, a ação sobre a qual o Tribunal Constitucional se debruçará, quando do exercício do controle de constitucionalidade, tem caráter objetivo e sem partes. Isso, considerando que não é necessário, nesse tipo de ação, um dos requisitos indispensáveis para o desenvolvimento regular de um processo subjetivo, qual seja, o chamado interesse de agir.

Na verdade, os legitimados para a propositura desse tipo de processo têm como motivação para o ajuizamento da ação a requisição da prestação jurisdicional constitucional por uma corte especializada, com vistas à delimitação acerca da validade de uma norma à luz da Constituição. Isso, de modo a serem resguardados diversos princípios norteadores das relações jurídicas, dentre os quais, primordialmente, a segurança jurídica.

Nesse tipo de ação, não há lide propriamente dita, posto que o objeto vinculado a ela trata-se de uma norma cuja constitucionalidade está sendo questionada. Destarte, como já destacado, não há interesse subjetivo envolvido, posto que não se trata de uma prestação jurisdicional para dirimir uma contenda referente a uma situação, fato ou ato que tem reflexos jurídicos para determinada parte.

Essas são as principais características gerais do controle concentrado de constitucionalidade.

### *3.3.2 Adoção do controle concentrado de constitucionalidade no Brasil e efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal*

A Constituição de 1934 foi a primeira que elencou uma ação conexa ao controle de constitucionalidade concentrado. Tratava-se de uma ação interventiva e possível de ser ajuizada para a preservação de princípios sensíveis previstos no artigo 12, § 2º dessa Constituição.

Entretanto, a adoção do controle de constitucionalidade no Brasil, ao contrário do controle difuso previsto desde a Constituição de 1891, somente ocorreu por meio da Emenda

Constitucional nº 16 de 1965 (BRASIL, 1965). Por meio dessa emenda, foi criada no Brasil a representação contra a inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual proposta ao Supremo Tribunal Federal, exclusivamente, pelo Procurador Geral da República.

Segundo as lições de Zavaski (2014, p. 20), essa ação foi o embrião da ação direta de inconstitucionalidade prevista na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988 ampliou os tipos de ações previstas para o controle de constitucionalidade no controle concentrado, quais sejam: a já mencionada ação direta de inconstitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e ainda, arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 03/1993 (BRASIL, 1993a), foi inserida no rol das ações vinculadas ao controle concentrado a Ação Declaratória de Constitucionalidade.

Antes de se adentrar nas características de cada uma dessas ações, vale lembrar que outra inovação da Carta Magna de 1988 em relação ao controle de constitucionalidade foi a ampliação da relação de legitimados para ajuizarem essa ação.

Com efeito, essa atribuição, anteriormente reservada ao Procurador-Geral da República, foi estendida também para: os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados e ao Presidente da República.

Como já detalhado acima, esses são os legitimados, e não as partes que detêm a prerrogativa de ajuizar as ações em controle concentrado de constitucionalidade. Isso na medida em que em uma Ação Declaratória de (in)constitucionalidade, a doutrina entende que não há partes, já que se trata de um processo de natureza objetiva em que não há um interesse de agir específico, e sim um pedido para a análise de validade de uma lei perante a Constituição.

Ressalte-se ainda que a ampliação do rol de legitimados tenha sido propagada como um dos motivos para a sobreposição do controle de constitucionalidade abstrato em detrimento do controle de difuso, na medida em que democratiza a participação da sociedade nesse tipo de controle. Esse é o posicionamento de Mendes (2007, p. 89) e Zavascki (2014, p. 53).

Em sentido contrário, Agra (2008, p. 226) assevera que a principal crítica ao

controle concentrado é que tal sistema veda ao cidadão a possibilidade de postular a defesa de seus direitos e concentra nas mãos dos ministros assuntos não só de cunho eminentemente jurídico, que deveriam ser debatidos com a sociedade.

A crítica em questão tem certa razão de ser. Sem embargo de grandes temas de interesse da sociedade terem sido objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado, tais como união homoafetiva, aborto de anencéfalo, lei da ficha limpa, e no segundo caso ter havido audiência pública para se tratar desse tema previamente ao julgamento. Contudo, na grande maioria das vezes, o debate acerca de garantias e direitos fundamentais se dá sem a efetiva participação da sociedade.

Mendes (2007, p. 89) vai além e afirma que, em razão do procedimento das ações no controle concentrado ser mais célere e direto, estas ações passaram a ser o meio pelo qual o Supremo Tribunal Federal tem resolvido as grandes questões constitucionais. A nosso ver, essa assertiva não condiz com a realidade dos fatos. Infelizmente, em sua grande maioria, as ações ajuizadas no controle concentrado de constitucionalidade ficam anos a fio esperando para serem julgadas pelo Supremo Tribunal, o que tem causado inquestionável insegurança jurídica no Brasil.

Tome-se, por exemplo, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.446 (BRASIL, 2001g) que versa sobre a constitucionalidade do artigo 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966a) que está para ser julgada pelo Supremo Tribunal Federal há mais de 14 anos.

Esse dispositivo que cria a norma geral antielisiva e permite ao Fisco desconsiderar negócio jurídico realizado com o intuito de ocultar, ou para alguns, evitar a ocorrência de determinado fato gerador de um tributo, é de extrema relevância para fins de delimitação das regras de planejamento tributário no Brasil.

Todavia, apesar da importância desse tema para o cotidiano de milhares de contribuintes no país, e ainda, para a estabilização das relações jurídicas vinculadas a negócios praticados por uma infinidade de empresas, o Supremo Tribunal Federal até o presente momento não apreciou o mérito dessa ação. Isso, a despeito de haver farta doutrina acerca do tema, o que demonstra que a discussão sobre esse assunto já se encontra amadurecida para a análise pela Suprema Corte.

O mesmo ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.418 (BRASIL, 2001b), que versa sobre a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 741, do CPC e está tramitando no Supremo Tribunal Federal há 14 anos. Trata-se de uma discussão de extrema relevância acerca da eficácia da coisa julgada, mas até o presente momento, não há

definição sobre a constitucionalidade dessa norma em razão dessa ação ainda não ter sido julgada.

Destaque-se que esse problema não passou desapercebido por Barroso (2012), que assim o rememorou, ao escrever sobre o controle de constitucionalidade concentrado e a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar:

> A Constituição prevê expressamente a possibilidade de pedido cautelar nas ações diretas de inconstitucionalidade. Trata-se de providência de caráter excepcional, como ensina a melhor doutrina, à vista da presunção de validade dos atos estatais, inclusive os normativos. Na prática, contudo, devido ao congestionamento da pauta do Supremo Tribunal Federal, a suspensão liminar da eficácia da norma impugnada adquire maior significação: seu indeferimento remete a apreciação da matéria para um futuro, que pode ser incerto; e seu deferimento, embora provisório por natureza, ganha, muitas vezes, contornos definitivos, pela prolongada vigência da liminar. (BARROSO, 2012, p.217)

Quanto às ações previstas na Constituição em relação ao controle de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, consoante às lições de Barroso (2012, p. 279-281), tem como escopo assegurar a eficácia das normas constitucionais. Isso, por meio da determinação ao Executivo e ao Legislativo, para emanarem atos de sua competência necessários para a concretização de normas constitucionais de organização ou definidoras de Direito. Contudo, assim como em outros países, não tem se revelado um eficiente remédio para a resolução de omissões de atos pelos demais Poderes da Federação.

A ação direta de inconstitucionalidade propriamente dita tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual, cabendo a discussão em torno desse tipo de ato no âmbito municipal, perante os Tribunais de Justiça dos Estados da Federação.

Já a ação declaratória de constitucionalidade tem o condão de afirmar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Conforme preleciona Barroso (2012, p. 259), a finalidade dessa ação é ratificar a presunção da constitucionalidade de uma norma em razão de questionamentos feitos acerca dessa constitucionalidade.

Segundo Zavascki (2014, p.57), com esteio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[3], as ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade têm natureza dúplice. Isso quer dizer que, no caso de procedência da primeira, a declaração de inconstitucionalidade

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 652**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 1991d.
[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 1/DF**. Relator: Moreira Alves. Brasília, 1995d.

extirpa a lei declarada inconstitucional do ordenamento jurídico, e traz, via de regra, a lei por ela revogada, tendo o Supremo Tribunal Federal nessa circunstância, o papel de legislador negativo. Do mesmo modo, esse também será o efeito no caso de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade.

Esses efeitos e os demais relativos a essas ações estão previstos na Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b).

Conforme será destacado mais adiante, há duas ações diretas de inconstitucionalidade (2.154 (BRASIL, 2000d) e 2.258 (BRASIL, 2000e)) que foram ajuizadas no ano 2000, as quais questionam alguns dispositivos vinculados à modulação dos efeitos de decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Streck (2004. p. 571) advoga a tese de inconstitucionalidade dessa lei. Para esse autor, a competência para legislar sobre a jurisdição constitucional (forma de processamento da ação aireta em controle concentrado) é matéria que não pode ser considerada mera norma de direito processual comum. Fundamenta esse entendimento em razão da Constituição de 1988 não ter previsto a criação orgânica de um Tribunal Constitucional que ensejasse a organização da jurisdição constitucional. Isso, considerando o fato de outras Constituições terem adotado o procedimento acima mencionado.

A nosso ver, não há inconstitucionalidade nessa legislação infraconstitucional, visto que não obstante se tratar de jurisdição constitucional, essas ações são meios processuais para o exercício dessa jurisdição. Por isso, a sua regulamentação por legislação ordinária se faz possível, conforme competência outorgada à União no artigo 21 da Constituição, conforme restará detalhado adiante, quando se falar da modulação dos efeitos de decisão nesse tipo de controle.

Em relação ao efeito repristinatório advindo da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, Ferreira (2008, p. 348-353) preleciona que tal efeito traduz-se no fato de que a norma declarada inconstitucional não foi apta a revogar a norma anterior que tratava da mesma matéria. Nesse sentido, teria ocorrido uma pseudo revogação dessa primeira norma. Já a repristinação está relacionada, propriamente, com uma norma efetivamente revogada, que é reinserida no ordenamento jurídico em função da anulação da norma revogadora.

Ferreira (2008) salienta que, apesar do efeito repristinatório estar previsto apenas quanto ao deferimento de medida cautelar, conforme dispõe o art. 11, § 2º, da Lei nº 9.868/1999 (BRASIL, 1999b), esse efeito é aplicável também nas decisões de mérito das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade, por força da declaração de nulidade das normas em caso de procedência da primeira e improcedência da segunda.

Citando doutrina de Daniel Sarmento (Hermenêutica e jurisdição constitucional, p. 37) e precedente do STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.215/PE - Medida Cautelar (BRASIL, 2001a), esse autor conclui que é possível o efeito repristinatório não ser aplicado quando a norma revogada pela norma declarada inconstitucional também for assim classificada pelo Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, o Supremo Tribunal Federal pode modular os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade ou revogar ambas as normas.

Já no caso de improcedência da ação direta de inconstitucionalidade, o efeito é a ratificação da constitucionalidade da lei, objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse raciocínio também se aplica à ação declaratória de constitucionalidade, visto que, em caso de procedência, como já destacado, reafirma-se a sua constitucionalidade e, se for julgada improcedente, o resultado é a declaração de inconstitucionalidade dessa lei, conforme as consequências acima mencionadas.

Não obstante à natureza dúplice dessas ações, Barroso (2012, p.222-231) ensina que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma enseja a atribuição de efeitos *erga omnes* e vinculante para a Administração Pública Federal, Estadual e Municipal e para o Poder Judiciário, conforme prescreve o artigo 28, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b). Ainda segundo Barroso (2012), até mesmo para o Supremo Tribunal Federal, essa decisão seria vinculante em razão da autoridade da coisa julgada. Contudo, para esse autor, uma vez julgada improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade, nada impede de os legitimados proporem que essa ação ajuíze uma nova ação, com base em novos fatos ou em situações que modifiquem a Constituição de maneira formal ou informal. Ou ainda, em razão de transformações, na realidade, que modifiquem o impacto da lei anteriormente apreciada no dia a dia. Ou seja, a decisão de improcedência dessa ação não se reveste da coisa julgada em sentido material.

Marinoni (2010, p. 9) faz restrições a essa assertiva de Barroso (2012), sustentando que não se mostra possível vincular a ação direta de inconstitucionalidade à coisa julgada. Isso, na medida em que, estando a coisa julgada vinculada às situações de fato e de direito existentes quando do julgamento dessa ação, em caso de alteração de estado de fato de Direito, não seria inviável a revisão da decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. Nesse contexto, nada impediria o ajuizamento de uma nova ação com pedido e causa de pedir distintos.

De todo modo, conclui esse autor paranaense que permanecendo a situação fática e de Direito em que foi proferida a decisão na ação direta de inconstitucionalidade, não seria

possível uma nova ação.

Já em relação à declaração de constitucionalidade de uma norma, Barroso (2012, p.231) defende que os seus efeitos *erga omnes* e vinculantes devem ser observados pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, excetuando-se o Supremo Tribunal Federal, que pode novamente apreciar a constitucionalidade da lei se assim entender necessário.

Mendes (2007, p. 359) pontua que, em caso de declaração de constitucionalidade, há um óbice para que a questão seja novamente levada ao Supremo Tribunal Federal.

Isso, não obstante defender a possibilidade de revisão da decisão em controle de constitucionalidade concentrado, em caso de mudanças significativas das circunstâncias fáticas ou alteração relevante das circunstâncias jurídicas, conforme também defendido por Barroso, e visto acima (MENDES, 1999, p. 163).

Enfatize-se ainda que esse autor afirma ainda que, a declaração de constitucionalidade de uma lei não altera a situação qualitativa da situação jurídica previamente existente (MENDES, 2004, p.359).

Questão relevante diz respeito às formas de declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Barroso (2012, p. 234) destaca que essa declaração pode se dar de três formas, além do caso de declaração de inconstitucionalidade pura e simples, que seriam espécie do gênero interpretação conforme a Constituição: (i) leitura da norma constitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais subjacentes; (ii) declaração de não incidência da norma a uma determinada situação de fato; (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, que segundo esse autor, "consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e na afirmação de uma interpretação alternativa compatível com a Constituição."

Barroso (2012) entende, que no primeiro caso, há apenas uma interpretação entre várias, não havendo, portanto, efeito vinculante. No segundo e terceiro casos, há efeito vinculante, já que os juízes não poderão aplicar a norma a uma situação já afastada pelo Supremo Tribunal ou então uma interpretação que haja sido declarada inválida pelo Supremo Tribunal Federal.

Sobre a interpretação conforme a Constituição Sampaio (2013) destaca a seguinte premissa para a sua utilização:

> A interpretação conforme deveria ser aplicada apenas quando o enunciado da norma admitisse diversas interpretações igualmente possíveis. Fosse "polissêmica" ou "plurissignaficativa" como o próprio Tribunal já teve oportunidade de dizer. Além

> do mais, o Tribunal, ao recorrer a ela, "não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo". (SAMPAIO, 2013, p.497)

A nosso ver, com esteio na doutrina que tende a dar cada vez mais efetividade às decisões do Supremo Tribunal Federal (Teori Albino Zavascki, Fredie Didier Júnior, Cunha Júnior, entre outros), a interpretação conforme a Constituição, procedimento que torna compatível determinada norma com o Texto Magno, se interpretado de determinada forma, deve ser meio de estabilização das demandas pelos Tribunais inferiores.

Isso quer dizer que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal elenca um sentido para um texto de modo a adequá-lo à Constituição, não há motivo para que os demais órgãos do Poder Judiciário não observem a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a esse ato normativo. Se a Suprema Corte deve dar a última palavra acerca da validade de um ato normativo perante a Constituição, porque quando a sua palavra é, no sentido de adequar tal ato à Lei Maior de acordo com determinada interpretação, essa interpretação não precisa ser seguida pelos demais órgãos do Poder Judiciário?

Saliente-se, contudo, que entende-se correta a restrição feita por Sampaio (2013) destacada acima.

Mendes (2004, p. 155) diferencia a interpretação conforme a Constituição da declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Segundo esse autor, na primeira situação, o Supremo Tribunal Federal afirma que uma determinada interpretação da norma é compatível com a Constituição ou para que assim seja, é necessário um complemento ou restrição da norma. Já a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, ocorre quando o Supremo Tribunal Federal afirma que determinado significado da norma é inconstitucional, sem que a norma sofra qualquer redução de texto.

O fato de haver a possibilidade de interpretação das normas, conforme acima destacado no controle concentrado de constitucionalidade, é um dos argumentos usados por Mendes (2004), para defender a sua tese de *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade. Para ele, nessas situações de declaração de inconstitucionalidade, não se mostra viável a edição de resolução do Senado para suspender a norma declarada inconstitucional, conforme se verá no próximo tópico.

Outra questão, diz respeito à fundamentação das decisões proferidas nas situações acima mencionadas, possuir efeitos transcendentes. Ou seja, no controle concentrado de constitucionalidade, os motivos que lastrearam a decisão são de observância obrigatória. Isso enseja a eficácia vinculante e *erga omnes* não apenas do dispositivo da sentença, mas também

dos fundamentos que ensejaram a decisão.

Esse efeito estava sendo reafirmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[4], com base na alegação de que nesse tipo de ação, de caráter objetivo, cujo escopo é verificar a constitucionalidade de uma norma, é relevante considerar a motivação da decisão proferida, sob pena de tornar inócua a orientação da Suprema Corte.

Ocorre que, a despeito dos precedentes citados (Reclamação 1.987/DF (BRASIL, 2004i), Reclamação 2.363/PA (BRASIL, 2003f) Questão de Ordem na Reclamação 1.880/SP (BRASIL, 2004f)), a questão sobre a transcendência dos motivos da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade, não está pacificada no Supremo Tribunal Federal. A seguir, veja o seguinte trecho do voto da Ministra Carmen Lúcia, relatora na Reclamação n. 5.847/PR (BRASIL, 2014f), julgada em 25 de junho de 2014:

> É certo que, em alguns julgados, este Supremo Tribunal tem-se manifestado no sentido de que os fundamentos ou os motivos determinantes adotados em decisões proferidas em processos de controle concentrado de constitucionalidade são dotados de eficácia vinculante e, portanto, são aptos a ensejar o ajuizamento de reclamação quando desrespeitados por outros órgãos do Poder Judiciário ou da Administração Pública.
> Nesse sentido, os seguintes precedentes: Rcl 2.363, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJ 1º.4.2005; Rcl 4.692-MC, Relator o Ministro Cezar Peluso, decisão monocrática, DJ 14.11.2006; Rcl 4.387-MC, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJ 2.10.2006; e Rcl 1.987, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ 21.05.2004.
> Entretanto, a questão da aplicação da teoria dos motivos determinantes não está pacificada neste Supremo Tribunal, sendo exemplos disso: Rcl 4.448-AgR/RS, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJ 7.8.2008; Rcl 2.475-AgR/MG, Relator para o acórdão o Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJE 31.1.2008; Rcl 2.990-AgR/RN, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 14.9.2007; Rcl 8.780/PE, de minha relatoria, decisão monocrática, DJ 21.8.2009; Rcl 5.241/AL, Relatora a Ministra Ellen Gracie, decisão Voto - MIN. CÁRMEN LÚCIA RCL 5847 / PR monocrática, DJ 7.8.2009; Rcl 8.470/DF, Relatora a Ministra Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 26.6.2009; Rcl 7.539/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, DJ 1º.7.2009; Rcl 5.365- MC/SC, Relator o Ministro Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 15.8.2007; Rcl 5.087-MC/SE, Relator o Ministro Ayres Britto, decisão monocrática, DJ 18.5.2007; e a Rcl 3.014/SP, Relator o Ministro Ayres Britto, que aguarda a conclusão de seu julgamento.
> Nessa linha de entendimento, ao julgar a Reclamação 5.120/RO, em 23.4.2007, o Ministro Ricardo Lewandowski salientou:
> "Sobre não vislumbrar, em princípio, a ocorrência de identidade material entre os fundamentos da decisão reclamada e aqueles emanados das decisões paradigmáticas ora invocados pela parte reclamante, constato, em consonância com recentíssimo pronunciamento do Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento da Rcl 4.999/SP, que "a tese dos 'fundamentos determinantes' encontra-se sem definição no

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987/DF. Relator: Maurício Corrêa. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 21 maio 2004i.
[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 2.363/PA**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2003f.
[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 1.880/SP. Relator: Maurício Corrêa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2004f.

> Supremo Tribunal Federal (v.g. RCL 2642, Pertence, vista ao em. Min. Peluso)". Em que pese a decisão proferida pelo Plenário desta Corte, em 1º/10/2003, ao apreciar e julgar a Rcl 1.987/DF, de Relatoria do Ministro Maurício Corrêa, não posso deixar de levar em consideração o julgamento da Rcl 4.219/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, iniciado em 21/9/2006 e ainda em curso em razão de pedido de vista, que se mostra essencial para a compreensão do entendimento do STF em torno do tema da transcendência dos fundamentos determinantes de suas decisões.
> Nesse sentido, é preciso ressaltar que, na sessão inicial de julgamento da mencionada reclamação, desta não conheceram os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Sepúlveda Pertence e Carlos Britto. Após pedido de vista do Ministro Eros Grau, reiniciou-se o julgamento em 7/3/2007, em cuja data divergiram os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Celso de Mello. De outro lado, a Ministra Cármen Lúcia acompanhou o Relator, também não conhecendo da ação reclamatória em causa. Finalmente, novo pedido de vista foi formulado pela Ministra-Presidente Ellen Gracie. Resta claro, portanto, que a possibilidade do reconhecimento da transcendência dos fundamentos determinantes de decisão proferida por esta Corte encontra-se, por ora, sem definição. Por essa razão é que o Ministro Carlos Brito, quando do julgamento das reclamações 4.814/PI, 4.739-MC/MG e 4.614-MC/MG, delas não conheceu, afirmando, para tanto, que 'este Colendo Tribunal retomou a discussão quanto à aplicabilidade da chamada "transcendência dos fundamentos determinantes". No mesmo sentido: Rcl 5.083/DF, de minha Relatoria". (BRASIL, 2014f)

A nosso ver, se a decisão do Supremo Tribunal Federal é fundamentada em premissas que justificaram a declaração de inconstitucionalidade da norma ou a ratificação de sua constitucionalidade, tais premissas devem ser consideradas de forma vinculante pelos demais órgãos do Judiciário e da Administração Direita Pública, quando da aplicação desse precedente em outros casos. Isso, na medida em que são norteadores para a adequação da decisão em abstrato a situações concretas.

Saliente-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre esse tema ainda não se encontra definida, como visto acima.

Aliás, a nosso ver, como defendido no capítulo anterior, a motivação de uma decisão, quando indissociável da própria declaração consignada no dispositivo da decisão passada em julgada, deve ser considerada para fins de delimitação da coisa julgada e seus efeitos.

De acordo com Barroso (2012, p. 236), a consequência desses efeitos transcendentes seria o cabimento de reclamação, até mesmo em caso de ato que descumpra a decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que de forma oblíqua.

Outra característica relevante do controle concentrado, diz respeito ao poder geral de cautela que permite a concessão de liminares para se evitar a frustração quanto à análise de mérito de uma ação. Segundo Zavascki (2014, p. 75-79), esse poder geral de cautela decorre da própria Constituição sendo inerente à atividade jurisdicional, e não pode ser restringido pelo legislador ordinário.

Nas ações de controle concentrado, a cautelar/liminar que entende pela inconstitucionalidade de uma norma consiste em suspender, por maioria absoluta do Plenário, uma norma até o julgamento de mérito revivendo a anterior ou restringir a sua interpretação, conforme com a suspensão parcial do texto sem sua redução. Isso, nos casos em que ações contenham pedidos, é objeto de mérito nesse sentido.

Na ação direta de inconstitucionalidade, a concessão de medida cautelar tem efeito *ex nunc,* salvo se o Tribunal entender que essa medida tenha eficácia retroativa e eficácia *erga omnes*. Ainda tem o condão de tornar aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo manifestação em contrário, conforme previsto no artigo 11, parágrafos 1º e 2º, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b). Ou ainda, restringir a sua interpretação para a suspensão da eficácia parcial do texto sem sua redução nos casos em que essa ação conter esse pedido em relação ao seu mérito.

Já na ação declaratória de constitucionalidade, a medida tem o efeito de reafirmar a constitucionalidade da norma impugnada.

Em vista do poder geral de cautela não poder ser restringido, Zavascki (2014) critica a restrição do artigo 21, da Lei nº 9868/99, que delimita a concessão de liminar em medida cautelar pelo Supremo Tribunal Federal em ação direta de constitucionalidade somente para a suspensão do ato normativo questionado em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Isso porque, para esse autor, suspender o julgamento de processos pode ser uma medida ineficaz e, inclusive, uma medida antiprodutiva, haja vista que impede até mesmo a prolação de decisões que confirmem a constitucionalidade dessa norma.

Ainda de acordo o artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.828/99 (BRASIL, 1999a), a decisão final nas ações declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade terem efeito *erga omnes* e vinculantes. Esta previsão foi alçada à norma constitucional com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004a).

#### *3.3.2.1 Modulação dos efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade*

Por fim, um último item que merece destaque em relação à ação direta de inconstitucionalidade, é o da modulação dos efeitos da decisão, previstos no artigo 27, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b), desde que haja o aval de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal e haja razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

Barroso (2012, p.45) observa que na Constituinte de 1987-1988 e na Revisão

Constitucional de 1994, houve a tentativa de inserir na própria Constituição a possibilidade do Supremo Tribunal Federal restringir a retroatividade de uma norma declarada inconstitucional no controle concentrado, tendo sido tal possibilidade recusada em ambas as oportunidades.

Em vista da previsão de modulação em lei infraconstitucional, foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.154 (BRASIL, 2000d) e 2.258 (BRASIL, 2000e) no ano de 2000, que até o presente momento não foram julgadas. Quer dizer, o Supremo Tribunal Federal, caso declare a inconstitucionalidade desse dispositivo, terá um problema de ordem gigantesca para solucionar, haja vista todas as decisões proferidas com base nesse dispositivo. Dessa forma, todas as decisões que modularam os seus efeitos da decisão estarão eivadas de inconstitucionalidade.

De acordo com esse dispositivo, de duvidosa constitucionalidade, é possível a modulação dos efeitos da decisão final, excluindo do alcance determinado grupo de pessoas, ou não atribuir efeitos retroativos a essa decisão. Para tanto, pode ser atribuída a eficácia dessa decisão a partir do trânsito em julgado ou de outro momento posterior a ser definido pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social.

A nosso ver, esse artigo não seria inconstitucional, na medida em que objetiva concatenar princípios caros ao sistema jurídico, tais como a supremacia da Constituição e segurança jurídica, não havendo qualquer problema na regulamentação desse procedimento via norma processual infralegal, conforme já explicitado acima.

Segundo Barroso (2012, p. 240), a ponderação de princípios que se faz não é com relação à Supremacia da Constituição e à segurança jurídica ou excepcional interesse social. Isso, considerando que a Supremacia da Constituição é fundamento do controle de constitucionalidade. Dessa forma, entende esse autor que a ponderação diz respeito aos valores que estavam sendo regulamentados pela norma inconstitucional e outros, como, por exemplo, a boa fé, moralidade, coisa julgada, moralidade irredutibilidade de vencimentos.

Zavascki (2014) entende que o fato do Supremo Tribunal modular os efeitos de uma decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma, não enseja o entendimento de que tal decisão mitiga o efeito de nulidade imputado a tal norma por essa declaração.

Segundo os seus ensinamentos, tal fato, na verdade, reforça essa pecha de inconstitucionalidade de tal norma:

> Assim, entendida a questão, fica reafirmada a doutrina que sustenta a nulidade da norma inconstitucional e a natureza declaratória da sentença que reconhece. Não infirma tal doutrina, de modo algum, a modulação dos efeitos, seja ela a decorrente

> de lei, seja a imposta pelo STF, com base no art. 27 da Lei 9.868/1999. Tal dispositivo não inibe a eficácia normativa da declaração; pelo contrário, tem como pressuposto justamente que a lei inconstitucional nela praticados somente podem ser mantidos em virtude de outros valores circunstancialmente prevalentes, ou seja, as "razões de segurança pública ou de excepcional interesse social". Ao manter a eficácia desses atos, em face dos referidos valores, o Supremo não está declarando que foram atos válidos nem está criando uma norma nova – que só poderia ser de hierarquia constitucional – para validar atos inconstitucionais. O que o Supremo faz, ao preservar determinado *status quo* formado irregularmente é típica função de juiz. Ao modular os efeitos da sentença. Cumpre enfatizar, o STF não atua no plano da eficácia *normativa*, já que não nega a nulidade *ex tunc* da norma declarada inconstitucional; atua sim, no plano da eficácia *executiva* da sua decisão, para impor limites às consequência de sua declaração. (ZAVASCKI, 2014, p. 65)

Cruz (2014) lembra em sua obra sobre a jurisdição constitucional que, de acordo com o sistema americano, a regra temporal da declaração de inconstitucionalidade de uma norma é *ex tunc*.

Entretanto, esse autor ressalta que mesmo nos Estados Unidos, houve construção jurisprudencial pela Suprema Corte americana no precedente Linkletter V. Walker de 1965 no qual houve a modulação dos efeitos da decisão daquela Corte de forma *ex nunc.* (CRUZ, 2014, p. 369).

Cruz (2014, p. 459) destaca ainda que, desde a década de 1970, o Supremo Tribunal Federal já se utiliza dos fundamentos da boa-fé a ser preservada entre o particular e o Estado, para modular os efeitos de suas decisões ao mencionar casos dentre os quais foram mantidos atos praticados por servidores públicos nomeados de forma irregular.

Contudo, entende que a modulação dos efeitos temporais não pode ser justificada com base em preceitos que justificassem a manutenção da norma julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa possibilidade pode ser vislumbrada quando por questões vinculadas à estabilidade das relações jurídicas, presunção da boa-fé, dentre outros valores, almeja-se dar às decisões proferidas pela Suprema Corte efeitos *pro futuro*, conceituando-o esse efeito, segundo Cruz (2014, p. 2014) como sendo "a incidência da nulidade de uma norma taxada de inconstitucional fique ao livre alvedrio do Supremo."

Para diferenciar esses efeitos *pro futuro* dos efeitos da declaração *ex tunc*, Cruz (2014) traz o seguinte quadro:

> a) *restringir os efeitos da declaração ex tunc*, ou seja, na esteira da jurisprudência anteriormente adotada, o Supremo restringe a retroatividade da decisão para atender os princípios acima elencados;
> b) *determinar eficácia prospectiva (ex nunc):* a lei inconstitucional só perde seus efeitos a partir do trânsito em julgado da decisão; e
> c) determinar eficácia pro futuro: o Supremo poderá determinar que os efeitos da

> declaração de inconstitucionalidade, isto é, que a perda de eficácia do ato normativo inconstitucional, ocorra em data que seja marcada diante da livre discricionariedade dos Ministros do Supremo.
> Enquanto a hipótese "a" atendia posicionamento já consolidado do Supremo, a hipótese "b" coaduna-se com uma perspectiva originariamente kelseniana de que o controle abstrato seria uma forma especial de revogação da lei. Todavia, a hipótese "c" é praticamente cópia da Constituição austríaca, com um único agravante: lá o prazo pro futuro máximo é de 1 (um) ano e aqui não se terá sequer essa limitação. (CRUZ, 2014, p. 461)

E sobre a sua posição pessoal, destaca:

> É preciso, pois, que fique claro uma questão: meu ponto de vista distingue entre o efeito *ex nunc* e o efeito *pro futuro*. A despeito de ambos terem efeitos prospectivos, a nosso ver, o primeiro, o efeito *ex nunc*, não viola o postulado da Supremacia da Constituição, sendo, portanto, legítimo o mesmo não ocorrer quando uma corte declara uma lei inconstitucional e determina que a mesma continue gerando efeitos durante certo período de tempo. A despeito de problemas que essa visão possa gerar sob o ângulo consenquencialista, entendemos a supremacia da Constituição como uma parada obrigatória, um ponto que nunca pode ser negociado. (CRUZ, 2014, p. 462)

A transcrição desse trecho é extremamente relevante, na medida em que Cruz (2014) considera inconstitucional o artigo 27, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b) e o seu congênere da Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999c), bem como o artigo 11, § 2º, da Lei nº 9.868/99 que prescreve a possibilidade do Supremo Tribunal Federal não conceder o efeito repristinatório em relação à norma previamente existente àquela considerada inconstitucional em sede de medida cautelar em ações do controle concentrado de constitucionalidade.

Isso porque, ao explicitar os motivos pelos quais entende inconstitucionais tais dispositivos, Cruz (2014) faz a seguinte ressalva:

> Qual a garantia da prevalência das cláusulas pétreas da Constituição? Mais, qual a garantia de que leis atentatórias aos direitos fundamentais, especialmente aquelas ligadas á política econômica governamental não prevalecerão, tendo seus efeitos mantidos por mais um, dois ou dez anos? O Supremo estará preparado para enfrentar o assédio do Executivo? Já esteve ele pronto para resistir ao longo da história? Estará alguma Corte Constitucional, afastada do suporte da sociedade, pronta a enfrentar esse desafio?
> Nos paradigmas liberal e social do controle de constitucionalidade, a resposta é claramente negativa. Fruto do paradigma social, o art. 27 da Lei n. 9.868/99 e seu congênere na Lei n. 9.882/99 são, além de ilegítimos, inconstitucionais, pois transformar o Supremo em verdadeiro Poder Constituinte originário.
> [...]
> Dessa forma, o conteúdo do art. 27 é inteiramente absurdo, violando todos os princípios estruturante do Estado Democrático de Direito. Tampouco aqui é possível construir-se uma interpretação conforme a Constituição, não ensejando um decreto de nulidade total, tal como se percebe no art. 27 referente à modulação temporal. Isso porque, tal como visto anteriormente, é tolerável que o Supremo restrinja ou suprima os efeitos repristanatórios em caso de inconstitucionalidade de ambas as leis, quais sejam, da lei impugnada e da lei passível de represtinação. (CRUZ, 2014,

p. 466-467)

O Supremo Tribunal Federal tem hodiernamente utilizado da técnica de modulação dos efeitos das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, objetivando preservar interesses dos jurisdicionados ou até mesmos entes da Federação que possam ser afetados com a declaração de inconstitucionalidade de determinada norma da Constituição.

Dois exemplos que podem ser citados são as decisões proferidas quando do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357 (BRASIL, 2013c) e nº 4.425 (BRASIL, 2013b) que versavam sobre a Emenda Constitucional 62/2009 (BRASIL, 2009a).

Por meio da referida emenda, os entes da Federação poderiam prorrogar o pagamento de precatórios por um prazo de quinze anos, por meio da destinação de parte da receita desses entes para um fundo específico e para a regularização de valores já consignados em precatórios. Os pagamentos desses valores em aberto podem ser feitos mediante a via normal, obedecendo à ordem cronológica dos precatórios ou mediante acordos ou leilões.

Essa segunda opção foi utilizada por vários entes da Federação.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADI´s) retrocitadas, optou por modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade dessa emenda, de modo a manter os pagamentos efetuados com base nela, destacando que a partir do julgamento da questão de ordem que versava justamente sobre a modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 62/2009 (BRASIL, 2009a) ocorrido em 25 de março de 2015, os parâmetros previstos nessa emenda podem ser mantidos por mais cinco exercícios financeiros, contados a partir de primeiro de janeiro de 2016.

Outro exemplo é o que tratou do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.127/DF (BRASIL, 2015b), ajuizada pela Confederação Nacional das Profissões Liberais, ocorrido em 15 de outubro de 2015. Na ocasião, o Plenário da Suprema Corte, por maioria, entendeu que uma medida provisória não pode ser alterada pelo Congresso Nacional para tratar de temas estranhos àqueles originariamente objetos de regulamentação propostos pelo Executivo.

Entretanto, o Plenário da Suprema Corte entendeu pelo reconhecimento até o julgamento, da validade constitucional dessa prática consuetudinária exercida pelo Congresso Nacional.

Isso, de modo a preservar o princípio da segurança jurídica, na medida em que tal

modulação impedirá a instauração de discussões em torno de leis oriundas de medidas provisórias que foram regulamentadas de acordo com a práxis acima mencionada do Congresso Nacional.

Godoi (2009;2012) explorou o tema da modulação dos efeitos de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em dois artigos.

Em um primeiro trabalhado intitulado "O consequencialismo jurídico e as modificações dos efeitos das decisões do STF", publicado em 2009, esse autor lembra o fato do Supremo Tribunal Federal ter aventado a possibilidade de modulação de efeitos de decisão desde a década de 70.

Ainda destaca, esse autor com lastro no voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.102/DF (BRASIL, 1995b), que a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de uma lei apenas com efeitos *ex tunc* da declaração pode fazer com que o Tribunal Constitucional evite de proferir essa declaração. Isso, em razão dessa decisão incidir automaticamente para o passado, eivando de nulidade uma série de relações jurídicas proferidas sob a égide dessa lei declarada inconstitucional. Em vista desse cenário, é defensável a possibilidade de modulação em casos excepcionais.

Esse autor faz menção ainda à advertência do Ministro Sepúlveda Pertence no sentido de que, pelo menos no campo tributário, caso a modulação vire regra, pode permitir que os Estados possam se aventurar na criação de leis de duvidosa constitucionalidade e que, essa modulação será capaz de impedir a reversão de vários valores já recolhidos por anos a fio por meio de tributos inconstitucionais.

Salienta também, que o critério eleito pelo Ministro Sepúlveda Pertence seria o caráter mais ou menos manifesto da inconstitucionalidade de uma lei para se verificar a sua modulação.

Godoi (2009) entende que, em vista do Supremo Tribunal Federal ter usado a modulação desde a década de 70, o artigo 27, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b) teve intuito mais de limitar essa modulação, isso em função da previsão de um quórum, do que expandir ou facilitar a modulação dos efeitos.

Faz menção ao fato das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.154 (BRASIL, 2000d) e 2.258 (BRASIL, 2000e) sobre esse artigo 27 não terem sido julgadas, mesmo após anos de sua distribuição. Além disso, o autor discorre sobre o fato de que várias decisões foram proferidas com base no respectivo artigo e ainda, ao voto do Ministro Sepúlveda Pertence nessas ações, no sentido de que esse artigo padece de inconstitucionalidade formal, pois deveria estar previsto na Constituição, já que decorre do controle de constitucionalidade.

Esse também foi o posicionamento externado pelo Ministro Moreira Alves de forma *obter dictum* no seu voto proferido no Agravo Regimental na Reclamação 1.880/SP (BRASIL, 2004f).

Godoi (2009) acredita na manutenção da constitucionalidade da norma, apesar de dois dos ex-ministros mais influentes da história do Supremo Tribunal Federal entenderem pela inconstitucionalidade dessa norma. Mesmo que essa norma seja declarada como inconstitucional, o Supremo Tribunal Federal deverá continuar modulando os efeitos de uma decisão que declare a inconstitucionalidade de uma lei, sem o quorum mínimo previsto na norma.

Por essa razão, Godoi (2009) defende que o importante seria debater os critérios materiais pelos quais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem modulando os efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma lei. Para tanto, esse autor questiona o fato desse tipo de decisão ser fundamentada em critérios e conceitos jurídicos indeterminados para justificar a modulação dos efeitos de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade, como segurança jurídica, proteção da boa fé objetiva e das expectativas legítimas, salvaguarda de excepcional interesse social ou público.

E ainda faz uma afirmação de que, para modular os efeitos de uma decisão, o Supremo Tribunal Federal tem que fundamentar sua decisão, de modo que as regras de argumentação racional discursiva sejam cumpridas rigorosamente, quando houver a aplicação do artigo 27, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b), para evitar a sua aplicação discricionária.

Nesse sentido, esse autor traz à baila a teoria defendida por Gilmar Ferreira Mendes de que esse tipo de modulação deve ser realizado por meio de um severo juízo de ponderação, sem contudo, não deixar de fazer remissão ao fato de que o próprio Gilmar Ferreira Mendes não observou essa premissa para a modulação dos efeitos da decisão proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários 556.664/RS (BRASIL, 2008a) e 559.882/RS (BRASIL, 2007g). quando houve a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91 (BRASIL, 1991b) que regulamentavam a prescrição e a decadência de contribuições previdenciárias.

Para tanto esse autor faz alusão ao fato de que o Ministro Marco Aurélio, naquele julgamento, demonstrou por meio de voto escrito, que era patente a inconstitucionalidade desses artigos, com base em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal de décadas sobre a matéria discutida.

Entretanto, tais argumentos sequer foram respondidos pelo relator daqueles julgados e responsável pela modulação dos efeitos dessa declaração, Ministro Gilmar Ferreira

Mendes, como deveria ocorrer por meio de uma análise racional na busca de decisões controláveis intersubjetivamente.

Em outro artigo sobre o tema em comento, denominado “Proteção da segurança jurídica e guinadas jurisprudenciais em matéria tributária: análise da doutrina atual e de alguns casos recentes”, publicado em 2012, esse autor explicita a maneira como se pode identificar uma guinada jurisprudencial, de modo a se justificar ou não a modulação dos efeitos temporais de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Godoi (2012), alguns aspectos não ensejam a caracterização de uma decisão como guinada jurisprudencial.

O primeiro aspecto diz respeito ao fato de que a alteração de estado de Direito ou, na realidade, social, não enseja guinada jurisprudencial, na medida em que uma decisão com fundamentos e entendimentos divergente sobre determinada matéria é exarada em contexto distinto daquele anterior.

O segundo aspecto remete ao fato de que, a palavra final de um tribunal, que não seja o Supremo Tribunal Federal, não faz com que posicionamento divergente dessa Corte sobre a constitucionalidade de uma norma seja uma guinada jurisprudencial.

O terceiro aspecto a respeito da guinada jurisprudencial diz respeito ao fato de que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revista por decisão posterior e caracterizada como guinada jurisprudencial deve ter tido trânsito em julgado. Sem a definitividade da decisão prentensamente revista, não há como considerá-la sedimentada e, portanto, passível de sofrer uma guinada jurisprudencial.

Godoi (2012) defende ainda que, para ser considerada uma jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal em determinado contexto, que pode ensejar a guinada jurisprudencial, uma só decisão do plenário não é suficiente para assegurar a definitividade do posicionamento daquela Corte. Por outro lado, esse autor enumera as situações que podem ser consideradas como ensejadoras de uma guindada jurisprudencial e que podem permitir a modulação dos efeitos de uma decisão.

A primeira situação diz respeito à alteração de Súmula Vinculante ou não proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que para Godoi (2012) deve somente ter efeitos prospectivos.

Ainda a decisão do Supremo Tribunal Federal posterior à declaração de constitucionalidade que, em sentido contrário declara a inconstitucionalidade de um ato semelhante àquele entendido constitucional, pode configurar a guinada jurisprudencial. Isso

tanto quando essa revisão de entendimento ocorrer em sede de controle difuso ou concentrado.

No caso de uma decisão de um controle concentrado declarar uma norma constitucional e posteriormente outra declarar inconstitucional, também haveria guinada jurisprudencial de modo que a decisão declaratória de inconstitucionalidade passaria a ter efeito apenas *pro futuro.*

Essa mesma situação ocorre no caso de um Recurso Extraordinário proferida em sede de repercussão geral, haja vista o caráter integrativo desse tipo de decisão.

Aspecto controvertido aventado por Godoi (2012) diz respeito ao fato de esse autor defender que em casos de alterações jurisprudenciais, em nome da segurança jurídica, a observância do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal deve resguardar casos pretéritos decididos, tanto de forma favorável aos contribuintes quanto para o Fisco.

Nesse contexto, faz uma crítica contumaz à doutrina capitaneada por Misabel Derzi, que advoga a tese de que o princípio da segurança jurídica resguarda tão somente situações pretéritas favoráveis aos contribuintes.

A nosso ver, a linha argumentativa de Godoi (2012) está correta. A segurança jurídica e a proteção da confiança devem ser observadas, também, em relação às situações que possam desestabilizar a Administração Fazendária.

Na medida em que os atos de lançamento e fiscalização de determinado tributo foram tomados, considerando até então o posicionamento solidificado do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de determinada obrigação principal ou acessória tributária, não há motivos para penalizar o Fisco e permitir ao contribuinte reaver valores que foram recolhidos de acordo com esse entendimento pacificado, em vista de uma guinada jurisprudencial.

Se a Fiscalização interpretou e aplicou as leis tributárias de acordo com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre tais leis, impor à Administração Pública a obrigação de restituir aos contribuintes os valores recolhidos, com base no cenário que era favorável, faz com ela se torne vulnerável, do ponto de vista econômico e de planejamento aos humores dos Ministros da Suprema Corte.

Do ponto de vista institucional, esse contexto parece ser desarrazoado e inviável.

Zavascki (2014) defende que existe uma espécie de modulação dos efeitos dessa decisão *ope legis* independente de provimento judicial: “Isso ocorre quando o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão, por qualquer que se seja o motivo, de certos atos jurídicos ou sentenças já definitivamente consolidados.” (ZAVASCKI,

2014, p. 66).

Esse autor (ZAVASCKI, 2014, p. 58-62) ainda sustenta que, a arguição de descumprimento de preceito fundamental tem caráter subsidiário em relação à ação declaratória de constitucionalidade, como também em relação à ação direta de inconstitucionalidade. Segundo a sua doutrina, essa ação usualmente é intentada quando não é possível sanar a lesão à  por meio dessas outras duas ações. A título de exemplo, quando uma norma municipal que viola a Constituição ou quando se discute a constitucionalidade de norma prévia à Constituição por ela não recepcionada e norma já revogada ou medida provisória não convertida em lei que tem eficácia ultra-ativa posterior à sua revogação.

Essa ação tem ainda o condão de repelir ato do Poder Público de caráter não normativo, inclusive aqueles de caráter individual que causa lesão ao preceito fundamental. A decisão de mérito dessa ação fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental e terá efeitos *erga omnes* e vinculantes, conforme preconiza o artigo 10, da Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999c).

Ainda há possibilidade de concessão de liminar para a suspensão do andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada. Essa é previsão no artigo 5º, parágrafo 3º, da Lei nº 9.882/99 (BRASIL, 1999c). Esse dispositivo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.231 (BRASIL, 2000c) ajuizada em 2000, até hoje sem decisão de mérito. Fato curioso, é que pelo andamento processual obtido no site do Supremo Tribunal Federal, essa ação está parada desde 2009 e consta como relator, o saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, falecido naquele ano.

Sobre o conceito de preceito fundamental, Zavaski (2014) afirma que se trata de um conceito jurídico indeterminado para permanecer aberto às mudanças de valorações. Isso, considerando que esse conceito açambarca não apenas os princípios constitucionais, mas também garantias e direitos fundamentais e cláusulas pétreas.

É certo que o controle concentrado comporta mais uma série de discussões, mas como o objetivo desse trabalho é traçar linhas gerais sobre o controle de constitucionalidade, haja vista a necessidade de análise desse instituto em razão do seu objeto, por ora são as considerações que se entendem oportunas.

### 3.4 *Abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade

Como visto acima, o controle de constitucionalidade no Brasil é híbrido. Assim, esse sistema é composto pelo controle difuso de constitucionalidade, no qual, os efeitos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal são *inter partes* e *ex tunc*, sendo competência do Senado editar resolução de modo a estender os efeitos da decisão *erga omnes*, nos termos do comando disposto no artigo 52, X da Constituição. E ainda, é composto pelo controle concentrado de constitucionalidade, no qual as decisões proferidas em ações específicas ajuizadas por determinados legitimados têm efeitos *ex tunc*, *erga omnes* e vinculantes.

Tendo em vista que a palavra final acerca da constitucionalidade de normas cabe ao Supremo Tribunal Federal em ambos os controles, parte da doutrina passou a defender a equalização dos efeitos das decisões proferidas nos dois sistemas.

Dessa forma, para esses doutrinadores, consoante se verifica pelas lições de Zamarian e Nunes Júnior, (2012, p. 122), a chamada *abstrativização* das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade tem como objetivo fazer com que as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas no controle difuso ganhem interpretação extensiva e aplicação vertical e horizontal.

Essa equalização teria o condão de atender aos princípios da segurança jurídica, isonomia, economia e celeridade processual, na medida em que a sua implementação tem o condão de evitar decisões contraditórias e acelerar julgamentos, conforme preleciona Didier Júnior (2006, p. 983). Isso, independentemente de edição de resolução pelo Senado ou até mesmo de Súmula Vinculante pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, Cunha Júnior (2008, p. 283) afirma que o fato de, no controle difuso, o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade de uma norma de forma incidental, e no concentrado não, não justifica qualquer impedimento para não equiparar ambas as decisões. Isso considerando que, independentemente do tipo de declaração, o órgão que declara a inconstitucionalidade é o mesmo.

Barroso (2012, p. 156-157) também concorda com essa tese, ao apontar a desnecessidade de ajuizamento de ação declaratória no controle concentrado de constitucionalidade, quando o legitimado já sabe a posição do Supremo Tribunal Federal externado pelo seu Plenário em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Zavascki (2014, p. 30) classificou essa extensão dos efeitos da decisão proferida em controle difuso como eficácia reflexa e anexa dessa decisão. Reflexa porque a decisão do

Supremo Tribunal Federal é refletida ou reflete para pessoas e casos não vinculados à causa originária em que foi proferida. Anexa, porque independe de provocação ou de manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dessa decisão, para que esta tenha eficácia automática.

Destaque-se que, antes mesmo da criação de institutos processuais que visam a celeridade e a economia processual, tais como a Repercussão Geral e a Súmula Vinculante, parte da doutrina e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já tendiam para a extensão dos efeitos de decisões proferidas por aquela Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade para terceiros não integrantes da ação que ensejou o recurso apreciado.

Cruz (2014, p. 362-369) destaca em obra sobre a jurisdição constitucional que vários institutos normativos foram criados ao longo dos últimos anos, com vistas a viabilizar a *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade.

Cruz (2014) salienta a criação da regra do artigo 481, do atual Código de Processo Civil que determina que as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade das leis sejam dotadas de efeito vinculante.

Há ainda a crítica desse autor quanto à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário que decidiu pela constitucionalidade da Lei nº 9.756/98 (BRASIL, 1998c).

A referida lei determina que é vinculante a declaração de inconstitucionalidade ou constitucionalidade tomadas de forma incidental pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, de acordo com essa lei as decisões tomadas pela Suprema Corte, ainda que na via difusa, devem ser dotadas de efeito vinculante.

A crítica essa previsão legislativa se inicia pela lembrança de que existe uma distinção entre o modelo americano do *stare decisis* e a doutrina estrita dos precedentes.

Isso, na medida em que a aplicação automática e precipitada dos precedentes da Suprema Corte sem uma análise detalhada da adequação de um determinado precedente a um caso concreto, como ocorre corriqueiramente nos Estados Unidos, pode ensejar na mitigação dos princípios da ampla defesa, do contraditório e da livre apreciação pelo Poder Judiciário das matérias apresentadas. Por essa razão, é que os princípios da celeridade e economia processual não podem se sobrepor à ideia de formação democrática das decisões judiciais.

Nesse contexto, Cruz (2014) elenca ainda uma hipótese. Se até mesmo a Suprema Corte americana pode abster-se da apreciação de determinada matéria constitucional para evitar a formação do *stare decisis* e do efeito vinculativo, serão os Tribunais de segunda instância do Brasil que terão a competência para exercer tais poderes? Ainda considerando

essa hipótese, em caso de uma decisão do Plenário de um desses Tribunais de 10 ou 20 anos atrás, essa decisão pode engessar a verificação da constitucionalidade dessa nova norma por novos desembargadores que tomarem posse em órgãos fracionários desses Tribunais?

Outra crítica acerca da inovação legislativa trazida pela Lei nº 9.756/98 (BRASIL, 1998c) é galgada no artigo 52, inciso X da Constituição que dá ao Senado a competência para expandir os efeitos de uma decisão em controle difuso, e não ao Poder Judiciário. Esse fato se ocorresse, faria a sua transformação do exercício do juízo desse Poder para juízo de fundamentação, ao invés de juízo de aplicação.

Cruz (2014) classifica a Súmula Vinculante como um meio de jurisdição de massa, com o nítido objetivo de redução do número de processos que desaguará no Supremo Tribunal Federal. E, assim, deve ser concebida como mais um mecanismo de *abstrativização* do controle de constitucionalidade em especial voltado para a via difusa.

Do mesmo modo, Cruz (2014) alerta que a repercussão geral que tem como intuito filtrar as matérias levadas à apreciação do Supremo Tribunal Federal, de modo a se evitar o julgamento de causas repetitivas, não deve se transformar em válvula para o minimalismo constitucional ou para a abertura de posturas formalistas, para se evitar a judicialização de questões éticas ou morais.

Cruz (2014) ainda dá exemplos da transformação de hipóteses de *abstrativização* das decisões proferidas em sede de controle difuso. Dentre elas, há a técnica de modulação dos efeitos temporais e repristinatórios na via difusa, a tese da mutação constitucional proposta na Reclamação n. 4.335/AC (BRASIL, 2014e) - que será analisada adiante, a regra do artigo 557 do Código de Processo Civil que possibilitaria a aplicação da teoria da transcendência dos motivos determinantes de uma decisão proferida em controle difuso para outra, algo capaz de dar a decisão no controle difuso uma amplitude muito maior do que aquela buscada pelas partes no processo em que litigam.

Cruz (2014) também destaca a tentativa de equiparação da Súmula Vinculante à doutrina do *stare decisis* do direito americano.

A teoria da *abstrativização* do controle difuso ganhou destaque quando do julgamento da Reclamação n. 4.335/AC (BRASIL, 2014e) pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que naquele julgamento, o principal artífice dessa tese, o Ministro Gilmar Mendes Ferreira, teve a oportunidade de externalizar toda a argumentação de modo a justificar a adoção dessa teoria em sede de controle de constitucionalidade pela Suprema Corte.

Em 2003, no julgamento do Recurso Extraordinário 376.852/SC (BRASIL, 2003c), o relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes já defendia a tese de que o Recurso Extraordinário

não deve possuir caráter subjetivo, na medida em que, além de prestar para o debate acerca dos pedidos de uma lide, tem como função de forma objetiva, decidir sobre a constitucionalidade das normas. Esse fundamento foi arrimado na doutrina e jurisprudência estrangeira.

Essa tendência de *abstrativizar* as decisões do Supremo Tribunal Federal já teria sido detectada, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal dispensasse a necessidade de verificação da constitucionalidade de normas pelos Tribunais de 2ª instância, quando o plenário desses órgãos ou do próprio Supremo Tribunal Federal assim decidiu, conforme o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 168.149/RS (BRASIL, 1995c), julgado em 26/06/1995.

Como já destacado, o principal artífice dessa corrente doutrinária defensora da *abstrativização* das decisões proferidas em sede controle difuso de constitucionalidade é Gilmar Mendes Ferreira, que no ano de 2004 escreveu um artigo denominado "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", publicado na Revista de Informação Legislativa em Brasília.

Os argumentos utilizados pelo autor nesse trabalho são quase idênticos àqueles usados para lastrear o seu voto no julgamento da Reclamação n. 4.335/AC (BRASIL, 2014e). A análise do julgamento dessa Reclamação é fundamental para a análise de tese do controle difuso de constitucionalidade. Isso, porque nela foram examinados pelo Supremo Tribunal Federal os argumentos do Ministro Gilmar Ferreira Mendes utilizados para defender essa tese.

Conforme relatório da decisão relativa a essa Reclamação, houve a declaração de inconstitucionalidade da vedação da progressão de penas em relação aos crimes hediondos nos autos do Habeas Corpus 82.959 (BRASIL, 2006d), por placar de 6 votos a 5 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Naquele julgamento, a Suprema Corte modulou os efeitos da sua decisão de forma *ex nunc*, com vistas a se evitar qualquer tipo de questionamento ou pedido de indenização por parte dos apenados que já não mais pudessem usufruir dos benefícios daquela decisão.

Em vista desse posicionamento, contrário àquele que prevaleceu por 15 anos na Corte Suprema, conforme destaca Streck (2006), apenados do Acre pleitearam a adoção do regime de progressão de suas penas, tendo o juízo responsável indeferido tal pedido com base no seguinte fundamento:

> [...] conquanto o Plenário do Supremo Tribunal, em maioria apertada (6 votos x 5 votos), tenha declarado 'incidenter tantum' a inconstitucionalidade do art. 2º , § 1º da Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos), por via do Habeas Corpus n . 82.959, isto após

> dezesseis anos dizendo que a norma era constitucional, perfilho-me a melhor doutrina constitucional pátria que entende que no controle difuso de constitucionalidade a decisão produz efeitos 'inter partes'. (STRECK, 2006, p. 109)

Dessa forma, tais apenados interpuseram a Reclamação distribuída em 2006 sob o n. 4.335/AC (BRASIL, 2014e), por meio da qual argumentavam o descumprimento pelo juízo reclamado de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, com lastro no artigo acima mencionado, enumera uma série de motivos pelos quais é defensável uma alteração na competência atribuída ao Senado para editar resolução suspensiva da norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. De acordo com o raciocínio consignado no voto do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a partir do momento que uma decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal passa a ter efeitos *erga omnes* independentemente da atuação do Senado, a função desse órgão passa a ser de dar publicidade a tal decisão.

Em síntese, o Ministro explica que desde o advento da Constituição de 1934, alguns doutrinadores como Lúcio Bittencourt entendiam que a função do Senado era só dar publicidade a decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Isso, considerando, como já destacado, que essa decisão em vista de uma interpretação histórica e com base nos anais das Constituintes, tem efeitos *ex tunc*, conforme chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 16.512 (BRASIL, 1966b).

Diante desse julgamento, o Ministro defende a tese de que o Senado não tem competência para revogar qualquer ato declarado inconstitucional no controle difuso, mas sim, para estender os efeitos dessa decisão para terceiros estranhos ao processo, tratando-se de um ato político sem qualquer tipo de sanção, em caso de não realização por essa casa legislativa.

Todavia, com o advento da Constituição de 1988, o Ministro afirma que só há razão histórica para manter a atribuição do Senado da forma como previamente definida. Essa assertiva é alicerçada na possibilidade de suspensão por meio de liminar de ato declarado inconstitucional em ação direta de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*, como visto alhures. Diante dessa constatação, entende esse autor que não há razão para que uma decisão de mérito proferida em sede de controle difuso ter efeitos *inter partes*.

De modo a respaldar o seu ponto de vista, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes afirma ser inviável a edição de resolução quando o Supremo Tribunal Federal decide pela interpretação de uma norma, conforme a Constituição ou, ainda, quando declara de forma

parcial a inconstitucionalidade dessa norma sem redução de texto. Nesse mesmo sentido, essa resolução não tem serventia quando o Supremo Tribunal Federal fixa uma interpretação da Constituição ainda que proveja ou não um Recurso Extraordinário. Tal fato por si só comprovaria a inutilidade dessa resolução para os fins inicialmente previstos desde a Constituição de 1934.

Outro argumento, diz respeito à dispensa da observância da cláusula de reserva de plenário, conforme já destacado acima, fato que comprovaria a observância automática das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal pelos demais Tribunais.

Lado outro, de modo a defender a mutação constitucional da regra prevista no artigo 52, inciso X da Constituição, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes assevera que, em vista da ampliação do rol de legitimados na Constituição para a propositura de ações no controle concentrado de constitucionalidade, teria o legislador constituinte originário pretendido dar ênfase a esse tipo de controle em detrimento do controle difuso, como já destacado.

Além desse argumento, ele critica a discricionariedade do Senado em relação à suspensão dos efeitos da norma declarada inconstitucional em sede de controle difuso pelo Su,premo Tribunal Federal. Tal fato poderia importar na negação da teoria da nulidade da norma inconstitucional (efeitos *ex tunc*), uma vez que, caso o Senado opte por não editar a resolução, tal nulidade da norma não surtirá efeito para terceiros estanhos à lide. Por essa razão, conclui que, se uma lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é nula, a função do Senado seria tão só para dar publicidade a essa decisão que declara inconstitucional essa lei.

Como forma de demonstrar a *abstrativização* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes cita a regra prevista no artigo 557 do Código de Processo Civil que permite que os Tribunais inferiores deem provimento ou neguem seguimento ao Recurso Extraordinário, em caso de confronto com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Argumento que merece um pouco mais de reflexão é aquele trazido relativo à possibilidade da transcendência da motivação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal em Recursos Extraordinários em relação às leis municipais, cujo objeto ou texto podem ser reproduzidos por leis de outros municípios, como, por exemplo, no caso da inconstitucionalidade das alíquotas progressivas do IPTU[5].

Pois bem, como visto no tópico precedente, no controle concentrado não há partes e

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 221.795/SP. Relator: Nelson Jobim. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 nov. 2000a.

ações que tenham caráter objetivo com o único escopo de averiguar a constitucionalidade de uma norma. Por essa razão, o Supremo Tribunal Federal pode verificar a existência de outras vicissitudes não aventadas pelo autor da ação, com vistas a exaurir todas as possibilidades jurídicas relacionadas à validade dessa norma à luz da Constituição.

Nesse sentido, a nosso ver, tendo em vista que a análise de todo o contexto fático-jurídico é fundamental para o melhor desfecho possível da lide, mostra-se razoável que a fundamentação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal seja objeto de verificação obrigatória, para fins de aplicabilidade dessa decisão em casos futuros.

Isso, sob pena de se cometerem equívocos em relação aos efeitos vinculantes e *erga omnes* dessa decisão em relação a casos e situações que não guardem relação com o caso apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado. Ademais, conforme defendemos já em outras duas oportunidades, a *ratio decidendi* quando for elemento indissociável para a exata fixação e compreensão do dispositivo de uma decisão, deve ser elemento necessário também, à delimitação da coisa julgada.

Ocorre que, em se tratando de controle difuso, entendemos que a transcendência dos motivos determinantes para outros casos, somente se justifica em situação de extensão dos efeitos dessa decisão, seja por meio de Resolução do Senado, por Súmula Vinculante ou por decisão proferida em Repercussão Geral. Isto quer dizer que a transcendência dos motivos determinantes de uma decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso para outro caso é consequência da aplicação *erga omnes*, e não fundamento para justificar a aplicação desse efeito.

Por esta razão, o fato do Supremo Tribunal Federal utilizar os fundamentos de uma decisão proferida em Recurso Extraordinário para prover ou desprover outro recurso com objeto idêntico não é, por si só, motivo para se entender pela *abstrativização* das decisões do controle difuso. A regra prevista no artigo 557, parágrafo 1º-A, do Código de Processo Civil, assim como a dispensa de observância da cláusula de reserva de plenário têm, a nosso ver, a função precípua de uniformização da jurisprudência solidificada do Supremo Tribunal Federal.

Diante disso, ao afirmar que qualquer decisão em Recurso Extraordinário, ainda que proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em qualquer situação e com qualquer placar, deve ter os seus motivos observados em futuras lides de objeto idêntico, chega a ser um exagero.

Vale destacar que uma das críticas de Bernardes (2008, p. 375-378) à transcendência dos motivos determinantes corrobora, na verdade, a correção desse procedimento.

Com efeito, segundo Bernardes (2008), a adoção desse procedimento faz com que seja necessária a distinção das verdadeiras razões de decidir dos simples *obiter dicta*. Pensamos que tal distinção mostra-se indispensável em um sistema cujos precedentes têm sido a fonte primordial do Direito. Isso, sob pena de sequer ser possível verificar qual a fundamentação que prevaleceu em uma decisão colegiada, em que seis de onze ministros podem votar de forma a prover ou não um recurso, mas com base em fundamentos inteiramente distintos.

Saliente-se que o artigo 499, parágrafo 1º, de Processo (BRASIL, 2015a), vai ao encontro da necessidade de efetiva fundamentação das decisões judiciais, de modo a efetivamente ser observada a garantia constitucional prevista no artigo 93, inciso IX da Constituição.

Por outro lado, as demais críticas vinculadas à canonização das decisões do Supremo Tribunal Federal e engessamento das discussões sobre a matéria, a nosso ver, não procedem. Isso porque, o papel da doutrina e dos operadores do Direito é justamente criticar e demonstrar eventuais equívocos em decisões judiciais, de modo a se alterar determinado posicionamento das Cortes judiciais.

Retomando o julgamento da Reclamação nº 4.335 (BRASIL, 2014e), o Ministro Gilmar Ferreira Mendes ainda cita nos debates o acórdão proferido no Recurso Extraordinário 197.917/SP (Caso Mira Estrela) (BRASIL, 2004g) em que o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão que reduziu o número de vereadores daquele Município de acordo com o número de habitantes. Isso, com base nos parâmetros estabelecidos no artigo 29 da Constituição. Na ocasião, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu dar eficácia *ex nunc* a essa decisão, na medida em que a declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* do ato normativo que disciplinava o número de vereadores causaria grave ameaça a todo o sistema legislativo vigente.

Essa deliberação se deu em razão da alteração do critério para o número de vereadores, haja vista o critério anterior ser de fixação pelos próprios municípios do número de vereadores de acordo com os limites máximos e mínimos estabelecidos na legislação. O fato de ter havido a modulação dos efeitos, nesse caso, por si só, não importa na *abstrativização* do controle difuso.

Compreendemos que, nada impede que, em uma demanda específica, em vista da segurança jurídica e boa-fé, o Supremo Tribunal Federal module os efeitos dessa decisão, com base em tais princípios. Isso não quer dizer que haveria nesse caso a *abstrativização* do controle difuso. A decisão referente ao caso Mira Estrela pode ser considerada expansiva, na

medida em que o Supremo Tribunal Federal justificou a modulação dos efeitos, de modo a se evitar um colapso no sistema eleitoral, situação essa que indica que tal decisão seria parâmetro para todo o País.

Nesse sentido, Sampaio (2013, p. 495) afirma que nada impede que por construção jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal possa modular os efeitos de suas decisões em sede de controle difuso de constitucionalidade, ressaltando esse autor que nesse caso "embora a norma não seja – ou não seja ainda – nula, mas apenas inaplicável".

Tanto é assim que posteriormente a essa decisão, o Tribunal Superior Eleitoral editou uma resolução de modo a regulamentar o número de vereadores em todo o País na eleição de 2004, mesmo ano em que houve a prolação da decisão em comento.

Do mesmo modo, como bem lembrou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento da Reclamação n. 4.335 (BRASIL, 2014e), a decisão proferida no Recurso Extraordinário 556.664/RS (BRASIL, 2008a) que versava sobre a prescrição e decadência de contribuições previdenciárias que modulou os efeitos da repetição de indébito, também tiveram efeitos expansivos. Não tão somente por causa da modulação em si, mas porque o Plenário entendeu que a decisão proferida naquele Recurso deveria ser aplicada para todos.

Em vista dos argumentos já mencionados, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes conclui que houve uma autêntica mutação constitucional em relação ao artigo 52, X da Constituição em razão da reformulação do controle de constitucionalidade. Por conseguinte, há que ser ter uma nova compreensão da regra do artigo 52, inciso X, em vista de uma reforma da Constituição sem alteração do texto.

O Ministro Eros Grau votou em seguida e corroborou a tese de mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição, mas foi além do entendimento do Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Segundo ele, no caso em questão, poder-se-ia falar em mutação constitucional por meio da própria alteração do texto constitucional, conforme se verifica pelo seguinte trecho do seu voto:

> Daí que a mutação constitucional não se dá simplesmente pelo fato de um intérprete extrair de um mesmo texto norma diversa da produzida por um outro intérprete. Isso se verifica diuturnamente, a cada instante, em razão de ser, a interpretação, uma prudência. Na mutação constitucional há mais. Nela não apenas a norma é outra, mas o próprio enunciado normativo é alterado. O exemplo que no caso se colhe é extremamente rico. Aqui passamos em verdade de um texto
> [compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal]
> a outro texto
> [compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional,

> no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo].
> Eis precisamente o que o eminente relator pretende tenha ocorrido, uma mutação constitucional. Pouco importa a circunstância de resultar estranha e peculiar, no novo texto, a competência conferida ao Senado Federal --- competência privativa para cumprir um dever, o dever de publicação [= dever de dar publicidade] da decisão, do Supremo Tribunal Federal, de suspensão da execução da lei por ele declarada inconstitucional. Essa peculiaridade manifesta-se em razão da circunstância de cogitar-se, no caso, de uma situação de mutação constitucional. O eminente Relator não está singelamente conferindo determinada interpretação ao texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. Não extrai uma norma diretamente desse texto, norma essa cuja correção possa ser sindicada segundo parâmetros que linhas acima apontei. Aqui nem mesmo poderemos indagar da eventual subversão, ou não subversão, do texto. O que o eminente Relator afirma é mutação, não apenas uma certa interpretação do texto do inciso X do artigo 52 da Constituição. (BRASIL, 2006b)

Apesar de ser no mínimo curiosa a alteração de texto escrito por meio da mutação constitucional, a nosso ver, o voto do Ministro Eros Grau possui um trecho com comentário infeliz, apesar da sua inquestionável e vasta cultura jurídica, no qual ele procura rebater argumentos doutrinários acerca das diferenças históricas e constitucionais dos controles concentrado e difuso:

> Por fim a doutrina dirá que, a entender-se que uma decisão em sede de controle difuso é dotada da mesma eficácia que uma proferida em controle concentrado, nenhuma diferença fundamental existiria entre as duas modalidades de controle de constitucionalidade.
> Sucede que estamos aqui não para caminhar seguindo os passos da doutrina, mas para produzir o direito e reproduzir o ordenamento. Ela nos acompanhará, a doutrina. Prontamente ou com alguma relutância. Mas sempre nos acompanhará, se nos mantivermos fiéis ao compromisso de que se nutre a nossa legitimidade, o compromisso de guardarmos a Constituição. O discurso da doutrina [= discurso sobre o direito] é caudatário do nosso discurso, o discurso do direito. Ele nos seguirá; não o inverso. (BRASIL, 2006b)

Pela leitura desse trecho, o Ministro Eros Grau, um dos principais doutrinadores em relação ao Direito Econômico no Brasil, simplesmente ignora o fato de que doutrina e jurisprudência são duas fontes do Direito distintas e independentes. Para ele, o papel da doutrina, ao invés de ser inovador e oxigenador do sistema jurídico, deve ser simplesmente reflexivo da posição do Supremo Tribunal Federal sobre as questões por ele julgadas. Se assim for, certamente, caberá à doutrina um papel secundário de mera comentarista das decisões do Supremo Tribunal Federal. Isso, ainda que o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria não tenha efetivamente apreciado a doutrina a fundo, considerando todos os fatos e argumentos devidos, merece, por esse motivo, críticas e considerações.

A Reclamação em comento foi julgada procedente pela maioria dos Ministros.

Aqueles que não admitiram a Reclamação, concederam o Habeas Corpus aos autores da Reclamação. Contudo, apesar de todos os Ministros terem concordado com a premissa de que hodiernamente as decisões proferidas no controle difuso tem possuído eficácia *ultra partes*, é fato que, exceto os Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau, nenhum outro concordou com a tese de mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição.

Os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa fundamentaram as suas posições na impossibilidade de se transmutar uma competência dada ao Senado Federal pelo legislador constituinte a uma mera função subalterna e burocrática. O primeiro lembrou que, com a criação da Súmula Vinculante, o Supremo Tribunal Federal poderia dar efeitos erga *omnes* às suas decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Já o Ministro Joaquim Barbosa destacou que, para haver mutação constitucional, seria necessário um transcurso de tempo maior para a constatação dessa mutação. E mais, que essa atribuição do Senado estivesse em desuso, o Ministro Joaquim Barbosa provou em seu voto por meio de dados coletados, que o Senado havia, entre 2006 e 2007, emitido mais de 100 resoluções suspendendo normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Após o pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski em 2007, o julgamento foi retomado somente em 2013.

No seu voto, Ministro Ricardo Lewandowski entendeu pela impossibilidade de supressão da competência do Senado Federal, sob pena de violação ao princípio da Separação dos Poderes. Destacou ainda que, nos termos da doutrina de Hesse (1991) (A força normativa da Constituição, p. 22-23) e Ferraz (1986) (Processos informais de mudança na Constituição, p. 9-10), a mutação constitucional é vedada quando contraria o sentido da norma constitucional. Lembrou ainda que, nesse caso, houve, inclusive, edição de Súmula Vinculante 26 (BRASIL, 2009e). Em vista da publicação dessa súmula, o Ministro Teori Albino Zavascki votou no sentido de julgar procedente a Reclamação, em março de 2014, quando o julgamento foi retomado, após seu pedido de vista ocorrido em seguida ao voto do Ministro Ricardo Lewandowski.

Os demais Ministros que ainda não haviam votado, Luís Roberto Barroso, Rosa Maria Weber, Marco Aurélio Mello e Celso de Melo, estando ausente a Ministra Carmem Lúcia não divergiram acerca da necessidade de observância do precedente do Supremo Tribunal Federal, relativo à inconstitucionalidade da vedação da progressão do regime de pena para os crimes hediondos.

Mas ao mesmo tempo, todos os demais Ministros também entenderam pelo não

acolhimento da tese da mutação constitucional, em relação ao artigo 52, inciso X da Constituição. Por isso é estranho que a ementa do acórdão tenha afirmado que tais Ministros votaram de acordo com os termos do voto do relator. A decisão em comento ocorreu em 20 de março de 2014 e foi publicada em 22 de outubro de 2014.

De fato, basta uma breve leitura de trecho dos votos de três desses ministros, para demonstrar que a tese da mutação constitucional não foi encampada:

**Ministro Luís Roberto Barroso:**

> Embora goste da tese de fundo, e mesmo seja uma pessoa que doutrinariamente sustenta a possibilidade de mutação constitucional - quer dizer, eu acho que a Constituição pode ser modificada, a Constituição é um produto do poder constituinte originário, ela é um produto da obra do poder constituinte reformador -, acho que ela é produto da mutação constitucional, tal como interpretada pelos tribunais, e eventualmente até pelo Poder Legislativo, porque há uma interação permanente da Constituição com a realidade e tanto o legislador, quanto o julgador têm o papel importante de atualizarem o sentido da Constituição. Porém, encontro, como limite a esse processo de mutação constitucional, a textualidade dos dispositivos constitucionais. De forma que, embora goste da ideia, acho que ela não é compatível com o Texto Constitucional, na redação do art. 52, X. Devo dizer que é, mais ou menos, a mesma situação, Ministro Lewandowski, em que me encontro no tocante aos efeitos jurídicos da condenação judicial transitada em julgado. (BRASIL, 2006b)

**Ministro Teori Albino Zavascki:**

> No meu entender, a ocorrência, ou não, da mutação do sentido e do alcance do dispositivo constitucional em causa (art. 52, X) não é, por si só, fator determinante do não-conhecimento ou da improcedência da reclamação. Realmente, ainda que se reconheça que a resolução do Senado permanece tendo, como teve desde a sua origem, a aptidão para conferir eficácia erga omnes às decisões do STF que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de preceitos normativos – tese adotada, com razão, pelos votos divergentes –, isso não significa que tal aptidão expansiva das decisões só ocorra quando e se houver a intervenção do Senado – e, nesse aspecto, têm razão o voto do relator. Por outro lado, ainda que outras decisões do Supremo, além das indicadas no art. 52, X da Carta Constitucional, tenham força expansiva, isso não significa, por si só, que seu cumprimento possa ser exigido diretamente do Tribunal, por via de reclamação. Essas afirmações merecem mais detalhada explicitação, que agora se fará. (BRASIL, 2006b)

**Ministra Rosa Weber:**

> Chamou-me a atenção o voto do Ministro Eros Grau, onde ele propunha, inclusive dizia que o exemplo era perfeito, porque se passaria a uma mudança do enunciado normativo: de "suspensão da execução", passar-se-ia a ler "dar publicidade". O Senado daria publicidade. Também tenho dificuldade, porque não consigo afastar as amarras do texto da Constituição Federal, na mesma linha do que votei na perda do mandado. Entendo que a literalidade do texto – aspecto que foi muito bem destacado pelo Ministro Luís Roberto – não me permite chegar à conclusão da mutação constitucional, porque não seria uma mudança. Teríamos de chegar a uma

> modificação do próprio enunciado normativo, e entendo que há amarra constitucional. (BRASIL, 2006b)

Streck, Cattoni e Lima (2007, p. 45-68), em artigo publicado sobre o tema, rechaçam de forma veemente a tese da mutação constitucional, refutando os argumentos utilizados por Gilmar Ferreira Mendes.

A conclusão desses autores é de que a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição leva a uma concepcão decisionista da jurisdição e ainda contribui para a compreensão da Corte Constitucional como poderes constituintes permanentes.

Isso porque a atividade da Corte Constitucional não é legislativa e muito menos constituinte. O papel da jurisdição é, portanto, de interpretar a Constituição em conjunto com a sociedade, mas sem subvertê-la, sob o argumento de ter que garanti-la.

Para tanto, Streck, Oliveira e Lima (2007) alegam que a ampliação do rol de legitimados para a propositura de ações no controle concentrado, teve como intuito a ampliação da participação da sociedade nesse tipo de controle de constitucionalidade. Essa participação da sociedade no controle difuso seria garantida por meio do Senado. Ainda advogam a tese de que a extensão dos efeitos de uma decisão no controle difuso para terceiros que não participaram da lide fere o devido processo legal. Entendem que os efeitos de resolução do Senado têm efeitos *ex nunc*, e assim, não seria viável dispensá-la para estender os efeitos de uma decisão *inter partes* e *ex tunc* para terceiros.

Streck, Oliveira e Lima (2007) lembram ainda que, a dispensa de cláusula de reserva de plenário e aplicação de precedentes do Supremo Tribunal Federal com base no artigo 557, § 1º-A do Código de Processo Civil, procedimentos inseridos na competência do Supremo Tribunal Federal, não podem ser usados como fins para justificar a usurpação da competência de outro Poder. Tal argumento, a nosso ver, substancioso, diz respeito ao fato de que, acaso aceita a tese da das decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade, uma decisão do Plenário com placar de 6 votos a 5, portanto apertada, poderá ser estendida a terceiros. E isso significa que, um quorum menor do que necessário para a aprovação de uma Súmula Vinculante permitirá a equiparação de uma decisão proferida em controle difuso, em relação àquela proferida em controle concentrado de constitucionalidade. Esse argumento também é defendido por Zamarian e Nunes Júnior (2012), em trabalho sobre a aplicação da Súmula Vinculante como meio adequado para a *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade.

Zamarian e Nunes Júnior (2012) ressaltam que o objetivo das Súmulas Vinculantes é

reforçar o direito fundamental ao acesso à justiça, racionalização e uniformização da jurisprudência. Alegam ainda que o descumprimento de Súmulas Vinculantes enseja a interposição de Reclamação e a responsabilização do magistrado, o que, conforme ensinamento de Alves apud Leal (2005, p. 166) a longo prazo ensejará a adoção de tais posicionamentos pelos juízes inferiores.

Dessa forma, defendem os autores que a *abstrativização* do controle difuso não pode ser feita por meio de um método não previsto na Constituição. E mais, que o procedimento da edição das Súmulas Vinculantes que determina a sua edição após reiteradas decisões do Supremo Tribunal Federal com base no quórum de dois terços dos votos do Plenário, deve ser observado, sob pena de burla da Constituição.

Assim, concluem que, caso se queira estender os efeitos de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, sem a observância da exigência da Súmula Vinculante, será necessária uma reforma constitucional.

Sampaio (2013) também entende que a *abstrativização* via mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição não se mostra possível, e assim, explicita as motivações para defender esse ponto de vista que relembram todo o histórico acerca das tentativas de adoção dessa tese pela Suprema Corte:

> A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal continua a avançar no sentido de tornar cada vez mais austríaco e menos estadunidense o controle jurisdicional de constitucionalidade no Brasil. A mais recente construção – ainda inacabada – aponta para a desnecessidade de suspensão, pelo Senado Federal, do ato declarado inconstitucional definitivamente pelo Tribunal em controle difuso (art. 52, X, CRFB), para obter eficácia geral. Essa eficácia, no entender de alguns Ministros, decorreria da própria natureza do Supremo Tribunal como órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição. O argumento seria semelhante ao que fora empregado em 1977 para afastar a intervenção senatorial no controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.
> Embora a conveniência da medida pareça óbvia, sua adequação constitucional é duvidosa. O artigo 52, X, autoriza expressamente ao Senado Federal suspender no todo ou em parte ato normativo declarado inconstitucional de modo definitivo pelo Supremo Tribunal. O sentido da norma não permite que nela se veja apenas o efeito da publicidade do ato do Tribunal. Suspender não é publicar, mas tornar sem execução o ato inconstitucional. Haveria na interpretação dos Ministros, uma mutação constitucional para além do texto e do sentido da norma. Sequer pode ser comparável ao que sucedeu em 1977. Naquela época, a redução teleológica de dispositivo constitucional análogo ao artigo 52, X era admitida em vista da manutenção da competência senatorial no tocante às inconstitucionalidades declaradas no controle difuso. O enunciado não se tornava vazio. Agora, não. A competência do Senado perde substância, vira um nada, uma inutilidade inconstitucional. Reforça a tese de impossibilidade do efeito pretendido às decisões em controle difuso, a criação, pela EC 45/2004, da súmula vinculante. Se o tema for de transcendência, e, todavia, precise do efeito vinculante, o Tribunal dispõe da súmula para produzi-lo, sem ter que distorcer a interpretação constitucional. (SAMPAIO, 2013, 499)

Cruz (2014, p. 396-404) também se mostra um dos críticos mais contundentes da argumentação utilizada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes para defender a convergência entre os dois tipos de controle de constitucionalidade existentes no Brasil. Esse autor critica a tese de que as decisões proferidas em sede controle concentrado e abstrato são dissociadas dos fatos e dados reais, e analisam o direito em tese. Para tanto, em sua obra já citado, é feita menção a vários casos em julgamentos nesse tipo de controle, que tiveram efeitos concretos no dia a dia. Nesse cenário, Cruz (2014) demonstra que a Suprema Corte analisa os contextos fáticos dos casos ainda que em controle concentrado.

Cruz (2014) rebate a argumentação do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, de que os efeitos concretos de uma decisão de inconstitucionalidade no controle concentrado acerca de uma norma, trata-se de um efeito colateral, enquanto o efeito principal seria a perda de eficácia da norma constitucional.

Isso, na medida para que o autor não é possível separar os efeitos de uma declaração (corpo e alma como dizem Tomás de Aquino e Agostinho), uma vez que tais efeitos são decorrência lógica da própria inconstitucionalidade da norma.

Ainda que pudesse entender que esses efeitos são segregáveis, hierarquizar um e classificá-lo de forma distinta do outro, seria errado. Isso, na medida em que a afirmação de que as consequências materiais da declaração de inconstitucionalidade de uma norma são meramente colaterais a um efeito principal, mostra-se para Cruz (2014) como inaceitável:

> Essa proposta de separação de efeitos que seriam abstratos de efeitos concretos tem uma perspectiva essencialmente platônica, tal como aquela ideia muito comum e divulgada em cursos de Direito ligada à noção de separação entre teoria e prática.
> [...]
> Pela mesma maneira, o esforço de Gilmar Mendes em cindir um efeito principal de outro colateral no controle de constitucionalidade parece-nos fadado ao fracasso, prestando-se exclusivamente para reafirmar uma classificação absolutamente superada.
> Mesmo que se insistisse na "validade" científica e não meramente acadêmica da classificação, o que é perfeitamente admissível, hierarquizar efeitos parece-nos mais uma vez estapafúrdio. [...]
> Tal esforço de "essencialização" do processo concentrado de controle de constitucionalidade como um controle abstrato mais se parece com um esforço irracional de manter aquilo que todos pensam meramente porque todos pensam assim. E, como na doutrina tedesca predomina essa opinião, nós, brasileiros, devemos apenas nos curvar e acatar a "verdade". Assim como Umberto Eco denunciava o argumento da autoridade em seu romance " O nome da rosa", ao narrar que somente o bibliotecário teria acesso à biblioteca, parece-nos agora que somente os alemães têm acesso ao Direito Constitucional. Com a absoluta vênia e respeito à visão do Ministro Gilmar Mendes, discordamos dessa tese e continuamos insistindo que doutrina e jurisprudência precisam evoluir tanto no Brasil quanto na Alemanha, para que o conhecimento não seja apenas uma reprodução de algo prévio e inquestionável. (CRUZ, 2014, p. 405-407)

Sem embargo da adoção do controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, essa adoção somente pode ser feita através da observância dos procedimentos previstos no Texto Constitucional, quais sejam, edição de resolução pelo Senado após comunicação de determinada decisão pelo Supremo Tribunal Federal, edição de Súmula Vinculante ou decisão proferida em Recurso Especial com Repercussão Geral.

Afora essas hipóteses, estender os efeitos de uma decisão do Plenário pelo Supremo Tribunal Federal pode ser precipitado e prejudicial à segurança jurídica. Para se estender os efeitos de uma decisão proferida no controle difuso de constitucionalidade, mostra-se razoável e até mesmo imprescindível que haja um esgotamento da discussão pela Suprema Corte.

Nesse sentido, a exigência da necessidade de reiteradas decisões para edição de Súmula Vinculante, não obstante algumas súmulas terem sido editadas com base em único precedente ou em não mais que quatro decisões anteriores, como lembram Zamarian e Nunes Júnior (2012; p. 131), traz uma segurança maior ao sistema.

Da mesma forma, no tocante à Repercussão Geral, sendo este meio do Supremo Tribunal Federal apreciar a constitucionalidade de normas ainda que de maneira incidental, via de regra, nesse julgamento o Supremo Tribunal Federal deve se atentar para as consequências de suas decisões, no tocante à observância destas pelos Tribunais de 2ª instância.

Além disso, a previsão de aplicação do comando previsto no artigo 979, § 3º[6] do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a) nos processos com repercussão geral, certamente auxiliará na averiguação acerca da aplicação dos precedentes do Supremo Tribunal Federal aos demais casos semelhantes.

Por fim, a resolução do Senado, enquanto meio previsto na Constituição, também se mostra um instrumento passível de utilização para a extensão dos efeitos de uma decisão proferida em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal.

### 3.5 Coisa julgada e controle de constitucionalidade

[6] Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.
§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.
§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterá, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.
§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

Questão de extrema relevância para o objeto de estudo desse trabalho está vinculada aos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de uma norma em controle difuso ou concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, e os efeitos dessa decisão em relação à coisa julgada formada em outros processos.

Sobre a coisa julgada proferida no controle de constitucionalidade difuso, já foram tecidos comentários acerca do caráter incidental da declaração de (in)constitucionalidade da norma.

Também foi exteriorizado o nosso desacordo com a exclusão automática acerca da motivação correlata a essa declaração dos limites objetivos da coisa julgada. Isso porque, em uma ação declaratória em matéria tributária, a verificação sobre os motivos pelos quais houve a declaração ou não da inconstitucionalidade e, por conseguinte, a procedência ou não da lide faz-se relevante e indispensável, como novamente será abordado no próximo capítulo.

Vale destacar novamente que a nosso ver, nada impede que haja a modulação dos efeitos da decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade, sendo tal hipótese construída pela jurisprudência plenamente possível, conforme o entendimento já citado de Sampaio (2013) sobre esse tema.

Saliente-se ainda que esse procedimento já vem sendo utilizado pela Suprema Corte há bastante tempo.

De modo a demonstrar a veracidade dessa alegação, vale destacar o caso Mira Estrela, em que o Supremo Tribunal Federal estabeleceu os parâmetros para o cálculo do número de cadeiras de vereadores, mas estabeleceu limites temporais para a observância de tais parâmetros, como já detalhado acima.

### *3.5.1 Coisa julgada e controle de constitucionalidade concentrado*

A primeira questão acerca da coisa julgada em sede de controle de constitucionalidade concentrado diz respeito à própria existência de decisão passada em julgado nesse tipo de ação.

Conforme se verá a seguir, doutrinadores como Barroso (2012) e Zavascki (2014) entendem que, sendo a coisa julgada instrumento de estabilização social, há que ser observada essa garantia em decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Saliente-se que, segundo o artigo 26, da Lei nº 9.868/99 (BRASIL, 1999b), não há possibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra a decisão proferida em sede de controle

concentrado de constitucionalidade. Isso é corolário da própria natureza objetiva e definitiva das decisões proferidas nas ações vinculadas a esse tipo de controle de constitucionalidade.

De fato, como é sabido, a ação rescisória, em linhas gerais, visa derrogar decisão proferida em sentido contrário à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou, ainda, em caso de algum tipo de vício cujo saneamento pode ser efetuado, até mesmo após o trânsito em julgado de decisão em processo de natureza subjetiva. Isso, porque nas ações de controle concentrado, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal ganha extrema relevância na medida em que sua decisão pode ensejar a nulidade de uma norma que pode ter regulado inúmeras relações jurídicas prévias a essa decisão.

Não se está a afirmar, com isso, que a análise de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade se mostra menos relevante do que no controle concentrado. O que se assevera é que, em vista dos efeitos *erga omnes* e vinculantes das decisões proferidas nesse segundo tipo de controle de constitucionalidade e o caráter objetivo das ações, não há margem para o ajuizamento de ação rescisória.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, como guardião-mor da Constituição e da segurança jurídica do sistema jurídico do país, não poderia prolatar uma decisão em sede de controle concentrado que fosse passível de invalidação por conta de algum vício processual ou material.

É cediça a cognição exauriente e ampla correlata ao julgamento das ações vinculadas ao controle concentrado de constitucionalidade, justamente em razão dos seus efeitos e características como visto acima.

Por outro lado, não se afigura factível que uma decisão proferida nesse tipo de controle possa contrariar jurisprudência do próprio Supremo Tribunal sobre determinada matéria. Essa decisão é a palavra definitiva daquela Corte sobre um tema e, portanto, ela é que não pode ser contrariada.

Por todas essas razões é que fez bem o legislador em explicitar a vedação de ajuizamento de ação rescisória contra ação vinculada ao controle de concentrado de constitucionalidade.

Por outro lado, a constatação de que as decisões proferidas nesse tipo de ação fazem coisa julgada tanto formal quando material, não parece trazer qualquer tipo de polêmica, em relação às decisões declaratórias de inconstitucionalidade de uma norma. Isso, seja em caso de procedência de ação direta de inconstitucionalidade ou ainda em caso de improcedência de ação declaratória de constitucionalidade.

Com efeito, uma vez declarada inconstitucional uma norma pelo Supremo Tribunal Federal, conforme visto acima, o efeito decorrente, via de regra, é considerar sem vigência e eficácia tal norma, desde o seu nascedouro. Portanto, nesse caso, salvo modulação dos efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma por razões de segurança jurídica, boa-fé e moralidade, todas as relações jurídicas lastreadas nessa norma deverão ser desconsideradas, em vista dos efeitos *ex tunc* desse tipo de decisão.

E quando houver o trânsito em julgado desse tipo de decisão, o Supremo Tribunal Federal não mais apreciará qualquer demanda relativa à constitucionalidade dessa norma já declarada inconstitucional.

É que não se mostra razoável a possibilidade de revisão da decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma, por força das consequências lógicas relativas a esse tipo de decisão.

De fato, uma vez o Supremo Tribunal Federal tendo declarado determinada norma inválida perante a Constituição por qualquer motivo que seja, não haverá a possibilidade de revisão desse entendimento. Se uma norma é inconstitucional, via de regra, não há como posteriormente essa norma, por força de sua eventual constitucionalização superveniente ser reinserida no ordenamento jurídico, consoante ensina Zavascki (2014, p.124).

A questão sobre a natureza da coisa julgada demanda maior atenção em relação à decisão que confirma a constitucionalidade de uma norma.

Nesse cenário, a coisa julgada seria meramente formal ou também seria material? Em outros termos, poderia o mesmo ou outro legitimado propor uma nova ação declaratória de constitucionalidade ou inconstitucionalidade quando o Supremo Tribunal Federal entender em ação anterior pela constitucionalidade da norma?

Antes de responder a essa pergunta, vale salientar que dois dos maiores constitucionalistas do país e atuais Ministros da Suprema Corte entendem pela aplicabilidade da eficácia preclusiva da coisa julgada nas ações relativas ao controle concentrado de constitucionalidade. Ou seja, entendem esses doutrinadores que também nesse tipo de ação, há que se estabilizar a discussão, considerando-se a impossibilidade de renovação da discussão com base em argumentos distintos daquele previamente apreciados pela Suprema Corte.

Contudo, para Barroso (2012, p. 226), essa eficácia preclusiva está limitada às decisões que declaram a inconstitucionalidade de uma norma. Esse doutrinador entende que, no caso de decisão do Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado, nada impede que possa ser ajuizada uma nova ação por um

legitimado, desde que haja novos argumentos, dentre outras alternativas:

> A declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não mais poderá ser validamente aplicada. Mas, no caso de improcedência do pedido, nada ocorre com a lei em si. As situações, portanto, são diversas e comportam tratamento diverso. Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, á vista de novos argumentos, novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei. (BARROSO, 2012, p. 227)

Entretanto, Zavascki (2014, p.126) entende/afirma que não há como se propor nova ação com fundamento na violação de um dispositivo constitucional já apreciado em sede de controle constitucionalidade difuso. Isto é, não se mostra possível suscitar em outra ação a inconstitucionalidade dessa norma agora com base em dispositivo constitucional distinto daquele objeto da ação anterior. Isso porque, o Supremo Tribunal Federal não se prende à causa de pedir daquela ação que julgou, mas essa é ampla e deve alcançar para todas as possibilidades de inconstitucionalidade formal e material. Para Zavascki (2014), a única exceção é a possibilidade de a coisa julgada ser revista nessa situação e em caso de demonstração do fato de que o Supremo Tribunal Federal julgou uma causa sem saber da existência de um vício formal no momento do julgamento da primeira ação:

> Veja no sentido oposto, porém, a matéria desperta duas questões de elevado significado. Primeira: julgada improcedente ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada com o fundamento de que a norma ordinária ofendeu determinado preceito constitucional, estaria inibido o ajuizamento de nova demanda sustentando a incompatibilidade da mesma norma com outro dispositivo da Constituição? Segunda: julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade ajuizada em face de controvérsia entre a norma infraconstitucional e certo dispositivo da Constituição, estaria vedado o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade fundada em ofensa a outro dispositivo constitucional?
> Em nosso entender, a repetição do pedido, por qualquer dos modos aventados, atenta contra a coisa julgada. Com efeito, segundo orientação assentada em vários precedentes no STF: é da jurisprudência do Plenário o entendimento de que, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe da causa petendi formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois, havendo, nesse processo objetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas daqueles focalizados pelo autor.
> [...]
> A indicação específica, pelo demandante, do dispositivo constitucional que supõe violado não representa estratificação da causa de pedir, nem inibe a cognição do STF, que leva em conjunto das normas constitucionais. Em outras palavras: a causa de pedir não é a ofensa a este ou àquele artigo da Constituição, mas à Constituição em seu todo, cabendo à Corte, como é do seu dever, apreciar o pedido (que é sempre o da declaração de inconstitucionalidade) à luz de todo o ordenamento constitucional, tudo sob as luzes do princípio *jura novit cura*. (ZAVASCKI, 2014, p. 126-127)

Para lastrear essa argumentação, o autor cita trecho da decisão proferida da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.896 (BRASIL, 2007b) de relatoria do Ministro Sydney Sanches, onde o Supremo Tribunal Federal teria decidido que:

> É da jurisprudência do Plenário o entendimento de que, na ação direta de inconstitucionalidade, seu julgamento independe da *causa petendi* formulada na inicial, ou seja, dos fundamentos jurídicos nela deduzidos, pois havendo, nesse processo subjetivo, argüição de inconstitucionalidade, a Corte deve considerá-la sob todos os aspectos em face da Constituição e não apenas daqueles focalizados pelo autor." (STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.896, Min. Sydney Sanches, RTJ 169/926). Nesse sentido. ADI 28-4 e ADI 1967. (BRASIL, 2007b)

A nosso ver, assiste razão ao segundo autor. Isso, considerando a cognição exauriente que deve haver na análise da constitucionalidade das normas em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, o controle de constitucionalidade das normas deve ser funcional, racional e objetivo, de modo a se evitar quaisquer tipos de conjunturas que possam causar algum tipo de insegurança jurídica.

Nesse contexto, é razoável que a Suprema Corte analise não só os argumentos trazidos à baila pelo autor da ação, mas também todos aqueles passíveis dentro do ordenamento jurídico de impactar na decisão a ser exarada.

Não se está a dizer com isso, que em caso de alteração de estado de fato, tal como narrado por Barroso (2012), a interpretação do Supremo Tribunal Federal não possa ser revista.

Conforme destacado nesse mesmo capítulo, o próprio Zavascki (2014, p. 128-136) entende viável uma releitura do Texto Constitucional em caso de alteração de estado de fato. Ou seja, segundo esse autor, uma decisão que declara constitucional uma norma pode ser afastada quando há alteração da Constituição sob a qual se entendeu essa norma constitucional, ou quando há alteração do contexto fático social adotado para julgar daquela forma.

#### *3.5.1.1 Coisa julgada e decisão liminar no controle de constitucionalidade concentrado*

Outra questão que tem se posto em relação à coisa julgada e o controle difuso de constitucionalidade, que diz respeito às decisões judiciais que transitam em julgado com base em entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em sede de liminar.

É que os atos tomados com base em decisões liminares ficam sujeitos à condição

resolutiva ou suspensiva, para serem confirmados com base na sentença que, sanciona ou não, essas liminares.

Assim, para Zavascki (2014, p. 87), as sentenças proferidas com base nessa liminar, ainda que transitadas em julgado, ficam sendo provisórias até a decisão final pelo Supremo Tribunal Federal na lide em que houve a prolação dessa decisão provisória.

Ainda segundo esse autor, no caso de revogação dessa liminar, uma condição básica é que a sua observância por determinado jurisdicionado não pode prejudicá-lo. E, portanto, com a revogação da liminar, devem ser restaurados todos os direitos daqueles que a cumpriram, pois os efeitos dessa revogação são *ex tunc*.

Salienta ainda o atual Ministro da Suprema Corte que no caso de revogação de liminar por extinção do processo sem julgamento de mérito, não há impedimento para que em sede de controle difuso, seja discutida a questão.

Isso porque, nesse contexto, não há coisa julgada no controle concentrado.

No caso de revogação de liminar com análise de mérito da ação no controle concentrado, há coisa julgada com efeitos *erga omnes* e efeito vinculantes, no sentido de constitucionalidade da norma, quando julgada improcedente uma ação direta de inconstitucionalidade e, no sentido de inconstitucionalidade, quando improcedente uma ação direta de constitucionalidade.

Zavascki (2014) entende ainda que o prazo para uma rescisória em caso de sentença transitada em julgado com base em liminar posteriormente revogada não é do seu trânsito em julgado.

Nesse cenário, deve-se considerar a data de publicação da decisão proferida na ação de controle concentrado, que a revogou com base no princípio de que ninguém pode ser prejudicado por ter cumprido a liminar proferida naquela ação enquanto essa decisão precária teve eficácia.

De modo a convalidar o seu ponto de vista, Zavascki (2014) refuta a alegação de que o prazo decadencial, como o caso de ação rescisória, não se interrompe ou se suspende.

Para tanto, esse autor afirma que, assim como os prazos prescricionais, também os decadenciais devem ser interrompidos. E que no caso em comento, a liminar posteriormente revogada suspendeu também a eficácia da norma, inibindo o surgimento e exercício dos direitos vinculados àquela norma.

Por essa razão, não há que se falar em prazo decadencial. Do mesmo modo, no caso de suspensão de direito já exercido com a liminar, não há como computar o prazo decadencial vinculado a esse direito (ZAVASCKI, 2014, p.90).

A nosso ver, a solução encontrada pelo ilustre Ministro da Suprema Corte tem respaldo no ordenamento jurídico.

Com efeito, não se pode entender pelo transcurso do prazo decadencial para o ajuizamento de ação rescisória, na conjuntura acima delineada, sob pena de se penalizar o jurisdicionado, que a despeito de ter cumprido uma ordem vigente, foi penalizado pela mora do Supremo Tribunal Federal em examinar uma ação em sede de controle concentrado de forma definitiva.

Aliás, como já destacado acima, trata-se de verdadeiro absurdo, o Supremo Tribunal Federal quedar-se inerte por muitos anos, acerca da análise de ações declaratórias de constitucionalidade e inconstitucionalidade, permitindo a profusão de decisões de todas as formas pelos Tribunais inferiores. Isso gerou um quadro grave, de insegurança jurídica no país.

### *3.5.2 Efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma sobre a coisa julgada ocorrida em outros processos*

A decisão de inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado tem efeitos *ex tunc*, ou seja, enseja a nulidade daquela norma *ab initio*. E ainda, esse efeito também é observado *inter partes* no controle difuso. Isso, via de regra, pois como visto, pode haver modulação dos efeitos desses tipos de decisão.

De fato, não há qualquer empecilho para que, uma decisão proferida em sede difuso de constitucionalidade, que servirá de paradigma para casos semelhantes, possa ter seus efeitos modulados como visto anteriormente.

Entretanto, mostra-se relevante a discussão que versa sobre a revogação de decisão já transitada em julgado com base em lei declarada inconstitucional posteriormente em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Zavascki (2014) explicita as consequências de uma decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado.

Segundo esse autor, a eficácia normativa dessa decisão está relacionada à nulidade da norma declarada inconstitucional. Nesse sentido, os efeitos dessa decisão são *ex tunc*, visto que declaram inválida essa norma por inconstitucionalidade, tornando-a nula *ab initio*.

Entretanto, no que toca aos efeitos dessa decisão sobre a possível subsistência ocorrida em outros processos, esse autor faz a seguinte digressão:

> Todavia, quando se trata do *efeito vinculante* das sentenças proferidas nas ações de controle concentrado, não é correto afirmar que ele tem eficácia desde a origem da *norma*. É que tal efeito não decorre da *validade ou invalidade* da norma apreciada (=eficácia *normativa* da declaração), mas da *sentença* que a aprecia (=eficácia *executiva*). O efeito vinculante é *ex tunc*, mas seu termo inicial se desencadeia com a sentença que declarou a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, e não com o início da vigência da *norma* examinada, Pode-se situar, como termo inicial do efeito vinculante, nesses casos, a data de publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.8686/99). Daí, afirmar-se que o efeito vinculante diz respeito à prática de atos administrativos e a decisões judiciais *supervenientes* a essa publicação e não a atos pretéritos. Esses últimos, conforme se verá, mesmo quando formados com base em normas inconstitucionais, somente poderão ser desfeitos ou rescindidos em processo próprio, no âmbito do qual atuará, então sim, o efeito vinculante. (ZAVASCKI, 2014, p. 65)

Assim, Zavascki (2014) deixa claro que a declaração de inconstitucionalidade de uma norma por meio de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade não tem o condão de rescindir de forma automática outra decisão passada em julgado, que foi fundamentada nessa norma posteriormente declarada inconstitucional.

De fato, a nosso ver, faz-se necessário o ajuizamento de ação rescisória para a revisão dos efeitos pretéritos. E de modo a cessar os efeitos futuros dessa decisão passada em julgado em uma relação de trato sucessivo, há que se analisar a fundamentação do julgado e a decisão a ser considerada como alteração de estado de Direito, conforme explicitado no capítulo 2.

Na verdade, Zavascki (2014) defende a modulação *ope legis* da decisão proferida nesse controle em casos de prescrição, decadência e coisa julgada, qual seja:

> [...] que se opera *ope legis*, independentemente de provimento judicial específico. Isso ocorre quando o próprio ordenamento jurídico impede ou impõe restrições à revisão, por qualquer que seja o motivo, de certos atos jurídicos ou sentenças já definitivamente consolidados. É o que ocorre em relação a atos insuscetíveis de anulação, modificação ou de rescisão porque cobertos por prescrição, decadência ou coisa julgada. Embora formados com base em preceito normativo declarado inconstitucional (e, portanto, excluído do ordenamento jurídico), tais atos pretéritos – sejam públicos, sejam privados – não estão sujeitos aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade porque a prescrição, a decadência e a coisa julgada inibem a providência extrajudicial (v.g.,o lançamento fiscal) ou o ajuizamento da ação própria (v.g., ação constitutiva, executiva ou rescisória) indispensável para efetivar o seu ajustamento. (ZAVASCKI, 2014, p. 66)

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Barroso (2012, p. 247).

Mendes (1999) assevera que, mesmo quando há edição de resolução do Senado em sede de controle difuso:

> [...] a pronúncia de inconstitucionalidade não retira do mundo jurídico, automaticamente, os atos praticados com base em lei inconstitucional, criando

> apenas as condições para eventual desfazimento ou regulação dessas decisões. Tanto a coisa julgada quanto outras fórmulas de preclusão podem tornar irreversíveis as decisões ou atos fundados na lei censurada. (MENDES, 1999. p. 390-391)

Em decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no dia 28 de maio de 2015 nos autos do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 730.462/SP (BRASIL, 2015e), relatado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, aquela Corte corroborou a posição da doutrina acima mencionada.

Tratava-se de um Recurso Extraordinário com pedido para rever decisão judicial que havia mantido o impedimento de pagamento de honorários de sucumbência em ação de cobrança de diferenças de Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS) com base no artigo 29-C, da Lei nº 8.036/90 (BRASIL, 1990a) que posteriormente foi declarado inconstitucional quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.736 (BRASIL, 2011d).

Em vista de nulidade dessa norma, entendeu o Recorrente que deveria ser revista a decisão que manteve a impossibilidade de pagamento de honorários com base na aludida lei.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, acolheu a tese sufragada no voto do relator Ministro Teori Albino Zavascki acerca da distinção da eficácia normativa e executiva da decisão.

O relator, de modo a delimitar o objeto do Recurso Extraordinário, tendo em vista o sumário da repercussão geral ter feito menção à relativização da coisa julgada, e objetivando evitar qualquer tipo de dúvida acerca do que estava sendo apreciado pelo Plenário no julgamento daquele recurso, fez inicialmente o seguinte esclarecimento:

> A questão, a rigor, é muito simples. O que aconteceu aqui? É uma ação pedindo diferença de fundo de garantia. Na época, havia um preceito normativo segundo o qual, nesses casos, não cabem honorários advocatícios. Assim, negou-se honorários com base nessa lei. Depois, mais tarde, mais de dois anos depois, o Supremo declarou inconstitucional essa Lei que vedava honorários. Por isso, o autor da ação voltou a requerer a fixação de honorários. A questão é saber se essa declaração de inconstitucionalidade posterior tem reflexos automáticos sobre a sentença anterior transitada em julgado. Essa é a questão. (BRASIL, 2015e)

Dessa forma, o relator, na sequência dos debates, fez questão de frisar que a questão nada tinha a ver com a tese da relativização da coisa julgada, na medida em que se objetivava no caso a possibilidade de convalidação da cobrança de honorários com base na declaração de inconstitucionalidade da lei que vedava a possibilidade de tal cobrança.

Isso, na medida em que o relator fez a distinção entre a relativização da coisa julgada e a possibilidade de uma decisão proferida em sede de controle concentrado de

constitucionalidade ter efeitos rescisórios imediatos e automáticos sobre decisões lastreadas na legislação declarada inconstitucional posteriormente pela Suprema Corte.

Em vista desse cenário, o Ministro Teori Albino Zavascki, invocando a jurisprudência que classificou como pacificada do Supremo Tribunal Federal, negou provimento ao Recurso Extraordinário aviado pelo advogado que pretendia cobrar seus honorários em razão do Supremo Tribunal Federal ter declarado a lei que vedava tal cobrança inconstitucional em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Para fundamentar o seu voto, o relator demonstrou que o fato de uma decisão transitada em julgado ter sido lastreada com base em uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal não é anulável ou rescindível de forma automática, em vista dessa decisão posterior.

Para tanto, o Ministro Teori Albino Zavascki detalhou a tese que defende em sua obra "Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional", no sentido de que a decisão proferida em controle concentrado tem dois tipos de eficácia. Uma denominada normativa que diz respeito à invalidade da norma desde o seu nascedouro em face de vício insanável, haja vista a sua incompatibilidade com a Constituição. Nesse cenário, os efeitos da decisão declaratória de inconstitucionalidade da norma são desde já *ex tunc*.

Já a segunda eficácia, conceituada como eficácia executiva, é correlata aos efeitos que uma decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado de constitucionalidade tem quanto às decisões passadas em julgado proferidas com base na norma posteriormente declarada inconstitucional naquele julgamento em controle concentrado de constitucionalidade.

Nesse cenário, o Ministro Teori Albino Zavascki, de forma corretíssima, a nosso ver, salienta que a decisão proferida em sede de controle concentrado não tem o condão de rescindir de forma automática decisões anteriores já passadas em julgado proferidas com base na norma posteriormente declarada inconstitucional pela Suprema Corte no julgamento de uma das ações vinculadas ao controle concentrado de constitucionalidade.

O Ministro Teori Albino Zavascki conclui que nesse caso, a decisão passada em julgado proferida com base na lei posteriormente declarada inconstitucional somente pode ser revista no prazo de rescisória e não tem conexão direta com a decisão superveniente declarada em controle concentrado de constitucionalidade.

A decisão passada em julgado não está submetida ao efeito vinculante da decisão superveniente proferida em sede de controle concentrado, em face da garantia constitucional da coisa julgada. Ou seja, nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal reafirma a

importância da observância da coisa julgada enquanto instrumento de estabilização das demandas, e, por conseguinte, de preservação da segurança jurídica.

Tanto é assim que o relator invoca vários precedentes da Suprema Corte que são balizados na importância da coisa julgada como garantia constitucional voltada à segurança jurídica, a se ver:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS – VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA RES JUDICATA - TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.
> A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade.
> A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia ex tunc – como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, in abstracto, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes.
> **O significado do instituto da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito.** (BRASIL, 2012b, grifo do autor)

Ponto interessante foi o fato de, inicialmente, o Ministro Marco Aurélio Mello ter feito uma correlação entre esse julgamento e a constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil. Isso, porque talvez, ao mencionar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o relator tenha invocado um precedente do Ministro Celso de Mello que versava sobre a matéria acima mencionada e ainda pelo fato do voto do próprio Ministro Celso de Mello fazer menção à inconstitucionalidade do referido artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil.

Contudo, após intervenção do Ministro Gilmar Ferreira Mendes mentor intelectual e

defensor da constitucionalidade do artigo 741, parágrafo único do Código de Processo Civil , e, após o esclarecimento prestado pelo Ministro Teori Albino Zavascki de que não se tratava de execução de sentença e de relação de trato sucessivo, o Ministro Marco Aurélio reviu essa correlação.

O Ministro Luiz Fux pontuou que, com a previsão para a possibilidade de ajuizamento de ação rescisória após a declaração de inconstitucionalidade de norma pelo Supremo Tribunal Federal, prevista no artigo 525, parágrafo 15, do Novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), a situação do caso julgado ficará resolvida.

Por fim, na ocasião do julgamento, o Ministro Teori Albino Zavascki também fez questão de diferenciar a aplicação da coisa julgada na relação apreciada no julgamento do Recurso Extraordinário 730.462/SP (BRASIL, 2015e) que se trata de uma relação instantânea, denominada como relação de trato sucessivo.

Essa distinção pode ser verificada na ementa do julgado em análise.

Isso, considerando que o relator fez questão de fazer a seguinte ressalva desde a ementa:

> CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.
> 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito.
> 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, "l", da Carta Constitucional.
> 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/99). É, consequentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional.
> 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). **Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas**

> **de trato continuado.**
> 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão.
> 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2015e, grifo do autor)

Essa diferenciação mostra-se relevante, conforme destacado no capítulo anterior, na medida em que se tratando de uma relação de trato sucessivo, não há que se falar em desconstituição da coisa julgada por decisão posterior em sentido contrário proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seja em sede de controle difuso ou concentrado.

Na verdade, como já externado anteriormente, em se tratando de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal contrária à coisa julgada, o que há é uma alteração de estado de Direito que enseja não a revisão da coisa julgada, mas a cessação da sua eficácia para fatos posteriores a essa mudança de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao artigo 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil, como mostrado anteriormente, entendemos que esse dispositivo é inconstitucional, posto que viola a coisa julgada e a segurança jurídica. Isso, porque cria uma coisa julgada condicionada à manutenção do entendimento pelo Supremo Tribunal Federal pela constitucionalidade da norma que fundamentou essa decisão.

Em vista de tudo o que foi exposto, nosso entendimento é de que a decisão do Supremo Tribunal Federal acima mencionada, assim como aquela proferida no Recurso Extraordinário 590.809/RS (BRASIL, 2014d), também analisada no capítulo anterior, corroboram para a compreensão da atual composição daquela Corte, no sentido de garantir à coisa julgada o status de garantia constitucional.

Por fim, vale apenas destacar a Nota nº 735/2014/PGFN/CASTF (BRASIL, 20014c) de 02 de julho de 2014 exarada pela Procuradoria da Fazenda Nacional quando do reconhecimento da Repercussão Geral da matéria discutida no Recurso Extraordinário 730.462/SP (BRASIL, 2015e), por meio da qual, aquele órgão dissociou a discussão travada nesse julgamento daquela relativa ao Parecer PGFN nº 492/2011 nos seguintes termos:

> Em que pese a relevante contribuição para o desenvolvimento da linha argumentativa da União que pode ser extraída do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, é importante ressaltar que existe um aspecto que diferencia e que afasta o Tema nº 733 do Parecer em destaque.
> 7. O Parecer examinou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade proclamada pelo STF sobre "fatos geradores futuros", considerando uma "relação jurídica

> tributária de trato sucessivo", e concluiu que a alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas que existiam ao tempo da prolação de uma determinada decisão judicial, como, por exemplo, a posterior declaração de inconstitucionalidade da norma que serviu de suporte para a decisão, faz surgir uma relação jurídica tributária nova que, por essa razão, não é alcançada pelos limites objetivos da decisão judicial anterior. Por sua vez, o STF ao delimitar o Tema nº 733 não pareceu pretender examinar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade sobre relações jurídicas de trato sucessivo. O RE nº 730.462 surgiu no curso de processo em que se discute o afastamento dos honorários advocatícios em ação judicial entre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e o titular de conta vinculada, ou seja, trata-se de fato único que não se reproduz no futuro, diferenciando-se de grande parte das relações tributárias que se repetem periodicamente e nos mesmos moldes. (BRASIL, 2014c)

A despeito de serem discussões distintas, a decisão acima mencionada é um argumento a mais para aqueles que defendem a manutenção dos efeitos da coisa julgada referente aos fatos posteriores em relações de trato sucessivo, mesmo quando há alguma alteração de estado de Direito. Isto, considerando a relevância que tem sido dada à coisa julgada pelo Supremo Tribunal Federal, como visto acima.

Conclui-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário 730.462/SP (BRASIL, 2015e) está tecnicamente correta, visto que diferencia os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma determinada norma da decisão passada em julgado com base nessa norma.

Essa diferenciação e possibilidade de revisão da decisão na circunstância acima, contribui para a prevalência da coisa julgada sobre alterações do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que poderiam ser utilizadas como meio para a rescisão das decisões passadas em julgado e impor efeitos retroativos referentes à relação jurídica definida por meio de decisões passadas em julgado.

Em outros termos, a rescisão pura e automática de decisões passadas em julgado por força de superveniente decisão passada em julgado com o impedimento da concretização dos efeitos dessa decisão não se afigura constitucional. Isso, considerando-se a condição da coisa julgada como garantia constitucional e, ainda, o princípio da segurança jurídica.

Saliente-se que o Parecer PGFN nº 492/2011 não parte da premissa de que posterior decisão declaratória em controle concentrado de constitucionalidade importa na rescisão automática da coisa julgada. Com efeito, consoante será delineado no próximo capítulo, a tese defendida no Parecer em comento diz respeito à cessação dos efeitos da coisa julgada *pro futuro* em face de posterior decisão proferido Supremo Tribunal Federal, em sentido oposto àquele delimitado na decisão passada em julgado.

Destaque-se que essa assertiva está sendo feita no que toca à coisa julgada não vinculada às relações jurídicas de trato sucessivo. Diante desse contexto, a diferenciação que

o Ministro Teori Albino Zavascki fez em seu voto, a nosso ver, sobre a situação julgada no Recurso Extraordinário 730.462/SP (BRASIL, 2015e) está equivocada.

De fato, se não pode uma decisão proferida em controle concentrado retroagir e rescindir uma decisão passada em julgado, também não se mostra razoável que uma execução de sentença passada em julgado seja impugnada com base em posterior entendimento do Supremo Tribunal Federal, acerca da inconstitucionalidade da norma que fundamenta essa decisão passada em julgado.

Repise-se não se estar a falar da prorrogação dos efeitos da coisa julgada em relações de trato sucessivo, mas sim da inconstitucionalidade de vedar a execução de uma sentença resguardada pelo manto da coisa julgada.

# 4 O PARECER PGFN/CRJ nº 492/2011

## 4.1 Contexto para a criação do Parecer PGFN/CRJ /nº 492/2011

A questão da possível retomada da cobrança de tributos por parte da Administração Fazendária em relação aos contribuintes que possuem decisão transitada em julgado que os resguarda da exigência de determinada exação já vem sendo tratada há décadas pela doutrina e jurisprudência.

Considerando-se como premissa que boa parte das relações obrigacionais tributárias consiste em relações de trato sucessivo, cuja definição já foi explicitada conforme os ensinamentos de Zavascki (2008, p. 3-4) no capítulo 2 desse trabalho. Nesse contexto, a Administração Fazendária tem objetivado retomar a cobrança de tributos de contribuintes com coisa julgada favorável, com base em alegadas alterações legislativas e/ou jurisprudenciais, que se conformariam como alteração de estado de Direito nos termos do artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Essa constatação pode ser extraída do próprio Parecer PGFN/CRJ n° 492/2011, que faz alusão ao fato de alguns temas analisados naquele Parecer também terem sido objeto de discussão no Parecer PGFN nº 1.277/94 (BRASIL, 1994). Este último, versou sobre a possibilidade de retorno da exigência da CSLL dos contribuintes com decisão judicial transitada em julgado favorável. Isso, após a declaração de constitucionalidade da Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d) (exceto para o ano base 1988) pelo Supremo Tribunal Federal nos autos dos Recursos Extraordinários 146.733/SP (BRASIL, 1992c) e 138.284/CE (BRASIL,1992a) em 1992.

Os fundamentos para justificar a cobrança da CSLL dos contribuintes com decisão passada em julgado declaratória da inconstitucionalidade da lei que institui a exação foram a alteração da legislação que regulamentava a exigência dessa exação e o fato de se tratar de relação jurídica tributária de trato sucessivo. Assim, nos termos do Parecer PGFN/CRJ nº 1.277/94 (BRASIL, 1994), com a alteração de estado de Direito em razão da edição de nova lei regulamentadora da CSLL, seria possível o retorno da arrecadação dessa contribuição daqueles contribuintes que possuíam decisão judicial dispensadora dessa obrigação.

Entretanto, como já demonstrado no capítulo 3, em relação à CSLL, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de que as leis posteriores à Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d) não alteraram aspectos normativos relevantes referentes a essa contribuição, tendo permanecida a sua exigência lastreada nos mesmos elementos normativos

previstos na Lei nº 7.689/88.

Independentemente da discussão acerca da constitucionalidade da retomada da exigência da CSLL, tema cujos precedentes a respeito serão apreciados com maior profundidade ainda nesse capítulo, por ora, registre-se que a discussão a respeito da coisa julgada em matéria tributária já está sendo objeto de apreciação pela Administração Fazendária há mais de duas décadas.

Segundo artigo de Souza (2012, p. 70), o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 tenta reavivar a possibilidade de cobrança de tributos de contribuintes que possuem coisa julgada favorável em situações em que a União quedou-se inerte e não propôs ação rescisória, justamente como ocorreu no caso da CSLL por meio do Parecer PGFN/CRJ nº 1.277/94 (BRASIL, 1994).

Do mesmo modo, a questão sobre a coisa julgada e o controle de constitucionalidade também já foi analisada pela Administração Fazendária anteriormente ao Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. O Parecer PGFN/CRJ nº 391/2009 (BRASIL, 2009b), lavrado pela mesma Procuradora da Fazenda Nacional responsável pela elaboração do Parecer PFN/CRJ nº 492/2011, tinha como objeto de análise o conflito entre a coisa julgada e a súmula vinculante, em vista da edição da Súmula Vinculante 8 (BRASIL, 2008d), Supremo Tribunal Federal.

Destaca-se que o Poder Judiciário já teve oportunidade de apreciar lides em que se discutiram situações vinculadas a relações tributárias de trato sucessivo, coisa julgada e controle de constitucionalidade, antes mesmo da edição do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, como no caso da CSLL acima aludido por exemplo.

Ainda, cabe trazer à baila julgado citado em artigo de Mollica (2011) sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, que versa sobre os temas analisados nesse documento:

> MANDADO DE SEGURANÇA - CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS - COMPENSAÇÃO AUTORIZADA JUDICIALMENTE - LANÇAMENTO DE OFÍCIO - DESRESPEITO À DECISÃO JUDICIAL. 1. Nos termos dos artigos 205 e 206 do Código Tributário Nacional, a certidão negativa só será fornecida quando não existirem débitos pendentes, e a certidão positiva com efeitos de negativa apenas quando existirem créditos não vencidos, créditos em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa. 2. A impetrante fundamenta sua pretensão no fato de ter realizado compensação de créditos recolhidos a título de FINSOCIAL com parcelas da COFINS. Entretanto, a autoridade impetrada recusa a expedição da certidão negativa, ao fundamento de ter sido reconhecida pelo STF a validade das alterações de alíquotas do FINSOCIAL para as empresas prestadoras de serviços. 3. Assim, agindo ao arrepio de uma decisão judicial que certificara o direito do impetrante à compensação, a autoridade impetrada lançou de ofício crédito tributário que, uma vez não solvido, veio a obstaculizar a expedição de certidão negativa de débitos em favor do impetrante. Disso verifica-se a ilegalidade de seu ato, uma vez que, discordando a autoridade impetrada dos fundamentos da decisão que autorizou a

> compensação, deveria contra a mesma ter se insurgido, pelos diversos meios de impugnação de decisão judicial, ao invés de agir à revelia do Poder Judiciário, constituindo situações jurídicas já declaradas inexistentes pelo Estado-juiz. 4. Apelação e Remessa Oficial improvidas. (Apelação em Mandado de Segurança 98.03.102103-6, publicado em 17/08/2009. BRASIL, 2009d)

Vale ainda destacar que, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 examina doutrina e jurisprudência sobre os temas nele aludidos, de modo a demonstrar que, supostamente, as suas conclusões estão balizadas em posicionamentos já sedimentados.

Entretanto, ainda que se discorde da linha argumentativa consignada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, é fato que tanto a doutrina quanto a jurisprudência dos Tribunais Superiores já se debruçaram sobre os assuntos tratados neste Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, quais sejam: coisa julgada, relações jurídicas de trato sucessivo e controle de constitucionalidade, consoante demonstrado nos capítulos anteriores.

## 4.2 Fundamentos do parecer PGFN/CRJ/nº 492/2011

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 foi publicado em 26 de meio de 2011, após a aprovação pelo Ministro da Fazenda e, segundo as informações consignadas logo no início desse documento, o seu escopo é "enfrentar questão cujo pano de fundo é o intrigante e atual tema dos *'reflexos gerados pela alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação à coisa julgada em matéria tributária*.'"

Ainda de forma a elucidar o objeto de seu estudo, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 se propõe a analisar o seguinte questionamento: em que medida a eficácia da decisão transitada em julgado que se volta para uma relação jurídica tributária sucessiva, considerando-a existente ou inexistente, é impactada, no que se refere aos seus desdobramentos futuros pela superveniência de jurisprudência do STF em sentido contrário ao sufragado pela referida decisão?

Logo de início, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 tenta dissociar a discussão objeto de análise do tema da relativização da coisa julgada. Para tanto, o Parecer em questão parte da premissa de que esse último tema versa sobre a possibilidade de revisão dos efeitos pretéritos decorrentes de decisão passada em julgado, enquanto o assunto desenvolvido no Parecer tem conexão com os desdobramentos futuros em uma relação jurídica tributária, após a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O fundamento precípuo do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 diz respeito à alteração de circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes no tempo da prolação de uma decisão que

regulamenta relação tributária de trato sucessivo. Com base nos ensinamentos de Zavascki (2014) já explicitados no capítulo 2, sobre a relação jurídico-tributária de trato sucessivo, o Parecer advoga a tese de que, nesse tipo de relação obrigacional, a coisa julgada deve ser observada enquanto permanecerem as situações fática e jurídica, existentes quando de sua consolidação.

Isso considerando os termos do artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que determina que em caso de eventual alteração de estado de fato ou de Direito, haverá a cessação da eficácia da coisa julgada, em face da cláusula *rebus sic stantibus* existente em todas as sentenças, de acordo com Liebman (2007) alertou em obra citada no Capítulo 1 dessa dissertação.

Nesse contexto, em caso de qualquer tipo de alteração nos moldes acima mencionados ou, eventual decisão passada em julgada declaratória de existência ou inexistência de relação jurídico-tributária, poderia deixar de ser observada no que concerne aos fatos geradores, vinculados a essa relação após a referida alteração.

E o Parecer em comento destaca que os limites objetivos da coisa julgada perpassam pela relação jurídica de direito material deduzida em juízo. Por essa razão, a partir de eventual alteração de estado de fato ou de Direito, surge uma nova relação jurídico-tributária, que segundo o Parecer "por ser diferente daquela nela declarada, de modo definitivo em razão do seu posterior trânsito em julgado, como existente ou inexistente, não poderá ser alcançada pelos efeitos vinculantes da referida decisão."

De acordo com esse raciocínio consignado no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, essa nova relação jurídica pode, inclusive, se submeter ao crivo do Poder Judiciário, sem encontrar óbice na coisa julgada anterior.

O foco do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 é direcionado para as alterações de estado de Direito previstas no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) que são hábeis a justificar a cessação da eficácia da coisa julgada. Para tanto, esse Parecer afirma e tenta demonstrar que, a alteração da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em determinadas circunstâncias pode ser enquadrada como uma alteração de estado de Direito prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil:

> A) Todos os precedentes formados em controle concentrado de constitucionalidade independente do tempo em que foram proferidos;
> B) Quando posteriores a 3 de maio de 2007, data de regulamentação do instituto da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, aqueles precedentes formados em sede de controle difuso de constitucionalidade seguidos ou não de resolução senatorial quando julgados com base no artigo 543-B do Código de Processo Civil;

> C) Quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles precedentes formados em sede de controle difuso, seguidos ou não de resolução senatorial desde que nesse último caso tenham sido oriundos do plenário e confirmados em julgados posteriores. (BRASIL, 1973)

Vale destacar que o marco temporal aventado no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 (03 de maio de 2007) diz respeito à data em que foi regulamentado pelo Supremo Tribunal Federal por meio do seu Regimento Interno, o procedimento de aplicação do instituto da Repercussão Geral.

Para a premissa correlata ao enquadramento das guinadas jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal como alteração de Estado de Direito, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 sustenta que, sendo o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, cabe a ele dar a última palavra quanto à constitucionalidade de uma lei. Dessa forma, a decisão final sobre determinada tema constitucional daquela Corte não pode deixar de surtir efeito no sistema jurídico, como também nas relações jurídicas anteriormente apreciadas e decididas com base no dispositivo legal, cuja constitucionalidade foi posteriormente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ainda afirma que, por ser o Supremo Tribunal Federal o órgão responsável por dar a palavra final sobre a constitucionalidade de uma norma, ao assim proceder, o entendimento sufragado por aquela Corte se incorpora à própria norma. Consequência disso, é que tal decisão deve ser considerada uma alteração jurídica, apta a impactar as relações jurídicas de trato sucessivo.

Segundo o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, os precedentes firmados nas circunstâncias delineadas acima são dotados de duas características que têm o condão de torná-los alterações do estado de Direito, que são: a objetividade e a definitividade.

A objetividade, nos moldes da fundamentação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, se delineia pela análise de determinada questão constitucional de forma objetiva, "resolvendo-a em tese, sem qualquer apego a dados subjetivos da demanda concreta". Já a definitividade tem nexo com a "palavra final da Suprema Corte sobre a questão constitucional apreciada." (PGFN/CRJ nº 492/2011).

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 conclui que os precedentes do Supremo Tribunal Federal contemplados com esses dois atributos são alterações do Estado de Direito capazes de fazer cessar a eficácia de uma decisão transitada em julgado, seja favorável ao contribuinte, seja favorável ao Fisco.

E, para o Parecer, essas duas características estão presentes nos precedentes do

Supremo Tribunal Federal proferidos em sede de controle concentrado e difuso.

Em relação às decisões proferidas em controle difuso, como já destacado acima, a fundamentação consubstanciada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 é no sentido de que se mostra desnecessária a edição de Resolução do Senado para considerar tais decisões como alterações de estado de Direito, e, portanto, aptas a fazer cessar a eficácia da coisa julgada proferida em desacordo com essas decisões em uma relação jurídica de trato sucessivo.

Para justificar esse ponto de vista, o Parecer faz um apanhado das diferenças entre as decisões proferidas no controle de constitucionalidade concentrado no controle difuso de constitucionalidade.

Conforme o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, a primeira diferença diz respeito à apreciação da constitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado de forma objetiva e em tese. No controle difuso, a questão da constitucionalidade é realizada de forma incidental, considerando o pedido e as peculiaridades do caso levado à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A segunda diferença, é que a decisão em controle concentrado possui eficácia vinculante e geral, ou seja, deve ser observada pela administração direta e indireta e pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Já a decisão proferida em controle difuso tem efeitos *inter partes* e em tese, somente passaria a estender os seus efeitos a terceiros por meio de edição de uma Resolução do Senado, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição.

Contudo, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 critica essa diferenciação clássica feita pela doutrina tradicional entre esses dois tipos de controle de constitucionalidade. Isso, com o escopo de demonstrar que, hodiernamente, não se pode ignorar a equivalência das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de normas em ambos os sistemas de controle de constitucionalidade.

De modo a defender essa tese, o Parecer se alicerça na teoria da *abstrativização* do controle de constitucionalidade difuso com base na doutrina de Gilmar Ferreira Mendes já destacada no capítulo anterior desse trabalho.

Destaque-se que com o advento do novo Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a), esse fenômeno da *abstrativização* do controle difuso ficou ainda mais explícito. Isso, na medida em que a força dos precedentes passa a ter necessidade de observância obrigatória pelos Tribunais e juízes, de modo a buscar uma prestação jurisdicional mais célere e equânime.

Nesse contexto, a disposição prevista no artigo 489, parágrafo 1º, inciso VI que assim prescreve:

> Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
> [...]
> § 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:
> [...]
> VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 2015a)

Do mesmo modo, a previsão de dispensa de caução, no caso de cumprimento provisório de sentença na seguinte circunstância, reforça o cenário de aplicação dos precedentes por Tribunais e juízes, fato que atesta a força dos precedentes no novo Diploma Processual brasileiro:

> Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:
>
> [...]
> IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.
> Art. 521. A caução prevista no inciso IV do art. 520 poderá ser dispensada nos casos em que:
> [...]
> IV - a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos. (BRASIL, 2015a)

Esse entendimento é sustentado no Parecer por meio da citação de precedentes do Supremo Tribunal Federal, que convalidam a equivalência em termos de eficácia e extensão dos efeitos da decisão acerca da constitucionalidade de normas nas decisões proferidas pela Suprema Corte, tanto em sede de controle difuso, quanto através do controle concentrado:

> I) Decisão proferida em Agravo Regimental nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4071 que negou seguimento a esse recurso e manteve a decisão de improcedência dessa ação em vista do fato de ter havido prévia decisão nos autos dos Recursos Extraordinários nºs 377.457 e 381.964 sobre a mesma matéria suscitada na referida ação;
>
> II) Aplicação da modulação dos efeitos temporais em decisões proferidas em sede de controle difuso nos autos do Recurso Extraordinário nº 197.917, da Reclamação nº 2.391 e do Habeas Corpus nº 82.959 nos termos do artigo 27 da lei 9.868/99, que só faz sentido se entender-se que essas decisões são extensivas a terceiros distintos das partes litigantes nesses feitos,
>
> III) Criação do instituto da repercussão geral como requisito para conhecimento e julgamento de Recurso Extraordinário que deve discutir matéria de relevância econômica, social, política, dentre outras que interessam à sociedade como um todo;

> IV) Manifestações dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau admitindo a Reclamação distribuída sob o nº 4.335 em face da inobservância pelo Juízo da Vara de Execuções Fiscais de Rio Branco do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade da norma proibitiva do progressão de regime dos apenados condenados por crimes hediondos definido quando do julgamento do Habeas Corpus nº 82.959, haja vista a desnecessidade de edição de Resolução do Senado para a extensão dos efeitos da decisão proferida naquele remédio constitucional a terceiros distintos dos impetrantes. Isso considerando a tese já estudada no capítulo acima acerca da mutação constitucional da competência do Senado prevista no artigo 52, X da Constituição que teria o condão apenas de publicizar as decisões proferidas em sede de controle difuso;
>
> V) Decisões proferidas nos autos da Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 3345 e 3365 no sentido de que os motivos determinantes vinculados às decisões proferidas em Recursos Extraordinários transcendem essa decisão e podem ser aplicados em casos semelhantes. (BRASIL, 2011b)

Todos esses exemplos, segundo o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, demonstram uma verdade irrecusável quanto ao caráter objetivo das decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade, independente de edição de Resolução do Senado, e transcendem o caso analisado pelo Supremo Tribunal Federal nas situações já elencadas.

Consoante o Parecer em questão, esse caráter objetivo das decisões proferidas em Recursos Extraordinários ganha mais relevância, em vista da sistemática de julgamento de um recurso desse tipo, nos termos do artigo 543-B, do Código de Processo Civil e a posterior aplicação do entendimento consignado nesses julgados aos casos semelhantes.

E em vista desses precedentes serem formados com base em Recursos Extraordinários apreciados em requisitos de repercussão geral, tal fato torna-os definitivos e com status de alteração do estado de Direito. Isso, considerando que a possibilidade de revisão da posição tomada nesse recurso é pouco provável, segundo o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. Ou seja, a menos que haja novos dados a serem analisados posteriormente de modo a ser revista essa decisão, a fim de torná-la justa.

Conclui o Parecer que, em vista da sistemática das decisões proferidas em Recursos Extraordinários com repercussão geral, a primeira diferença entre as decisões proferidas em sede de controle difuso e de controle concentrado, qual seja a natureza subjetiva da primeira, se dissipa, haja vista o caráter objetivo e definitivo dessas decisões.

Quanto à segunda diferença relacionada à extensão dos efeitos das decisões em controle difuso para todos, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 entende que, uma decisão proferida em Recurso Extraordinário com repercussão geral já tem o condão de demonstrar os efeitos *erga omnes* dessa decisão. Isso, na medida em que, assim como essas decisões proferidas em sede de controle concentrado, as decisões acima mencionadas são oriundas do

Plenário e têm caráter objetivo.

De modo a reforçar a sua tese, o Parecer assevera que o fato de a decisão proferida em sede de controle difuso ter um caráter incidental, não pode ser justificativa para afastar os efeitos *erga omnes* em relação à decisão, assim como ocorre com a decisão proferida por meio do controle concentrado de constitucionalidade. E baliza essa fundamentação na tese de Gilmar Ferreira Mendes sobre a mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição, em precedente exarado pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Albino Zavascki, nos autos do Recurso Especial nº 828.106/SP (BRASIL, 2006b), além de doutrina de Cunha Júnior (2010) no mesmo sentido.

Fato curioso e que deve ser sobrelevado é que o próprio Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 atesta que a doutrina e a jurisprudência dominantes corroboram a tese de distinção dos efeitos das decisões proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso daquelas decisões proferidas em sede de controle concentrado. Isso, mesmo considerando aquelas decisões proferidas em Recursos Extraordinários com base em repercussão geral.

Entretanto, a despeito do posicionamento majoritário e doutrinário contrário à tese de *dessubjetivização* do controle difuso, o Parecer argumenta que o caráter objetivo e definitivo dessas decisões proferidas em sede de repercussão geral e sua aplicação a casos idênticos é suficiente para atribuir a esse tipo de decisão, o *status* de alteração do estado do Direito.

Isso porque, apesar da ausência de previsão na Constituição e no Código de Processo Civil do caráter *erga omnes* desse tipo de decisão, há nela um caráter definitivo sobre o tema, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

E finaliza o Parecer que, por esse tipo de decisão ostentar também um cunho objetivo, deve ser considerada um elemento novo, acerca da constitucionalidade de uma lei, independentemente de ter ou não efeitos *erga omnes*, a se ver do seguinte trecho desse documento:

> E conforme se explicitou mais ao início desse tópico do presente Parecer, é exatamente isso, ou seja, a especial qualidade de representarem o juízo objetivo, definitivo e final da Suprema Corte acerca de uma dada questão inconstitucional – e não a sua eventual eficácia vinculante *erga omnes*, que configura o fato responsável por conferir às decisões proferidas pelo Pleno do STF (seja em controle concentrado, seja em controle difuso de constitucionalidade, seguidas ou não de Resolução Senatorial, neste último caso, desde que nos moldes do art. 543-B do CPC) força para alterar/impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um relevante elemento novo, a saber, o juízo de certeza final acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade de uma determinada lei, ou acerca da

correta interpretação do texto constitucional. (BRASIL, 2011b)

Contudo, em relação às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade, anteriores a 3 de maio de 2007, o Parecer advoga a tese de seu caráter objetivo e definitivo, desde que as decisões tenham sido proferidas pelo Plenário daquela Corte e que esse entendimento tenha sido replicado em julgados posteriores, independente de resolução do Senado.

Nessa situação, é possível entender esse tipo de decisão como alteração do estado de Direito. Isso, considerando que as decisões proferidas no Recurso Extraordinário com repercussão geral têm uma presunção de definitividade, enquanto aquelas anteriores à utilização desse instituto não.

Após a demonstração dos fundamentos que balizam o entendimento a respeito do caráter modificativo das decisões mencionadas no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 no sistema jurídico, a segunda parte desse Parecer se dedica a demonstrar que as decisões nos moldes mencionados na primeira parte fazem cessar *pro futuro* a eficácia vinculante da coisa julgada, por se tratarem de alteração do estado de Direito.

Para tanto, a premissa utilizada nessa parte do Parecer é de que uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade de uma norma, em sentido oposto aquele dado pela decisão passada em julgado, faz surgir uma relação nova, apta a fazer cessar os efeitos dessa segunda decisão já não mais passível de revisão por força da coisa julgada.

Conforme salientado acima, nos termos do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, em face da limitação objetiva da coisa julgada ao pedido, a sua eficácia não surte mais efeitos. Isso, considerando que, apesar de o suporte fático permanecer o mesmo (fatos geradores), há uma diferenciação em relação ao suporte jurídico apreciado pela coisa julgada e aquele objeto de análise na decisão posterior e contrária, proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa distinção ocorre em razão da declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da mesma norma outrora apreciada pela decisão transitada em julgado, mas com posicionamento contrário àquele externado nessa decisão irrecorrível. Ou seja, para o Parecer, eventual alteração da jurisprudência sobre a constitucionalidade de uma relação jurídica de trato sucessivo, como se dá com os tributos cujo fato gerador enseja a sua cobrança de forma contínua e sucessiva, configura meio hábil para criar uma nova relação jurídica.

Em vista da cessação da eficácia da coisa julgada por força do surgimento de uma nova relação jurídico-tributária decorrente da alteração de estado de Direito (posicionamento

posterior, definitivo e objetivo exarada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da (in)constitucionalidade de uma norma contrário àquele consignado na decisão passada em julgado proferida no controle difuso), o Parecer traz duas determinações que devem ser observadas pela Administração Fazendária (Receita Federal do Brasil e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional):

> 1) Em caso de prolação de decisão por meio de um dos cenários já destacado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de declarar a constitucionalidade de um tributo em, sentido oposto àquele decidido em decisão passada em julgado favorável ao contribuinte, a Administração Fazendária deve retomar a cobrança desse tributo sem a necessidade de ajuizamento de ação revisional, consoante previsto no artigo 471, inciso I do Código de Processo Civil;
>
> 2) Em contrapartida, na situação oposta em que o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de uma norma instituidora de um tributo e o contribuinte possui decisão transitada em julgado desfavorável atestando a constitucionalidade de um tributo, a partir do precedente da Corte Suprema cessa de imediato o dever desse contribuinte no tocante ao recolhimento desse tributo. (BRASIL, 2011b)

A terceira parte do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 se dedica a discutir a necessidade de pronunciamento judicial em ação revisional para fazer cessar a eficácia da coisa julgada nas conjunturas acima discriminadas.

De acordo com o Parecer, a nova relação jurídica de direito material surgida em razão do precedente proferido pelo Supremo Tribunal Federal não foi apreciada pela decisão passada em julgado. E, portanto, essa nova relação jurídica não se encontra arregimentada pelos limites objetivos da coisa julgada, como demonstra a linha argumentativa exteriorizada na segunda parte desse documento. Por essa razão, o Parecer PGFN nº 492/2011 sustenta a desnecessidade de pronunciamento judicial para cessar os efeitos dessa coisa julgada.

Com base nas premissas já delineadas, conclui o parecer que, por se tratar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal de uma alteração de estado de Direito que enseja nova relação jurídico-tributária, a cessação da eficácia da coisa julgada é decorrência lógica e natural. Isso, como já destacado, em vista da inexistência de vínculo entre essa nova relação jurídica e aquela antiga vinculada aos limites objetivos da coisa julgada.

Diante desse quadro, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 estipula marcos temporais para a retomada da exigência de tributos ou a sua cessação, dependendo do teor da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em uma das situações mencionadas alhures.

Em situações posteriores à publicação do Parecer, o marco temporal inicial que enseja uma das providências destacadas acima é a data de trânsito em julgado da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal alteradora do estado de Direito na relação tributária

de trato sucessivo.

Em situações pretéritas ao Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, em que a Administração Fazendária quedou-se inerte na cobrança de tributos, mesmo após o advento de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal que permitiu a retomada da cobrança do tributo, essa exigência somente ocorreu após o advento desse Parecer.

Essa restrição calha em observância aos princípios da segurança jurídica, não surpresa e proteção da confiança. Em nível legal, a restrição em comento está fulcrada no comando disposto no artigo 146 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966a), que veda que a alteração do critério jurídico que possa justificar a cobrança de tributos relativos a fatos geradores anteriores a essa mudança de parâmetro.

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 defende ainda a tese de que a cessação da eficácia da coisa julgada não tem a ver com a relativização da coisa julgada.

Segundo a fundamentação do Parecer, a relativização da coisa julgada sucede quando se tentam rever os efeitos pretéritos da coisa julgada. Assim, no caso de uma relação jurídico-tributária, isso ocorreria se o Fisco almejasse cobrar do contribuinte os valores anteriores à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, que implicou na alteração do estado de Direito e na criação de nova relação jurídica de direito material.

De modo a reforçar a sua tese de desvinculação do objeto do Parecer da teoria da relativização da coisa julgada, é sustentado que as hipóteses da coisa julgada se dão por meio de ação rescisória, impugnação ou embargos à execução de sentença prevista respectivamente nos artigos 475-L e 741, do Código de Processo Civil.

O último tópico do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 perfilha que a retomada da cobrança de tributos prestigia indiretamente o princípio da livre concorrência, na medida em que preserva a isonomia entre os concorrentes. Isso porque, impede que uma decisão que desobriga determinado contribuinte a recolher um tributo, quebrando o princípio da neutralidade, prevaleça eternamente, ainda que o Supremo Tribunal Federal, posteriormente, nas condições acima mencionadas, entenda ser constitucional a cobrança daquele tributo. Cita nesse sentido a doutrina de Scaff e Zavascki. De fato, Zavascki (2008) relatou precedentes que entendem a violação à isonomia quando determinado contribuinte arca ou não com um tributo, enquanto os demais não, por força de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O Parecer, por fim, ainda indica quais parâmetros devem ser observados pela Administração Fazendária (Procuradoria da Fazenda Nacional e Secretaria da Receita Federal) quando se deparar com a situação de possibilidade de retomada da cobrança de

tributo, por força da ocorrência de um dos cenários desenhados nesse documento.

Segundo orientação externada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, se não houver escoado o prazo para o ajuizamento da ação rescisória desconstitutiva da coisa julgada, deve o Procurador da Fazenda Nacional ajuizá-la, objetivando cobrar os valores não recolhidos a título do tributo declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Além disso, deve esse Procurador da Fazenda Nacional remeter os autos do processo em que foi proferida a decisão transitada em julgado, para a Receita Federal do Brasil cobrar os tributos em relação a fatos geradores posteriores à decisão declaratória de constitucionalidade desse tributo exarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em caso de escoamento do prazo para o ajuizamento da ação rescisória, somente a segunda parte da providência acima destacada deve ser cumprida pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Essa retomada da cobrança do tributo pode ser efetuada diretamente pelo corpo de Auditores da Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Depreende-se que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 utiliza-se de vários argumentos vinculados ao Direito Constitucional, Processual Civil e Tributário, para fundamentar as suas premissas e justificar as suas conclusões.

Em vista da consequência maior decorrente da implementação das determinações desse Parecer, vozes de relevância na doutrinária pátria se dispuseram a discutir a constitucionalidade e legalidade das proposições desse Parecer, bem como de suas conclusões.

Também já há decisões de Tribunais a respeito da aplicabilidade desse Parecer em situações concretas, notadamente do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 841.818/DF (BRASIL, 2012b), que iniciou em 14/12/2011 e ainda está em julgamento e será detalhado em tópico específico adiante.

Conforme se verá nos tópicos a seguir, em sua grande maioria, a doutrina e a jurisprudência se dispõem de forma a contestar a legalidade e eficácia desse documento.

A nosso ver, o Parecer e todas as matérias nele discutidas merecem ser objeto de uma análise mais aprofundada, de modo a se tentar averiguar a sua correção e validade à luz do ordenamento jurídico Pátrio.

É o que se pretende nos próximos tópicos.

## 4.3 Análise crítica dos fundamentos do parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 acerca do enquadramento de decisões proferidas em ambos os controles de constitucionalidade como alteração de estado de Direito

### *4.3.1 Enquadramento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito*

Como enfatizado acima, o Parecer PGFN/CRJ n° 492/2011, de modo a justificar a retomada da cobrança de tributos de contribuintes com coisa julgada desonerativa, enquadra a mudança de jurisprudência acerca de temas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal como meio de alteração do estado de Direito, prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Tal regra foi mantida da mesma forma no artigo 505, inciso I do Código de Processo Civil que passará a viger em março de 2016 - Lei nº 13.105/15 (BRASIL, 2015a).

A nosso ver, conforme já explicitado no capítulo 2 desse estudo, esse enquadramento se mostra correto, e para tanto, nos valemos novamente das lições de Zavascki (2014) para reiterar esse ponto de vista:

> [...] em matéria constitucional, nosso sistema contempla formas especiais de "modificação de estado de direito": (a) a Resolução do Senado Federal que suspende a execução de preceito normativo declarado inconstitucional pelo STF, em controle difuso de constitucionalidade; (b) a sentença definitiva, proferida pelo STF, em ações de controle concentrado de inconstitucionalidade, inclusive ADPF, declarando a legitimidade ou a ilegitimidade de certo preceito normativo em face da Constituição, ou sua compatibilidade ou não com normas constitucionais supervenientes; (c) a aprovação pelo STF, de súmula vinculante; e (d) as decisões do STF tomadas em seus julgamentos pelo regime de repercussão geral; (ZAVASCKI, 2014, p. 122)

Theodoro Júnior (2012), em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, também reconhece a jurisprudência como fonte de Direito, assim como a lei e, portanto, como meio hábil a repercutir nas relações jurídicas:

> É claro que não se reconhece aos Tribunais o poder de ignorar a lei editada regularmente pelo Poder Legislativo. Mas em coma dos enunciados legislativos, ou na falta deles, a jurisprudência faz surgir normas que complementam a obra legislativa e se inserem na ordem jurídica como verdadeiras "fontes de direito". Estabelecem-se duas realidades normativas: a do direito estático, cristalizado na lei, e a do direito dinâmico, gerado pela jurisprudência, configurando o também chamado "direito vivo", sempre em evolução, sob o impacto otimizante apoiado nas regras e nos princípios constitucionais. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 3)

Destarte, entendemos que, sendo a jurisprudência fonte de Direito, como destacado por Theodoro Júnior (2012) e conforme as lições de Zavascki (2014), não há empecilho para

o seu enquadramento como meio de alteração de estado de Direito, consoante também destacado no capítulo 2 dessa dissertação.

Defendemos que, a controvérsia a respeito da utilização da jurisprudência como alteração de Estado de Direito está vinculada à forma como tem sido relacionada essa fonte com a eventual revisão da coisa julgada.

Isso porque, a opinião dissonante de pessoas importantes sobre o entendimento de que a modificação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pode ser enquadrada como alteração de estado de Direito, parte da premissa de que a coisa julgada não pode ser rescindida em face dessa modificação jurisprudencial. Nesse sentido, são os entendimentos destacados no capítulo 2, de Valverde (2004), Greco (2012), dentre outros autores. Contudo, a questão deve ser apreciada de forma distinta.

Com efeito, a questão tem sido analisada considerando uma relação estática, sem continuidade, na qual fazer cessar a eficácia dos efeitos da coisa julgada significa rescindir a coisa julgada. Ou seja, o axioma adotado é que uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal posteriormente à coisa julgada não tem o condão de rescindi-la, sendo tal hipótese viável somente por meio do ajuizamento de ação rescisória. Nesse sentido, é o enfoque dado por Moreira (2014), Souza (2012), Corazza, Cezaroti, Silveira e Chiavassa (2012), Greco (2012), Frizzo e Emerich (2014) em artigos escritos sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Nosso entendimento é de que em uma relação jurídica instantânea, sem continuidade ou relacionada a um fato, valor ou situação já delineados no passado, não se mostra possível a rescisão da coisa julgada com base em eventual guinada jurisprudencial.

Nesse diapasão, são acertados os comentários de Theodoro Júnior (2012) em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011:

> Mas se a "norma" aperfeiçoada pela jurisprudência passa a figurar no plano das fontes de Direito, torna-se indispensável submetê-la ao mesmo regime de eficácia temporal a que as leis se sujeitam, por força das garantias constitucionais.
> [...]
> De fato, não seria lógico nem justo que o estatuído em sede jurisprudencial pudesse ter uma eficácia retroativa que a lei – fonte primária e máxima do Direito – não tem. Os princípios da segurança e da confiança se impõem, no sentido de que preservar a eficácia dos atos jurídicos realizados dentro do padrão de legitimidade preconizado pela jurisprudência do tempo de sua prática. Mesmo, entretanto, quando se admite a possibilidade de a jurisprudência adquirir força vinculante erga omnes, isto não pode aceitar em caráter absoluto, e evidentemente terá de encontrar limite na intangibilidade das sentenças transitadas em julgado." (THEODORO JÚNIOR, 2012, p. 3-4)

Desse modo, estão corretíssimas as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal

Federal nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS (BRASIL, 2012c) e pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f), invocadas pela doutrina contrária à linha argumentativa do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 (SOUZA, 2012; CORAZZA, CEZAROTI, SILVEIRA E CHIAVASSA, 2012; FRIZZO E EMERICH, 2014).

Isso porque, ambas as decisões analisam a possibilidade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado posterior e em sentido contrário à coisa julgada, rescindi-la em face da alteração da orientação jurisprudencial sobre a *quaestio juris* tratada na decisão irrecorrível.

Com efeito, no acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS (BRASIL, 2012c), a discussão era sobre a necessidade de imputação de juros para a atualização de precatório complementar, conforme determinado em decisão passada em julgado. Isso, tendo a parte recorrente questionado tal determinação em sede de execução de sentença, haja vista inclusive o objeto de o recurso versar sobre a forma de atualização de precatório complementar, conforme já destacado.

Diante desse cenário, o relator, Ministro Celso de Mello entendeu de forma acertada, que não se mostra razoável a revisão da coisa julgada em sede de execução de sentença, quando já ultrapassado o prazo para a ação rescisória. Nesse sentido, concluiu que:

> A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia "ex tunc" - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, "in abstracto", da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. (BRASIL, 2008d)

Ou seja, de acordo com o entendimento externado pelo Ministro Celso de Mello no precedente acima transcrito, a coisa julgada não está susceptível de desconstituição em vista de alteração de entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de declarar inconstitucional a norma que lastreou a compreensão consignada na decisão passada em julgado. Em outros termos, o Ministro Celso de Mello explicitou seu ponto de vista acerca da inconstitucionalidade do artigo 741, parágrafo único e artigo 475-L, do Código de Processo Civil.

Assim, a ementa do julgado em comento comprova que a discussão em foco naquele julgado tinha como contexto a possibilidade de revisão de uma coisa julgada, cuja relação

jurídica teve efeitos no passado e se findou. Tanto é assim, que, repise-se, estava em debate a rediscussão do título executivo judicial. Nesse tipo de situação, em que a coisa julgada versa sobre uma relação jurídica já finalizada e que não se repete ao longo do tempo, independentemente da coisa julgada, não há dúvidas de que não se afigura viável a rescisão da coisa julgada em vista da alteração de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. Isso, ainda que a modificação do entendimento da Suprema Corte tenha ocorrido em controle concentrado, cuja decisão tem efeitos *ex tunc*.

Por isso, defendeu-se no capítulo 2 desse trabalho, a inconstitucionalidade dos artigos 741, parágrafo único e 475-L, do Código de Processo Civil, como o fez Greco (2012) em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

De fato, na medida em que obstar a execução de sentença passada em julgado em face de decisão posterior à coisa julgada proferida em sentido contrário pelo Supremo Tribunal Federal, significa tornar esse instituto condicionado a um fato incerto, futuro e pendente do humor e composição da mais alta Corte brasileira, como já explicado ao tratar sobre esse tema anteriormente.

Entretanto, como também foi esclarecido no capítulo 2, essa situação não se assemelha àquela de trato sucessivo em que, mesmo após a decisão passada em julgado, há a repetição contínua dos fatos jurídicos, objeto de apreciação daquela decisão.

Assim, a nosso ver, é desarrazoado a doutrina invocar o precedente acima analisado e outros no mesmo sentido, para refutar a tese de que alteração de entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal não tem o condão de rescindir a coisa julgada.

Essa constatação é óbvia, tendo o Supremo Tribunal Federal reafirmado esse entendimento recentemente nos autos do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral nº 730.462/SP (BRASIL, 2015e).

Isso, em face da distinção entre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado em relação à lei assim proclamada e a decisão alicerçada nesse ato normativo, consoante a doutrina de Zavascki (2014) e demonstrado nos capítulos anteriores.

Todavia, os precedentes proferidos pelo Supremo Tribunal Federal não podem servir de parâmetro para analisar a situação delineada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, justamente em razão da inquestionável distinção entre o tipo de relação jurídica instantânea ou já findada, apreciada naqueles julgados e a relação de trato sucessivo, como tem feito boa parte da doutrina, mostrado anteriormente.

É que, como bem destacado por Theodoro Júnior (2012, p.2) em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, em uma relação de trato sucessivo, a eficácia dos efeitos da

coisa julgada deve perdurar até a alteração de estado de fato ou de Direito. E nesse cenário, não há que se falar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça rechaça a tese de rescisão da coisa julgada em vista de precedentes posteriores em sentido contrário.

Isso reitera-se, em face da distinção entre o tipo de relação delineada no aludido Parecer e aquela consignada nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS (BRASIL, 2012c).

Registre-se ainda que, mesmo o precedente relacionado ao Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f) proferido pelo Superior Tribunal de Justiça não pode ser invocado de modo inquestionável para refutar a possibilidade de alteração de estado de Direito, por meio de modificação de jurisprudência.

Apesar de se tratar de um julgado em que se discutia uma relação tributária de trato sucessivo, a exigência da CSLL com base na Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d) e edições posteriores que a revogaram, naquele julgamento não se tratou da cessação da eficácia dos efeitos da coisa julgada para situações prospectivas correlatas à exigência desse tributo.

De fato, o processo que originou o Recurso Especial em comento tratava-se de Embargos à Execução Fiscal por meio do qual o contribuinte tentava reverter a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que o obrigou a recolher a CSLL em relação a fatos geradores do ano base de 1991 com vencimento em abril de 1992.

Tal contexto, a despeito desse contribuinte possuir decisão transitada em julgado que havia declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da CSLL instituída por meio da Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d).

No acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sob a sistemática do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, restou decidido que o fato de o Supremo Tribunal Federal ter considerado constitucional a exação em comento em sede de controle concentrado de constitucionalidade (Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF (BRASIL, 2007d)) não enseja a retroatividade dessa decisão para rescindir a coisa julgada favorável ao contribuinte e permitir a exigência desse tributo em relação a fatos geradores pretéritos a essa decisão proferida pela Suprema Corte.

Nesse sentido, é o entendimento externado pelo relator do acórdão, Ministro Arnaldo Esteves Lima, no seguinte trecho do seu voto:

> É oportuno registrar que o Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar ação direta de

> inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689⁄88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art. 8º, por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9º, em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. A ementa foi assim concebida:
> A propósito, transcrevo a lição de Marinoni, (Coisa Julgada Inconstitucional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 104⁄105):
> **A circunstância de uma questão constitucional chegar ao Supremo Tribunal Federal após o trânsito em julgado de decisões sobre a mesma questão certamente não é motivo para a admissão da retroatividade** do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada. As decisões que transitaram em julgado, tratando da questão constitucional posteriormente interpretada de outra maneira pelo Supremo Tribunal Federal, expressam um juízo legítimo sobre a constitucionalidade.
> Este juízo nada mais é do que resultado do dever-poder judicial de realizar o controle da constitucionalidade. Ademais, o fato de a decisão transitar em julgado, antes de a questão chegar à análise do Supremo Tribunal Federal, é mera consequência do sistema de controle da constitucionalidade brasileiro.
> A admissão da força de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada, ao fundamento da sua natural e insuprimível demora para se manifestar sobre a questão constitucional, significa a negação do sistema de controle difuso da constitucionalidade. **Ao invés da retroatividade das decisões do Supremo Tribunal Federal**, seria efetiva e praticamente mais conveniente – obviamente se isto fosse juridicamente possível e conveniente no sistema brasileiro (o que evidentemente não é) – suprimir a possibilidade de o juiz ordinário realizar o controle da constitucionalidade.
> [...]
> Ocorre que, em favor da parte recorrente, conforme vimos, há sentença transitada em julgado que, ao reconhecer a inconstitucionalidade da Lei 7.689⁄88, declarou haver inexistência de relação jurídico-tributária que lhe obrigasse ao pagamento da CSLL.
> [...]
> Outrossim, o fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade à própria existência do controle difuso de constitucionalidade, fragilizando, sobremodo, a res judicata, com imensurável repercussão negativa no seio social. (BRASIL, 2009e)

Interessante destacar também que no fim do voto, o relator faz menção à distinção existente entre as relações de trato sucessivo e àquelas já encerradas ou estanque, ao relembrar a regra do artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973):

> Ocioso lembrar que o inciso I do art. 471 do CPC constitui exceção à regra básica, inscrita no caput e, assim, só deve ser aplicado, com legitimidade, em circunstância de fato que justifique afastar a eficácia da coisa julgada, esta sim, merecedora, em princípio, do maior prestígio possível, tendo em vista o seu desideratum, que é, em última análise, a pacificação social com base na segurança jurídica que dela resulta.
> Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento. Julgo procedente o pedido formulado nos embargos à execução fiscal para anular a CDA 60696004749-09. Condeno a Fazenda Nacional ao pagamento das custas e despesas processuais antecipadas pela recorrente, assim como ao pagamento da verba honorária, a qual fixo no percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa atualizado.
> É o voto. (BRASIL, 2009e)

Portanto, o próprio voto do acórdão invocado em muitos dos artigos contrários à suposta relativização da coisa julgada inconstitucional, que seria defendida pelo Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 sobreleva a possibilidade de afastamento da coisa julgada nas relações de trato sucessivo, quando presente uma das circunstâncias previstas no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Ressalte-se que esse julgado serviu de base para outra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos dos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 841.818/DF (BRASIL, 2012b), que inclusive menciona o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, que será objeto de análise ainda nesse capítulo.

Tal fato por si só já comprova o equívoco em relação aos cenários desenhados no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. E diante desse contexto, entende-se que a conclusão consignada por Moreira (2014) em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 de que a retomada da cobrança de tributos após a alteração de Estado de Direito nos moldes delineados nesse documento, antes do julgamento de eventual ação rescisória implica crime de prevaricação ou de desobediência está equivocada.

Não estará o Auditor Fiscal ou Procurador da Fazenda Nacional cometendo quaisquer desses ilícitos, caso realize providências para a retomada da exigência de tributos quando ocorrer modificação de jurisprudência sobre a matéria objeto da coisa julgada, desde que observados outros parâmetros, que são imprescindíveis, como se verá adiante.

Isso porque a ação rescisória tem o escopo de apenas possibilitar a cobrança de tributos em relação a fatos geradores, anteriores à modificação jurisprudencial em uma relação de trato sucessivo.

Todavia, não tem qualquer pertinência a retomada da exigência de tributos, quanto a fatos geradores posteriores a essa alteração de estado de Direito.

Saliente-se que essa conjuntura é mencionada apenas a título de esclarecimento, em relação ao papel da ação rescisória previsto no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, não se fazendo juízo de valor sobre a possibilidade de cobrança de tributos quanto a fatos geradores anteriores à modificação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, por não se tratar de tema relevante para esse trabalho.

E ainda justamente por conta do comando previsto no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) ocasionar a cessação dos efeitos da coisa julgada de forma prospectiva, não se pode falar em relativização da coisa julgada, como entendem alguns doutrinadores como Souza (2012), Santiago (2011) e Mollica (2011).

Com efeito, segundo destacado no capítulo 3 dessa dissertação, a teoria da

relativização da coisa julgada objetivou a rescisão da coisa julgada e de seus efeitos pretéritos, independentemente do transcurso do prazo para ajuizamento de ação rescisória. Isso, em vista da violação aos princípios da moralidade, justiça, isonomia, dentre outros, em caso de manutenção de decisão passada em julgado conceituada como injusta, imoral ou repugnante, do ponto de vista social e ético.

O contexto em que foram travadas as contendas sobre a relativização da coisa julgada inconstitucional, dizia respeito à possibilidade de cancelar os efeitos pretéritos decorrentes de uma decisão transitada em julgado em desacordo com princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, que nesse tipo de situação, deveria se sobrepor à coisa julgada e ao princípio da segurança jurídica.

Prova disso é que várias das discussões correlatas à relativização da coisa julgada se referem ao direito à filiação negado em ação anterior ao advento do exame de DNA, pagamento em duplicidade ou injusto de indenização por desapropriação, dentre outros. Tais exemplos comprovam que o escopo da tese de relativização da coisa julgada tem a ver com a desconstituição dos efeitos pretéritos da coisa julgada, não obstante, no caso de filiação, essa desconstituição importar eventualmente em situações jurídicas futuras.

Essa constatação pode ainda ser reforçada, em vista da teoria da relativização da coisa julgada ter sido travada em concomitância com a constitucionalidade dos comandos dispostos nos artigo 741, parágrafo único e 475-L, do Código de Processo Civil.

Aliás, como destacado anteriormente e no capítulo 2, esses dispositivos não têm qualquer impacto nas relações de trato sucessivo, visto que através dos meios de defesa previstos nesses dispositivos, a Fazenda Pública objetiva evitar o pagamento ou cumprimento correlatos às relações jurídicas já ocorridas e resguardadas, por meio de decisão judicial passada em julgado.

Portanto, a nosso ver, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 não advoga a tese da relativização da coisa julgada para justificar a retomada da exigência de tributos, em caso de modificação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, conforme defendido pela sua autora em artigo no qual responde manifestações doutrinárias nesse sentido.

É por tudo acima exposto que não concordamos que exista uma contradição no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, tal como se defende em dissertação de mestrado de Colodetti (2013) sobre esse Parecer. Segundo esse autor, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 incorre na falha acima mencionada, ao afirmar que a relativização da coisa julgada é só para passado e asseverar que a coisa julgada perdura para frente, na medida em que não se altera a situação fática ou jurídica (COLODETTI, 2013, p. 137).

Foi novamente comprovado que a modificação de entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre matéria objeto de apreciação em coisa julgada pode ser classificada com alteração de Estado de Direito.

Por outro lado, restou demonstrado que a invocação de precedentes proferidos pelos Tribunais Superiores, com vistas a resguardar os efeitos pretéritos da coisa julgada em caso de alteração do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria objeto daquela decisão irrecorrível para afastar a cessação dos efeitos futuros em uma relação de trato sucessivo, não se afigura adequada.

E ainda que justamente se tratar de cessação dos efeitos da coisa julgada para fatos futuros, está equivocado o entendimento sobre a correlação da tese da relativização da coisa julgada à retomada da cobrança de tributo nos moldes do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Todavia, cabe ainda checar um ponto fulcral quanto ao enquadramento de decisão declaratória de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal com alteração de estado de Direito.

Isso, considerando que processualistas do escol de Theodoro Júnior (2012, p.15) e Greco (2012) entendem que a declaração da constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal não implica em alteração de estado de Direito, posto que não cria direito novo. A fundamentação para essa assertiva é no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não tem o papel de legislador positivo e de que, somente a lei pode criar obrigação tributária passível de exigência dos contribuintes, como se verifica pelas lições do doutrinador fluminense em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011:

> Com as vênias devidas aos que pensam de modo diverso, entendo que foge à competência do Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, pelo papel institucional que deve desempenhar, o poder de criar obrigação tributária.
> Com efeito, o direito tributário se fundamenta no mais rigoroso princípio da legalidade estrita. A Constituição da República, em seu artigo 150, inciso I, é expressa em rela sentido. Ainda na Constituição, a legalidade é reforçada pela exigência de lei complementar (artigo 146, inciso III, aliena "a") para a definição dos principais elementos de imposição fiscal, papel que desempenham, também em estrita obediência à legalidade, os artigos 96 e 97 do Código Tributário Nacional, que estabelecem, com toda precisão, que "somente a lei" pode estabelecer a instituição, a majoração ou a redução de tributo, a definição de seu fato gerador ou a fixação de alíquota e da sua base de cálculo.
> Assim, a declaração constitucionalidade de lei em controle concentrado, de acordo com o § 2º do artigo 102 da Constituição, tem efeito vinculante em todas as decisões futuras do Poder Judiciário, mas não tem o condão de criar direito novo, porque quem tem o poder de criar obrigação tributária é somente a lei, não se incluindo entre fontes de direito tributário o julgado adotado pelo Supremo.
> Aliás, não pode haver maior prova do intuito do constituinte em não equiparar à lei a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado do que a expressão categórica do referido § 2º do artigo 102 da Carta Magna no sentido de que essa

> declaração vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, não vinculando, portanto, o próprio Supremo, que posteriormente, em nova decisão, como já exemplificado acima, poderá se retratar desse seu entendimento e tomar postura em sentido diametralmente oposto, vindo declarar inconstitucional a lei.
> Deve-se recordar, por fim, que um outro indício dessa impossível equiparação da declaração de constitucionalidade pelo Supremo à lei resulta da própria Lei 9.868/99, que prevê a modulação temporal apenas para as decisões de inconstitucionalidade e não para as de constitucionalidade, justamente porque, nas primeiras, a Corte Constitucional funciona como legislador negativa e pode se tornar necessário estabelecer o momento em que a lei será retirada do ordenamento jurídico.
> Contudo, e nisto, reside um dos maiores equívocos do referido Parecer, a modulação é desnecessária na declaração de constitucionalidade exatamente porque o Supremo não cria nenhum direito novo. (GRECO, 2012, p. 456-457)

A despeito da inquestionável sapiência dos eminentes doutrinadores acima destacados, entende-se que as premissas nas quais estão balizadas as conclusões acerca do caráter não inovador das decisões confirmativas da constitucionalidade de leis exarada pelo Supremo Tribunal Federal estão equivocadas.

A nosso ver, uma vez tendo sido declarada a inexistência de uma relação jurídico-tributária em face da inconstitucionalidade de uma lei atestada de forma incidental em uma ação via controle difuso de constitucionalidade, justamente em vista dos efeitos dessa decisão serem *inter partes*, tal lei não foi extirpada do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, posterior declaração do Supremo Tribunal Federal ratificando a constitucionalidade dessa mesma lei não tem o condão de imputar ao Supremo Tribunal Federal o papel de legislador positivo, como entendem esses doutrinadores, de fato.

Por outro lado, consoante destacado no capítulo 3 desse trabalho, malgradas as tentativas de *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade, é fato incontroverso que uma decisão declaratória de inconstitucionalidade em controle incidental, ainda que proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não tem o condão de retirar a norma assim declarada do ordenamento jurídico.

Tanto é assim que cabe ao Senado Federal de forma discricionária, nos termos do artigo 52, inciso X da Constituição, suspender a execução dessa norma com efeitos *ex tunc*, retirando-a dessa forma do ordenamento jurídico pátrio.

Por essa razão, na situação delineada no Parecer PGFN/CRJ n° 492/2011, em que se objetiva a retomada da cobrança de um tributo declarado inconstitucional por decisão passada em julgado no controle difuso de constitucionalidade, a posterior declaração de constitucionalidade dessa mesma lei pelo Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade não a faz ressurgir no ordenamento jurídico.

Isso porque essa lei afastada em face de sua inconstitucionalidade atestada em uma

decisão em determinado processo jamais perdeu a sua validade e eficácia, posto que, repise-se, não foi extirpada do ordenamento jurídico. Portanto, o Supremo Tribunal Federal quando declara constitucional uma norma tributária não está criando direito novo, mas simplesmente reforçando a validade, vigência e eficácia dessa norma à luz da Constituição.

Dessa forma, a despeito da ausência de criação de um direito novo, a retomada da cobrança de um tributo de determinado contribuinte que possui coisa julgada desonerativa não prescinde de uma nova lei distinta daquela declarada inconstitucional por essa decisão passada em julgada, como entendem Greco (2012) e Theodoro Júnior (2012), com a devida vênia.

É que essa mesma lei continuou vigente para todos os demais contribuintes que não tinham decisão idêntica àquela do contribuinte. E assim, é com base nessa lei que haverá a retomada da cobrança do tributo.

Poder-se-ia advogar a tese, como fizeram Santiago (2011) e Valverde (2004), de que a declaração de constitucionalidade de uma lei não pode se enquadrar como alteração de estado de Direito, na medida em que simplesmente atesta a constitucionalidade de uma lei, conforme presunção *juris tantum*.

Mas essa constatação, não obstante estar correta em relação à confirmação de uma presunção que toda norma possui, olvida-se do caráter duplo das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, conforme visto no capítulo anterior, a doutrina majoritária representada por Barroso (2012) e Zavascki (2014) atesta a duplicidade das decisões exaradas em ADI ou ADC. Dessa forma, na medida em que o primeiro tipo de ação é julgado improcedente, o seu efeito é reiterar a constitucionalidade da norma apreciada pela Suprema Corte.

Da mesma forma, a improcedência de uma Ação Declaratória de Constitucionalidade tem por consequência a inconstitucionalidade da norma *sub judice*, com todos os seus efeitos. Essa constatação, por si só, demonstra que a declaração de constitucionalidade de uma norma pelo Supremo Tribunal Federal tem o condão de dissipar dúvidas que possam existir sobre a constitucionalidade de uma norma.

Aliás, essa controvérsia acerca da constitucionalidade de uma norma é requisito para o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, como ensina Barroso (2012):

> Pressuposto do cabimento da ação é que exista controvérsia relevante acerca da constitucionalidade de determinada norma infraconstitucional federal. Essa divergência deverá ser judicial, e não apenas doutrinária. O requisito da divergência judicial relevante já havia sido estabelecido em precedente jurisprudencial e foi ratificado com a superveniência da Lei n 9.868/99. Com ele se afasta a objeção de

> que o Tribunal estaria desempenhando uma função consultiva ou homologadora da legislação, em violação da separação de Poderes. De fato, dentro das características peculiares à jurisdição abstrata e ao processo objetivo, a decisão terá por finalidade harmonizar a aplicação do direito nos casos concretos. A exigência do disenso se justifica, ainda, em razão da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos emanados do Poder Público. Tal presunção tem a função instrumental de garantir a imperatividade e autoexecutoriedade desses atos. Logo, somente diante da fundada ameaça à segurança jurídica e à isonomia, decorrente de decisões contraditórias, é que haverá interesse em agir e estará legitimidade a intervenção do Supremo Tribunal Federal. (BARROSO, 2012, p. 264)

Portanto, o fato do Supremo Tribunal Federal atestar a validade de uma norma à luz da Constituição que assim é, presumidamente, não pode ser invocado como fundamento para afastar a pecha de alteração de estado de Direito de uma decisão nesse sentido. Como visto acima, a razão de ser da Ação Declaratória de Constitucionalidade, ação de caráter objetivo, é justamente reafirmar a constitucionalidade dessa norma em vista de concretos questionamentos pelo próprio Poder Judiciário sobre seu caráter.

E o fato da decisão declaratória de constitucionalidade vincular os demais órgãos do Poder Judiciário corrobora o seu caráter expansivo e, portanto, inovador no sistema jurídico, razão pela qual esse tipo de decisão pode ser enquadrado como alteração de estado de Direito.

Por outro lado, o argumento de que o próprio Supremo Tribunal Federal não se vincula à decisão desse caráter não tem o condão de afastar a sua relevância no sistema jurídico.

Acertadamente, Greco (2012) observa que esse tipo de decisão não pode ser equiparada à lei. Isso, contudo, não traz qualquer prejuízo ao aspecto inovador e revigorante dessa decisão para o sistema jurídico.

Com efeito, a evidência à manutenção de uma lei declarada constitucional por meio de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser equiparada a uma lei. Como visto, o Supremo Tribunal Federal não cria direito nessa circunstância, apenas o reafirma. Por isso, não há que se falar em modulação dos efeitos desse tipo de decisão.

Entretanto, não se mostra necessária a sua vinculação a essa decisão. Nada impede que, posteriormente, por outros argumentos distintos daqueles, objeto de apreciação em decisão anterior atestatória da constitucionalidade de uma norma, o Supremo Tribunal Federal declare essa norma inconstitucional.

Essa é a razão de não haver vinculação dessa Corte à decisão pela constitucionalidade da norma. Esse motivo, repise-se, em nada afeta o caráter expansivo e inovador desse tipo de decisão.

Averiguadas as celeumas que foram suscitadas pela doutrina sobre o enquadramento

da modificação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito, vale analisar quais tipos de precedentes podem ser considerados como alteração de Estado de Direito hábeis para permitir essa retomada da cobrança de tributos.

### *4.3.2 Delimitação do tipo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito*

#### *4.3.2.1 Premissas do parecer PGFN nº 492/2011*

Consoante destacado em tópico precedente, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 defende a possibilidade de cessação de efeitos da coisa julgada, quando há modificação de entendimento jurisprudencial em razão de decisões proferidas tanto em sede de controle concentrado de constitucionalidade, quanto em sede de controle difuso. Nessa segunda circunstância, ainda que não seja ulteriormente editada uma Resolução do Senado, ou ainda, que não seja julgada sob o regime de Repercussão Geral, desde que proferida pelo Plenário e reiterada.

Quanto à possibilidade de decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade ser classificada como alteração de estado de Direito, acredita-se que não há maiores questionamentos, em vista da finalidade precípua desse tipo de controle de constitucionalidade e dos efeitos, em regra, da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Faz-se novamente a ressalva de que, decisão declaratória de inconstitucionalidade de uma norma em sede de controle concentrado de constitucionalidade não enseja, de forma imediata, a rescisão (efeitos pretéritos) da decisão transitada em julgado que declarou a constitucionalidade de tal norma. Isso, apesar de não haver previsão dessa conjuntura no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

As polêmicas sobre o enquadramento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, a nosso ver, ocorrem em relação àquelas decisões proferidas por esta Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Consoante já destacado nesse capítulo, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 advoga a tese de que toda decisão definitiva e objetiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade deve ser classificada como alteração de estado de Direito.

Para tanto, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 se baseia na teoria da *dessubjetivização* do controle difuso de constitucionalidade alardeada na doutrina pátria por

Gilmar Ferreira Mendes.

Quanto a essa teoria, já foram tecidas críticas contundentes no capítulo 3, haja vista o fato de que o principal argumento que a fundamenta foi devidamente rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação n. 4.335 (BRASIL, 2014e).

Não obstante, doutrinadores de peso como Freddie Didier Júnior, Dirley da Cunha Júnior e Teori Albino Zavascki defenderam o caráter expansivo e *ultra partes* das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade. Tal fato, ainda que devidamente comprovado, não permite em se falar em mutação constitucional da competência do Senado Federal prevista no artigo 52, inciso X da Constituição, como sustenta a teoria capitaneada por Gilmar Ferreira Mendes.

Como visto no capítulo 3, conforme as lições de Streck, Cattoni e Lima (2007), bem como de Hesse (1991) e Anna Cândida da Cunha Ferraz, a mutação constitucional é vedada quando contraria o sentido da norma constitucional.

Apenas por esse dado, pode-se afastar a linha argumentativa, no sentido de que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso de constitucionalidade dispensa a edição de Resolução do Senado Federal para a suspensão da norma apreciada, e, por conseguinte, da extensão dos efeitos desse tipo de decisão.

Mas ainda, de modo a reforçar o raciocínio relativo à equiparação dos dois tipos de controle de constitucionalidade, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 invoca uma série de precedentes que comprovariam a similitude dos efeitos das decisões proferidas em ambos os controles.

Colodetti (2013), em sua dissertação sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, demonstra de forma detalhada que todos os precedentes aventados pela Procuradoria da Fazenda Nacional para alicerçar a sua tese não podem ser considerados no contexto apresentado no aludido Parecer.

Quanto à decisão proferida da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.071 (BRASIL, 2008g), esse autor alerta para o fato de que, o ponto primordial examinado quando do julgamento do Agravo interposto pelo Partido Social da Democracia Brasileira (PSDB) contra a decisão do relator, Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito, versou sobre os limites temporais da intervenção dos *amici curiae.*

Ou seja, a impossibilidade de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade quando já houver decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobre o tema objeto da ação declaratória em sede de controle difuso de constitucionalidade foi matéria aludida, contudo, não debatida entre os Ministros daquela Corte (COLODETTI, 2013, p. 143)

E de fato, pela leitura dos votos dos Ministros, pode-se perceber que a adesão ao voto do relator, nesse caso, se deu em razão do seu posicionamento quanto à adequação da participação de interessados (*amicus curiae*) em ações relativas ao controle de constitucionalidade, considerando-se o momento de tramitação desses feitos.

E enfatiza ainda Colodetti (2013) ainda que, mesmo que se considere o posicionamento do relator acerca da equiparação das decisões proferidas em ambos os controles de constitucionalidade, o Ministro Carlos Alberto de Menezes Direito lembrou que nada impediria o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.071 (BRASIL, 2008g), caso houvesse argumentos distintos daqueles apreciados pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 377.457/PR (BRASIL, 2005f) e 381.964/MG (BRASIL, 2003e).

Esse argumento aventado por Colodetti (2013), a nosso ver, não pode ser usado como meio de distinguir as decisões em ambos os controles, já que em caso de improcedência de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, nada impede que seja proposta uma nova ação com argumentos distintos.

No julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.071 (BRASIL, 2008g), o PSDB buscou a declaração de inconstitucionalidade do artigo 56, da Lei nº 9.430/96 (BRASIL, 1996) que revogou a isenção às sociedades de prestação de serviço concedida por meio da Lei Complementar nº 70/91 (BRASIL, 1991a).

Tendo sido declarado tal dispositivo constitucional quando do julgamento dos Recursos Extraordinários 377.457/PR (BRASIL, 2005f) e 381.964/MG (BRASIL, 2003e), nada obsta o ajuizamento de Ação Direita de Inconstitucionalidade com base em outros argumentos, como, de fato, entendeu o Ministro Carlos Alberto Menezes de Direito.

O equívoco do Parecer, ao invocar o precedente *sub examine*, está no fato de não ter feito de forma aprofundada a análise dessa decisão. Isso porque, como destacado por Colodetti (2013), a discussão teve como foco questão diversa da identidade entre as decisões proferidas em ambos os controles de constitucionalidade.

E justamente em razão da tradição brasileira de julgamentos colegiados ser distinta daqueles Tribunais onde há o sistema *commom law*, criam-se interpretações equivocadas do que de fato é decidido pelas Cortes Superiores e, ainda, conjugação desses precedentes com os julgamentos anteriores dessas Cortes sobre diversos temas, como destacam Coelho, Lacerda e Miranda (2013, p. 181).

Quanto às decisões citadas para demonstrar a aplicação da modulação dos efeitos em sede de controle difuso de constitucionalidade proferidas no Recurso Extraordinário

197.917/SP (BRASIL, 2004g), Reclamação 2.391/PR (BRASIL, 2004b) e Habeas Corpus 82.959/SP (BRASIL, 2006d), também cabe demonstrar o equívoco quanto à utilização desses precedentes para justificar a equalização entre os dois tipos de controle de constitucionalidade.

Em relação ao primeiro precedente, caso do município de Mira Estrela, também invocado por Gilmar Ferreira Mendes em seu artigo sobre a *dessubjetivização* do controle concentrado, já houve a oportunidade de demonstrar no capítulo 3, que o fato de ter sido modulada a decisão de maneira a manter o número de vereadores até a posterior eleição, a nosso ver, não pode servir para lastrear o ponto de vista defendido no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Como já salientado, nada impede que por razões de segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal module os efeitos de uma decisão proferida em sede de controle difuso para resguardar uma ou ambas as partes litigantes no processo correlato à decisão.

Essa conduta *per si* não permite se equiparar ambos os controles, já que, repita-se, não há qualquer óbice no ordenamento jurídico pátrio para a modulação de efeitos *pro futuro* em decisões de mérito e, até mesmo, liminares exaradas em sede de controle difuso de constitucionalidade.

E quanto ao Habeas Corpus 82.959/SP (BRASIL, 2006d), a modulação dos efeitos ocorreu de modo a se evitar que pedidos de indenização dos apenados que cumpriram toda a pena relativa a crimes hediondos em regime fechado, sendo ainda fato de que prevaleceu na ocasião a necessidade de comunicação do Senado para fins de cumprimento do artigo 52, inciso X da Constituição, como lembra Colodetti (2013, p. 147).

Já em relação ao instituto da repercussão geral, eventual decisão proferida nesse regime não tem efeitos vinculantes ou *erga omnes*. Regra essa mantida na Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015a).

Com efeito, conforme destaca Theodoro Júnior (2012, p. 6) em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, decisão proferida sob esse instituto tem efeito imediato sobre os recursos sobrestados em relação ao mesmo tema.

A nosso ver, essa conclusão do ilustre processualista mineiro está correta. Entretanto, a despeito da eficácia expansiva de decisões proferidas sob a sistemática da repercussão geral não ser vinculante ou *erga omnes*, tais pronunciamentos judiciais podem ser delineados como alteração de estado de Direito, como já destacado no capítulo 1 e novamente detalhado adiante. Isso, considerando que esse tipo de decisão tem um impacto de extrema relevância para fins de sedimentação de determinado entendimento da Suprema Corte sobre

determinada matéria.

Mas isso por conta de seus efeitos, que, como salientado por Theodoro Júnior (2012) não são expansivos como aqueles de decisões proferidas em sede de controle concentrado (*erga omnes*) ou com posterior Súmula Vinculante (vinculante).

No tocante à menção ao julgamento da Reclamação 4.335/AC (BRASIL, 2014e), também aduzido no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 Neves (2013, p. 179/180), assim como Colodetti (2013, p. 152) sobrelevam o fato de que à época da publicação desse Parecer, havia dois votos favoráveis à tese da *dessubjetivação* do controle difuso (Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Grau), mas também dois votos contra (Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa).

Neves (2013, p. 179-180) critica ainda e com razão, a nosso ver, o fato do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ter trazido poucos precedentes e votos pinçados para justificar a sua linha argumentativa.

A respeito da Reclamação 4.335/AC (BRASIL, 2014e), no capítulo 3 foi demonstrado que a tese de mutação constitucional do comando disposto no artigo 52, inciso X da Constituição defendida pelos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau, não logrou êxito, tendo sido rechaçada por todos os demais ministros.

Por fim, há menção às manifestações de alguns Ministros nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.345 (BRASIL, 2010d) e 3.365 (BRASIL, 2010e), de modo a respaldar a possibilidade de efeitos vinculantes à declaração de inconstitucionalidade no controle difuso.

Isso, em consequência da possibilidade de observância dos motivos determinantes de uma decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade em casos análogos. Colodetti (2013) esclarece novamente a deturpação de tais manifestações pelo Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Nesse sentido, demonstra que no julgamento daquelas ações, o Supremo Tribunal Federal com base no voto condutor do Ministro Celso de Mello, apenas atestou a constitucionalidade da Resolução nº 21.702/2004 (BRASIL, 2004j) ter sido fidedigna ao posicionamento daquela Corte, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 197.917/SP (BRASIL, 2004g).

Além dessa constatação, faremos outra consideração. Primeiro, cabe destacar que a transcendência dos motivos da decisão proferida no controle concentrado de constitucionalidade não está pacificada no Supremo Tribunal Federal, conforme demonstrado no capítulo 3 dessa dissertação. Essa testificação já põe em xeque a argumentação da

Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em relação a essa transcendência em decisões proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

De fato, se em decisões proferidas em processos de natureza objetiva, já há dúvidas na própria Suprema Corte sobre a viabilidade da transcendência dos motivos dessas decisões, o que se dirá em relação às decisões exaradas sob a égide de controle difuso.

Por outro lado, ainda que as manifestações de alguns Ministros fossem de fato balizando a equiparação das decisões proferidas em sede de controle difuso e concentrado, tal fato não pode, a nosso ver, justificar um Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, que tem como objetivo retomar a cobrança de tributos de contribuintes com coisa julgada favorável.

É que é dever da Administração Fazendária trazer à tona argumentos sólidos para fundamentar as suas diretivas, ainda mais quando estas certamente impactarão na saúde financeira dos contribuintes.

Nesse contexto, é censurável a via argumentativa do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 de balizar a sua tese de *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade em precedentes que não se adéquam a esse propósito. Do mesmo modo, mencionar votos esparsos não traz qualquer reforço à sua argumentação.

Em contrapartida, é louvável a constatação no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 de que a doutrina e a jurisprudência majoritárias não subscrevem a tese da *dessubjetivização* do controle difuso de constitucionalidade.

Evidente que essa constatação enfraquece a proposta do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 e é alvo de crítica da doutrina (NEVES, 2013, p. 180). Mas ao mesmo tempo comprova que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional não ignora por completo o panorama sobre essa questão.

Isso, apesar de ter afirmado categoricamente que os exemplos citados no Parecer e objeto de análise acima atestam a verdade irrecusável, quanto à correção da equiparação das decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade àquelas proferidas no controle concentrado.

#### *4.3.2.1 Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que podem ser consideradas como alteração de estado de Direito*

Consoante restará demonstrado a seguir, nosso entendimento é de que em algumas hipóteses as decisões proferidas em sede de controle difuso devem ser classificadas como

alteração de estado de Direito.

Antes de mais nada, vale repisar que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade importam em alteração de estado de Direito em virtude de seus efeitos *erga omnes* e *ex tunc*, o que denota a sua natureza irradiadora para todo o ordenamento jurídico.

Dito isso, entendemos a alteração de estado de Direito como elemento inovador no sistema jurídico, tendo apenas as decisões proferidas em Recursos Extraordinários com repercussão geral esse aspecto.

Conforme o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, as decisões que podem ser enquadradas como alteração de estado de Direito devem ser dotadas de definitividade e objetividade, a despeito de nossa parcial discordância como se verá a seguir.

As decisões proferidas em Recursos Extraordinários sem a sistemática da repercussão geral não possuem quaisquer dessas características.

Quanto à objetividade, é incontroverso que esse tipo de decisão leve em conta sempre aspectos vinculados à causa de pedir e fatos atrelados aos narrados pelas partes em suas peças processuais, conforme ensinam as lições de Cruz (2014):

> [...] Assim, não somente os tribunais, normalmente distantes, situados nas capitais dos Estados ou da República, que têm atribuição exclusiva para apreciação da declaração de constitucionalidade de leis e debates sobre aplicação de leis e de atos normativos. Além disso, qualquer indivíduo tem legitmidade para argui-la, **desde que o faça no bojo do processo que discuta concretamente ameaça/violação do direito subjetivo**, seja ele individual, heterogêneo ou homogêneo, coletivo ou difuso. (CRUZ, 2014, p. 358, grifo do autor)

A propósito, como a análise de constitucionalidade no controle difuso ocorre de modo incidental, é pressuposta a análise de questão de Direito e fática mencionada pelas partes no processo de forma subjetiva e específica.

Outro fato lembrado por Cruz (2014) demonstra a impossibilidade de se separar dados e elementos do caso, até mesmo no sistema norte-americano, onde os precedentes são a principal fonte de Direito e prevalece a sistemática do *stare decisis*, já mencionada acima.

Consoante destaca esse constitucionalista mineiro, nesse tipo de sistema "os operadores do direito americano estudam os casos, eles leem os votos e aprendem sobre essa lógica argumentativa *case by case* [...] o que permite identificar argumentos e questões que podem ou não vincular um determinado caso, além, é claro, de o precedente por ser superado." (CRUZ, 2014, p. 371). Essa explanação foi usada por esse autor para explicar a técnica da superação de precedentes (*overruling*), que se dá por meio do instituto

*distinguishing*, conforme explicado acima.

Esses dados demonstram que, até mesmo nos países em que a força dos precedentes é motriz para nortear o julgamento de demais casos, não há como descartar elementos subjetivos e analisar uma questão de Direito de maneira objetiva, como que fazer crer o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Nesse sentido, a Lei nº 13.105/2015 (BRASIL, 2015a) ao prever a necessidade de fundamentação das decisões de forma detalhada, inclusive com a identificação das questões fáticas entre o precedente utilizado como fundamento e aquele caso julgado, conforme predicam os artigos 489 e 499 dentre outros, corrobora a insustentabilidade de se dissociar os elementos subjetivos de uma lide da questão jurídica. Cruz (2014) enfatiza que:

> [...] na prática o STF, e também o STJ, examinam o fato de forma direta ao admitirem os recursos extraordinário e especial. Em recente decisão no Recurso Extraordinário n. 306.188/PR, em que o STF afirmou que, ao analisar recurso extraordinário, ele o faz como um todo, revendo a decisão de instâncias inferiores sobre toda e qualquer questão discutida no processo. (CRUZ, 2014, p. 371)

Por outro lado, técnicas de modulação de efeitos de decisões e de ponderação de princípios, como a chamada cláusula da reserva do possível, são consideradas justamente em razão da impossibilidade de segregar o contexto fático, social e econômico de uma ação, ainda que tramitando em controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, na medida em que o Supremo Tribunal Federal determina a modulação dos efeitos de uma decisão proferida em quaisquer dos tipos de controle, a análise que é feita não considera tão somente a norma, mas aspectos práticos relativos às consequências que uma decisão pode trazer a determinado segmento de pessoas, empresas, Administração Pública, entidades ou, até mesmo, à sociedade em geral.

Por isso, não há como entender o critério objetividade da forma como defendida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011. Todavia, ainda que assim fosse possível e que se olvide da necessidade de consideração de aspectos metajurídicos no julgamento das ações de controle concentrado, então, somente decisão proferida nesse tipo de controle pode ser considerada objetiva.

Como visto, no controle difuso, não há como desconsiderar fatos e elementos do caso para o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. E essa premissa é verdadeira, mesmo quando a decisão é proferida em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral.

Tanto é assim que, a aplicação do precedente firmado pela Suprema Corte nessa circunstância pelo Tribunal inferior deve ser feita, considerada a adequação daquele

precedente ao processo sobrestado.

Aliás, o próprio Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 reconhece a necessidade de verificação da identidade entre o acórdão proferido com base no artigo 543-B, do Código de Processo Civil e aquele processo que está sobrestado, ao afirmar que a aplicação do precedente deve ocorrer em casos idênticos àquele precedente (MACEDO, 2011, p. 217).

Portanto, a objetividade não pode ser utilizada da forma como proposta pelo Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 para justificar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade. Na verdade, o que deve se perquirir é se a Suprema Corte almejou em determinado julgamento uniformizar a jurisprudência de modo a nortear a aplicação do seu entendimento em casos semelhantes.

E isso sim, pode ser feito tanto em decisões proferidas sob a égide do artigo 534-B, do Código de Processo Civil, como nos casos em que, após reiterados decisões, há edição de súmula vinculante ou Resolução do Senado. Mas não no caso de decisões proferidas em controle difuso pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal anteriores a 3 de maio de 2007, como advoga o Parecer.

A primeira crítica à ausência de definitividade desse tipo de decisão diz respeito a um parâmetro, no mínimo vago, que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 utiliza para justificar essa definitividade no tipo de decisão acima mencionada.

Esse Parecer afirma que deve haver reiteradas decisões do Plenário do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido, no caso de terem sido proferidas sem repercussão geral. As perguntas que se fazem são: quantas decisões deveriam ter o mesmo sentido? Cinco? Dez? Vinte? Qual o critério para considerar que há reiteradas decisões em determinado sentido?

Outro elemento que passou desapercebido pelo Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 é que nada impede que o Plenário do Supremo Tribunal Federal reveja seu posicionamento já consignado em alguns precedentes desse próprio órgão.

Conforme destaca Streck (2006, p.109), isso aconteceu no caso da Lei nº 8.072/90 (BRASIL, 1990b) quando o Supremo Tribunal Federal por quinze anos, inclusive o seu Plenário, entendeu ser constitucional a vedação da progressão do regime de prisão para crimes hediondos e, posteriormente, no julgamento do Habeas Corpus nº 82.959/SP (BRASIL, 2006d) alterou o seu entendimento sobre a questão.

Ou seja, guinadas jurisprudenciais até mesmo no Plenário da Suprema Corte ocorrem. Isso acontece porque, muitas vezes, a composição dessa Corte se altera e entendimentos sobre determinada matéria com placares apertados podem ser revistos.

Por essa razão, entender que as decisões proferidas por esse órgão ainda que sem

posterior Resolução do Senado ou edição de Súmula Vinculante anteriores ao advento da Repercussão Geral podem ser dotadas de definitividade, ainda que reiteradas, parece desarrazoado. Isso também, a despeito de não saber o que são decisões reiteradas, nos termos aventados no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Do mesmo modo, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ao justificar a alteração do estado de Direito com base nesse tipo de decisão, independentemente de Resolução do Senado, peca por açambarcar uma teoria de mutação constitucional do artigo 52, inciso X da Constituição, rechaçada pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Cabe salientar novamente, o argumento trazido à baila por doutrinadores como Streck. Cattoni e Lima (2007) e Zamarian e Nunes Júnior (2012) acerca da utilidade da súmula vinculante.Tal fato, derruba qualquer argumento acerca da possibilidade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na situação delineada alhures poder ser classificada como alteração de Estado de Direito.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal utiliza a súmula vinculante quando quer sedimentar o seu posicionamento acerca de determinada matéria e vincular a Administração Pública. E isso é feito corriqueiramente, sendo certo que no primeiro semestre de 2015, essa Corte aprovou, nada menos, que dezesseis novas súmulas vinculantes. Esse dado demonstra que não se pode dar a amplitude almejada pelo Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 às decisões anteriores a 3 de maio de 2007, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade.

E justamente por buscar a retomada da cobrança de tributos em situações como a acima detalhada é que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 foi reprovado por boa parte da doutrina.

Dessa forma, a nosso ver, em se tratando de controle difuso de constitucionalidade, apenas as decisões proferidas em Recurso Extraordinário com posterior Resolução do Senado, aquelas proferidas sob a égide do comando disposto no artigo 543-B, do Código de Processo Civil e, por fim, decisões posteriormente convalidadas pelas Súmulas Vinculantes podem ser consideradas alterações de estado de Direito.

Vale a pena defender por meio de alguns argumentos a possibilidade de decisão proferida sob a égide do comando disposto no artigo 543-B, do Código de Processo Civil ser considerada como alteração de estado de Direito.

Não há dúvidas quanto à ausência de efeitos vinculantes e *erga omnes* desse tipo de decisão, porquanto a repercussão geral trata de um requisito para o conhecimento de um Recurso Extraordinário. Da mesma forma, parece inquestionável que, a aplicação do

precedente firmado em julgamento com Repercussão Geral deve ser feita, considerando a situação fática do precedente e do processo sobrestado, conforme inclusive determina a legislação.

Todavia, a nosso ver, não é requisito que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a ser considerada como alteração de estado de Direito seja lastreada, com base em decisões com efeitos *erga omnes* e/ou vinculantes.

As características que devem ser consideradas simultaneamente para o enquadramento de um entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre determinada matéria são duas: a definitividade e a inovação.

Definitividade, como destacado no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, no sentido de o Supremo Tribunal Federal finalizar a discussão sobre determinado tema, dando a sua posição final por meio de seu Plenário, seja em controle difuso ou concentrado.

E conforme ensina Zavascki (2014, p.119-120) em lições já mencionadas no capítulo 2 desse trabalho, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil tem um caráter expansivo e busca explicitar o seu posicionamento recente e definitivo sobre uma matéria qualquer.

Apenas a título de esclarecimento, não se está a chancelar a tese defendida por Zavascki (2014) que esse tipo de decisão dispensa até a Resolução de Senado por seu caráter vinculante. Entende-se que essa decisão não tem esse cunho e nem efeitos *erga omnes*.

O que se está a afirmar é que, na medida em que o Supremo Tribunal Federal em julgamento pelo Plenário de um Recurso Extraordinário com Repercussão Geral analisa a constitucionalidade de uma lei, ciente de que essa decisão será replicada para inúmeros outros casos, essa decisão deve considerar todos os argumentos possíveis.

E nesse contexto, deve ser imputada a esse tipo de decisão a pecha de definitividade, haja vista a remota probabilidade de alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal, diante das consequências desse tipo de decisão, como entende, de forma acertada, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

A inovação ocorre na medida em que o Supremo Tribunal Federal enfatiza o seu posicionamento sobre determinado tema de forma contrária àquela consignada na coisa julgada.

Ou seja, se após anos de discussão e questionamentos sobre a constitucionalidade de uma norma pelos Tribunais, o Supremo Tribunal Federal se posicionar em Recurso Extraordinário com Repercussão Geral em sentido contrário da coisa julgada, a nosso ver, essa decisão deve ser considerada como modificação do estado de Direito.

Vale refutar a tese de que, o caráter inovador de uma decisão declaratória de constitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal importa em modificação positiva do sistema e constitui afronta à separação de Poderes, como entende Santiago (2011, p. 2).

É que, como visto acima, a declaração de constitucionalidade de uma norma, apesar de ser elemento inovador no sistema jurídico, nada tem a ver com a criação de um direito novo equiparado à lei. Repise-se, essa decisão tão somente convalida tal norma à luz da Constituição.

Portanto, não é o fato da decisão ter efeitos *erga omnes* e vinculantes que a torna uma alteração de estado de Direito. Se mesmo fosse necessária a presença de um ou ambos os efeitos em uma decisão para considerá-la como alteração de estado de Direito, então, até mesmo a súmula vinculante assim não poderia ser enquadrada.

Como lembra Santiago (2011, p. 2), esse tipo de ato jurisdicional tem efeitos apenas vinculantes, mas não *erga omnes*, já que conforme previsão no artigo 103-A devem ser observados obrigatoriamente pelos Poderes Executivo e Judiciário. Por isso, entende-se ser indispensável desvencilhar a alteração de estado de Direito dos efeitos *erga omnes* ou vinculantes de uma decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Isto, considerando que os dois aspectos imprescindíveis para a classificação de um entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito: definitividade e inovação.

#### *4.3.2.2 O julgamento dos embargos de declaração em ERESP 841.818 pelo Superior Tribunal de Justiça*

Cabe salientar que o Superior Tribunal de Justiça já se debruçou sobre a alteração de estado de Direito com base em modificação de entendimento jurisprudencial, citando inclusive o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Isso ocorreu no julgamento dos Embargos de Divergência 841.818/DF (BRASIL, 2012b). O processo que ensejou a oposição desse recurso também tinha como contexto, a existência de coisa julgada desonerativa da CSLL, exigida por meio da Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d), assim como ocorreu nos autos do Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f).

Ressalte-se, inclusive, o precedente formado no julgamento desse Recurso Especial 1.118.893/MG.

Na ocasião, por meio de decisão monocrática proferida pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho nos termos do artigo 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, restou entendido que as decisões transitadas em julgado que declararam a inconstitucionalidade da CSLL instituída pela Lei nº 7.689/88 (BRASIL, 1988d) perderam sua eficácia, após o Supremo Tribunal Federal ter declarado constitucional essa exação quando do julgamento do Recurso Extraordinário 138.284/CE (BRASIL, 1992a), cuja ementa e trechos principais estão abaixo transcritos:

> PROCESSUAL CIVIL. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88 (CSSL). RES JUDICATA FORMADA EM CONTROLE DIFUSO. REO 89.01.16151-6-DF. TRF DA 1ª REGIÃO. SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO OPOSTA DO STF. RE 138.284-CE. PRONTA PREVALÊNCIA. EXIGIBILIDADE IMEDIATA DO TRIBUTO. DESNECESSIDADE DE RESCISÃO/ANULAÇÃO DO JULGADO. RESSALVA DOS EFEITOS JURÍDICOS JÁ PRODUZIDOS. SIMILITUDE COM A TEORIA REBUS SIC STANTIBUS. ACEITAÇÃO DA TESE DA FAZENDA PÚBLICA NACIONAL POSTA NO PARECER PFN 492, DE 24.05.2011 (DOU 26.05.2011). PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.
> 1. Não se submete aos ditames da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal (limitação da eficácia da coisa julgada ao exercício em que proferida a decisão) a res judicata que declara a inconstitucionalidade material de Lei Tributária, em sede de controle difuso (STJ, AgRg no AgRg nos EREsp. 885.763-GO, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe 24.02.10; REsp. 1.118.893-MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 06.04.11).
> 2. A eficácia da coisa julgada tributária cessa automática e imediatamente (sem a necessidade de sua rescisão ou de sua anulação), se lhe sobrevém decisão adversa do STF, ressalvando-se, porém, os efeitos jurídicos produzidos até então; a partir desse pronunciamento, o tributo pode ser exigido; aplica-se, por similaridade, a teoria *rebus sic stantibus*, para preservar e igualmente assegurar a supremacia das decisões do STF, quando contrapostas a pronunciamentos das instâncias judiciais anteriores.
> 3. O instituto da coisa julgada conserva-se como pilastra irremovível do sistema normativo (art. 5o., XXXVI da Carta Magna), mas é imperativo ajustar os seus efeitos às mudanças jurídicas e fáticas que lhe são posteriores, quando se trata de relação obrigacional que se distende no tempo (qual a exigência da CSSL, Lei 7.689/88), dado o seu trato sucessivo, e sobre a qual o STF expendeu interpretação definitiva.
> 4. Embargos de Divergência parcialmente acolhidos, para proclamar a cessação ad futurum da eficácia da coisa julgada tributária a que se refere o Acórdão na REO 89.01.16151-6-DF, do TRF da 1a. Região, a partir do julgamento do RE 138.284-CE (Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJU 28.08.92), com a preservação dos efeitos consolidados, acolhendo-se a tese da Fazenda Pública Nacional, exposta no Parecer PFN 492, de 24 de maio de 2011. (DOU 26.05.2011).
>
> 1. O Banco Regional de Brasília S/A-BSB postula que no julgamento destes Embargos de Divergência 841-818-DF prevaleça a orientação desta Corte Superior de que a coisa julgada tributária não se subordina à Súmula 239-STF, quando a decisão declara a inconstitucionalidade material da norma, neste caso, a Lei 7.689/88, que instituiu a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSSL), sem limitação temporal.
> 2. Diz o BRB que obteve, no egrégio TRF da 1ª. Região, no REO 89.01.16151-6-DF, Rel. Des. Federal Fernando Gonçalves, declaração de inconstitucionalidade daquela CSSL, ao desprover o TRF a Remessa de Ofício derivada da Ação Declaratória 89.0004745-0, da 6ª. Vara Federal do Distrito Federal, que julgou procedente in totum a sua pretensão.

3. Segundo alega o Banco recorrente, essa situação processual gerou, em seu favor, como resultado, a exclusão da exigibilidade da citada exação (CSSL), afirmando que estaria desobrigado do pagamento desse tributo sem aludir a qualquer limitação temporal, como é característico e próprio da eficácia reconhecida à coisa julgada.
4. É o brevíssimo relatório.
5. No contraponto da pretensão recursal do Banco, a teoria de que a eficácia da coisa julgada material, formada em processo individual de qualquer natureza, mesmo em atividade judicial de controle difuso de constitucionalidade, projetaria intermináveis efeitos ad futurum – e que fora a menina dos olhos da processualística clássica – está hoje claramente superada, diante do amadurecimento da incontornável necessidade de se harmonizar aquela forma de controle difuso com o pronunciamento posterior do STF, em sentido contrário.
6. Nessa perspectiva, exaure-se de imediato a eficácia da res judicata, gerada em controle difuso de constitucionalidade, de blindar, sem limite de tempo, o seu beneficiário contra a exigência da exação a que se refere, se a Corte Suprema, a qualquer tempo e em qualquer sede processual, profere acórdão adverso ao entendimento inserto naquele julgado anterior, sem prejuízo, ainda, de seu esgotamento na hipótese específica da Súmula 239–STF, segundo a qual a decisão que declara indevida a cobrança do tributo em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.
[...]
8. Remanesce, entretanto, um problema jurídico de não pequena monta, qual seja, o de definir até qual termo vige a eficácia da coisa julgada, cortada pela decisão suprema, para não se invalidar o préstimo do controle difuso; a orientação que deve prevalecer é a de que a coisa julgada tributária individual e difusa cobre a relação de direito material respectiva, até o julgamento supremo posterior que se opõe aos seus pressupostos fáticos ou jurídicos, seja para inibir (aspecto pró-contribuinte) ou seja para permitir
(aspecto pró-Fazenda Pública), a partir de então, a exigibilidade do tributo.
9. Porém, deve-se realçar que a segurança jurídica sempre se impôs como valor a ser preservado, por isso que a res judicata – outrora também res sacra e intocável - não sofria limitação temporal alguma; contudo, seguindo-se a doutrina contemporânea, pode-se afirmar que a eficácia da coisa julgada não mais se distende para o tempo futuro e sem fim, devendo cessar imediatamente, independentemente de rescisão ou anulação, se lhe sobrevém pronunciamento da Corte Suprema que com ela posteriormente colide; nessa hipótese, nem se haverá de cogitar de conflito entre valores ou entre princípios, porquanto a supremacia da Constituição, com os conteúdos que lhe define a Corte Suprema - seu intérprete final e autorizado - tem de
sobrepor-se a quaisquer outras decisões judiciais.
10. Essa tese jurídica (de transcendente relevância) foi muito bem exposta, e com grande mestria, no Parecer PFN 492, de 24 de maio de 2011 (DOU de 26.05.2011), da lavra da eminente Procuradora da Fazenda Nacional LUANA VARGAS MACEDO, aprovada pela ilustre Procuradora Geral da Fazenda Nacional ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO, e em seguida pelo Ministro de Estado da Fazenda, com apoio no magistério dos mais excelentes doutrinadores, dentre os quais se destacam os Professores TEORI ALBINO ZAVASCKI e GILMAR FERREIRA MENDES, também eruditos Magistrados; os raciocínios desse Parecer incorporo-os como fundamentos desta Decisão.
11. Poder-se-ia (talvez) alvitrar que o aludido Parecer trata de manifestação da própria Fazenda Pública e que, por essa razão, o seu conteúdo traria a marca da defesa dos seus altos interesses; esse alvitre, porém, cederia o passo diante da leitura minimamente atenta do esmerado texto jurídico que se encerra nessa peça, na qual são analisados, com inegáveis critérios científicos, os desdobramentos da tese, cumprindo frisar que a zelosa parecerista pública LUANA VARGAS MACEDO desenvolve com notável equilíbrio (e sem radicalismos) o relevante tema, que não se assemelha de forma alguma à decantada teoria da chamada relativização da coisa julgada, que tem tantos veementes defensores, quantos são os seus denodados críticos.
[...]

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. RITO DO ART. 543-C DO CPC. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO-CSSL. COISA JULGADA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88. ALCANCE. OFENSA AOS ARTS. 467 E 471 CAPUT DO CPC CARACTERIZADA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA. PRECEDENTES DA PRIMEIRA SEÇÃO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

[...].

3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

4. Declara a inexistência de relação jurídico-tributária entre o contribuinte e o Fisco, mediante declaração de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88, afasta-se a possibilidade de sua cobrança com base nesse diploma legal, ainda não revogado ou modificado em sua essência.

[...].

8. Recurso Especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ (REsp 1.118.893-MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 06.04.11).

14. Mas não se cogite sequer que o instituto da coisa julgada esteja com os seus dias contados, que estejamos assistindo ao seu funeral ou tenham sido abalados os seus fundamentos teóricos e positivos, porquanto se conserva (sem dúvida alguma) como uma pilastra irremovível do sistema normativo (art. 5o., XXXVI da Carta Magna): se não se pode imaginar uma sociedade próspera e feliz sem um Poder Judiciário independente, também não se poderá acreditar na possibilidade atual ou futura de um sistema jurídico que não conheça a coisa julgada.

15. O de que se trata, neste caso, é tão só e apenas, de ajustar os efeitos da coisa julgada às mudanças jurídicas e fáticas que lhe são posteriores, para não se engessar, para sempre, uma situação jurídica atual que, em face da sua continuidade no tempo, não tem mais os suportes factuais da época em que se formou; esse raciocínio, aliás, tem o abono da consagrada teoria rebus sic stantibus, de nascentes tão antigas quanto as da própria res judicata, embora não estruturada para reger problemas da jurisdição comum.

16. Seria incongruente, para dizer o mínimo - e mesmo irrazoável - imaginar-se uma situação jurídica, formada nas instâncias inferiores ou intermediárias do Poder Judiciário, que escapasse para sempre aos efeitos de pronunciamento do STF.

17. Neste caso, trata-se de relação obrigacional tributária que se distende no tempo (exigência da CSSL, prevista na Lei 7.689/88), dada a sua natureza continuativa, e sobre a qual o STF expendeu interpretação definitiva e vinculante, afirmando a compatibilidade daquele diploma legal com a Constituição, assim se opondo radicalmente ao conteúdo da coisa julgada que dantes se formara; dest´arte, em caso como este, se não se der pronta prevalência à decisão do STF, ter-se-á de afirmar - invertendo-se a hierarquia das decisões judiciais - que a supremidade seria atributo do decisum anterior, em detrimento do julgado do Pretório Máximo.

18. Nesse contexto, ademais, cumpre afirmar que a pretensão arrecadadora da Fazenda Pública Nacional pode ser validamente exercida, quanto ao aspecto da sua constitucionalidade, a partir da decisão do STF, eis que cessada - repita-se - a força da coisa julgada; de igual modo, o contribuinte que dispuser dessa proteção jurídica, está desobrigado de pagar esse tributo relativamente aos períodos anteriores à referida decisão do Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo que aqueles que não realizaram por qualquer motivo esse pagamento.

19. Com essa fundamentação, amparado no art. 557, § 1o.-A do CPC, estes Embargos de Divergência são parcialmente acolhidos, mas apenas para proclamar a cessação ad futurum da eficácia da coisa julgada tributária a que se refere o Acórdão na REO 89.01.16151-6-DF, do TRF da 1a. Região, a partir do referido julgamento do STF, com a preservação dos efeitos consolidados, acolhendo-se a tese da Fazenda Pública Nacional, exposta no Parecer PFN 492, de 24 de maio de 2011 (DOU 26.05.2011).

> 20. Publique-se. Intimações necessárias.
> Brasília/DF, 11 de novembro de 2011.
> NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
> MINISTRO RELATOR (BRASIL, 1992a)

Pela leitura dos trechos acima, nota-se que o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho encampou em sua totalidade a argumentação consignada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 acerca da cessação da eficácia da coisa julgada em face de alteração jurisprudencial. Tanto é assim que, chancelou essa cessação desde o advento de decisão acerca da constitucionalidade em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal em 1992.

É curioso também que, em vista da decisão ter sido monocrática e citado o precedente relativo aos autos do Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f), ao que tudo indica, o seu relator entendeu que o entendimento externado no precedente em comento não obsta a retomada da cobrança de tributos após a modificação de entendimento jurisprudencial.

Posteriormente, contudo, após a oposição de Embargos de Declaração pelo contribuinte, o relator alterou o seu entendimento e passou a discordar parcialmente das linhas mestras do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Isso, ao entender que somente a partir do trânsito em julgado da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF (BRASIL, 2007d) quando o Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da CSLL em sede de controle concentrado de constitucionalidade, seria possível configurar a alteração de estado de Direito hábil a afastar os efeitos da coisa julgada favorável ao contribuinte:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CESSAÇÃO DA EFICÁCIA DA COISA JULGADA FORMADA EM CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, EM FACE DA SUPERVENIÊNCIA DE DECISÃO ADVERSA DO STF EM SEDE CONCENTRADA. EFEITO AUTOMÁTICO E IMEDIATO. APLICAÇÃO ERGA OMNES. DOUTRINA DA COISA JULGADA E DAS DECISÕES DO STF EM JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PARCIALMENTE ACOLHIDOS.
> 1. Somente as decisões proferidas pelo STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos (art. 102, I, a da Carta Magna), dotadas de definitividade, força vinculante e aplicabilidade erga omnes, possuem a extraordinária eficácia de paralisar, pronta e automaticamente, a produção de efeitos jurídicos de coisa julgada anterior, com elas inconciliável, que decidira relação obrigacional de trato sucessivo (ou de natureza continuativa).
> 2. As decisões recursais extraordinárias do STF, quando adotadas no regime de recursos múltiplos fundados em idêntica controvérsia (art. 543-B do CPC), têm a aptidão de vincular obrigatoriamente os julgamentos pendentes e futuros da mesma espécie, mas não ostentam, contudo, a força excepcional de paralisar a eficácia de

> coisas julgadas que lhes são anteriores.
> 3. As decisões do STF, adotadas em sede de controle difuso de constitucionalidade, têm eficácia inter partes, não vinculando, pelo menos obrigatoriamente, os julgamentos pendentes ou futuros, mas representem precedentes reverenciandos, dada a superior autoridade da Corte Suprema.
> 4. Sobrevindo à coisa julgada difusa, que dantes solucionara relação de trato sucessivo, decisão do STF dotada de vinculação geral e eficácia erga omnes, cessa, tão logo transite em julgado, independentemente de ação rescisória ou anulatória, a eficácia da res judicata precedente com ela incompatível. A força jurídica da decisão suprema concentrada subordina, aliás, todos os órgãos do Poder Judiciário (ADC 1, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 157, p. 377).
> 5. Lições da doutrina jurídica mais autorizada e da jurisprudência do STJ, em recurso repetitivo (REsp. 1.118.893-MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 6.4.2011).
> 6. A coisa julgada tributária referente ao REO 89.01.16151-6-DF, do TRF1 (Rel. Des. Federal FERNANDO GONÇALVES, DJU 05.12.1991), perdeu pronta e automaticamente a sua eficácia, na data do trânsito em julgado do venerando Acórdão proferido pelo STF na ADIN 15 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 01.08.2007), veiculante de diretriz que lhe é adversa.
> 7. Manutenção dos fundamentos da decisão embargada que deu parcial provimento aos Embargos de Divergência, apenas com a redemarcação do termo inicial da cessação da eficácia do REO 89.01.16151-6-DF, fixando-a na data do trânsito em julgado do acórdão do STF na ADIN 15. (BRASIL, 2009d)

Vale sobrelevar que, novamente o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho ressaltou que seu posicionamento estaria em consonância com a posição do STJ manifestada no Recurso Repetitivo nº 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f):

> 27. A discussão jurídica sobre o tema da perda de eficácia da coisa julgada, em caso como este, somente veio a se exaurir no Judiciário com o julgamento da ADIN 15 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU 01.08.2007); o venerando Acórdão proferido nesse julgamento concentrado do STF tem força vinculante e aplicabilidade erga omnes, por isso que a partir do seu trânsito em julgado, tem-se essa controvérsia por encerrada, prevalecendo, porém, os efeitos da res judicata anterior, o trânsito em julgado dessa decisão emergente da Corte Suprema.
> 28. No STJ, essa matéria já foi objeto de recurso repetitivo, em julgamento relatado pelo eminente Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, que assim pronunciou a preservação dos efeitos da coisa julgada difusa, até que a sua eficácia fosse eliminada por decisão do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade:
> 1. Discute-se a possibilidade de cobrança da Contribuição Social sobre o Lucro – CSLL do contribuinte que tem a seu favor decisão judicial transitada em julgado declarando a inconstitucionalidade formal e material da exação conforme concebida pela Lei 7.689/88, assim como a inexistência de relação jurídica material a seu recolhimento.
> 2. O Supremo Tribunal Federal, reafirmando entendimento já adotado em processo de controle difuso, e encerrando uma discussão conduzida ao Poder Judiciário há longa data, manifestou-se, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade, pela adequação da Lei 7.689/88, que instituiu a CSLL, ao texto constitucional, à exceção do disposto no art. 8o., por ofensa ao princípio da irretroatividade das leis, e no art. 9o., em razão da incompatibilidade com os arts. 195 da Constituição Federal e 56 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT (ADI 15/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, DJ 31/8/07).
> 3. O fato de o Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade.

> [...].
> 8. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução 8/STJ (BRASIL, 2009e)

Mas ao que tudo indica, a discussão sobre a aplicação dos fundamentos do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 em casos como acima elencados está longe de ter um fim. É que nesse mesmo processo, a União interpôs Agravo Regimental contra essa segunda decisão do relator.

Em linhas gerais, nesse recurso, a União reitera os argumentos consignados no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 acerca da *dessubjeivização* do controle difuso da constitucionalidade e alteração de estado de Direito, com vistas a garantir, na conjuntura acima delineada, que a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário 138.284/CE (BRASIL, 1992a).

Segundo informativo processual obtido no site do Superior Tribunal de Justiça, já houve a prolação de votos do relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho e do Ministro Cesar Asfor Rocha pelo desprovimento desse Agravo Regimental. E do Ministro Mauro Campbell, pelo seu provimento, que novamente pediu vista dos autos o relator. Essa informação está atualizada até a data do depósito dessa dissertação.

Há decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal de forma monocrática pelo Ministro Dias Toffoli com base no precedente do Superior Tribunal de Justiça (repetitivo de controvérsia), por meio do qual é negado provimento a um Agravo Regimental interposto pela União com fundamento nas mesmas conclusões que a doutrina majoritária teve acerca do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre a impossibilidade de alteração de estado de Direito, por meio de precedente da Suprema Corte com a invocação ainda do acórdão proferido nos autos do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 592.912/RS (BRASIL, 2012c):

> Decisão: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, assim ementado: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE SEGUIMENTO. CPC, ART.543-C, § 7º, INC. I. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO-CSLL. LEI 7.689/1988. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. CPC, ART. 535, II. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. RESP 1.118.893/MG. REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONSONÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL. DESPROVIMENTO. 1. O Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1.118.893/MG, representativo da controvérsia, decidiu que "o fato do Supremo Tribunal Federal posteriormente manifestar-se em sentido oposto à decisão judicial transitada em julgado em nada pode alterar a relação jurídica estabilizada pela coisa julgada, sob pena de negar validade ao próprio controle difuso de constitucionalidade" (Primeira Seção). 2. O Órgão Julgador Fracionário desta Corte Regional decidiu que: "As Leis 7.856/89 e 8.034/90, a LC 70/91 e as Leis 8.383/91

e 8.541/92 apenas modificaram a alíquota e a base de cálculo da contribuição instituída pela Lei 7.689/88, ou dispuseram sobre a forma de pagamento, alterações que não criaram nova relação jurídico-tributária. Por isso, está impedido o Fisco de cobrar a exação relativamente aos exercícios de 1991 e 1992 em respeito à coisa julgada material" 3. Inexiste violação ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil, se o acórdão, embora não tenha examinado cada argumento apresentado, adota fundamentação suficiente para o deslinde da controvérsia, ainda que contrariamente ao interesse da parte. 4. Pertinência da aplicação da decisão do STJ à hipótese dos autos. Manutenção da decisão que negou seguimento ao Recurso Especial. Agravo Regimental desprovido. No extraordinário, a União alega afronta ao art. 5º, XXXVI e 102, da Constituição. Sustenta que a consolidação da jurisprudência do STF em sentido diverso daquele sufragado na decisão transitada em julgado nos autos nº 89.00.00811-0, representaria significativa alteração do suporte jurídico sob o qual o juízo de certeza nela contido se formou, e, assim, revela-se capaz de cessar a eficácia vinculante dele emanada. Aduz que após a prolação da decisão que reconheceu, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/88, e que, considerou como abrangido nesse provimento jurisdicional a cobrança da CSLL co fundamento na Lei 8.212/91, por esta lei não ter revogado aquela, sobreveio decisão deste Tribunal, proferida nos RRE nºs 146.284/SP, 138.284/CE e RE 147.313, que reconheceram a constitucionalidade da Lei nº 7.689/88. Decido. O recurso não merece prosperar. Conforme registro feito no acórdão recorrido, houve a declaração incondicional da inconstitucionalidade da Lei 7.689/1989, protegida pela coisa julgada, sem que a legislação posterior tenha realizado modificações fundamentais na regra-matriz tributária da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). O acórdão recorrido está em conformidade com a jurisprudência da Corte no sentido de que a coisa soberanamente julgada, como proteção máxima da segurança jurídica e da certeza do direito, como instrumento de estabilidade da ordem jurídica, é insuscetível de ulterior modificação, ainda que o Supremo Tribunal Federal venha a consolidar seu entendimento em sentido contrário à decisão transitada em julgado. Nesse sentido: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - COISA JULGADA EM SENTIDO MATERIAL - INDISCUTIBILIDADE, IMUTABILIDADE E COERCIBILIDADE: ATRIBUTOS ESPECIAIS QUE QUALIFICAM OS EFEITOS RESULTANTES DO COMANDO SENTENCIAL - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL QUE AMPARA E PRESERVA A AUTORIDADE DA COISA JULGADA - EXIGÊNCIA DE CERTEZA E DE SEGURANÇA JURÍDICAS - VALORES FUNDAMENTAIS INERENTES AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO - EFICÁCIA PRECLUSIVA DA “RES JUDICATA” - “TANTUM JUDICATUM QUANTUM DISPUTATUM VEL DISPUTARI DEBEBAT” - CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DE CONTROVÉRSIA JÁ APRECIADA EM DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO, AINDA QUE PROFERIDA EM CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - A QUESTÃO DO ALCANCE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 741 DO CPC - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) que haja sido proposta na fluência do prazo decadencial previsto em lei, pois, com o exaurimento de referido lapso temporal, estar-se-á diante da coisa soberanamente julgada, insuscetível de ulterior modificação, ainda que o ato sentencial encontre fundamento em legislação que, em momento posterior, tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, quer em sede de controle abstrato, quer no âmbito de fiscalização incidental de constitucionalidade. - A superveniência de decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc” - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 - RTJ 164/506-509 - RTJ 201/765) -, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes. - O significado do instituto

> da coisa julgada material como expressão da própria supremacia do ordenamento constitucional e como elemento inerente à existência do Estado Democrático de Direito. (RE nº 592.912/RS – AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Dje 22/11/12) Diante do exposto, conheço do agravo e nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 3 de agosto de 2015. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (Recurso Extraordinário com Agravo 864.746, Relator Mininistro Dias Toffoli, julgado em 03/08/2015 e publicado em 21/08/2015. BRASIL, 2015c)

Por outro lado, a Procuradoria da Fazenda Nacional editou em maio de 2011, o Parecer PGFN 975/2011 (BRASIL, 2011a), por meio do qual afirma que a decisão proferida no julgamento do Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f) em nada altera o posicionamento consignado no respectivo Parecer, na medida em que tal julgado apenas teria atestado a impossibilidade de rescisão da coisa julgada (efeitos pretéritos) em face da posterior alteração de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da CSLL:

> Por conseguinte, as orientações tecidas no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 geram consequências jurídicas somente para os fatos geradores do tributo realizados após o trânsito em julgado de decisão do STF, nunca para os anteriores, protegendo, assim como o REsp nº 1.118.893-MG, as situações pretéritas à decisão da Corte Suprema.
> 21. Destarte, demonstrado que inexiste qualquer divergência entre o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 e o REsp nº 1.118.893-MG, pois analisam a questão sob ângulos diferentes, mas ambos resguardam e protegem as situações jurídicas consolidadas no passado.
> 22. Inclusive, não há como existir colidência de entendimento, uma vez que o STJ não enfrentou a questão sob a ótica do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 (possibilidade de precedente objetivo e definitivo do STF constituir instrumento hábil a fazer cessar, prospectivamente, a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias), tendo a Corte Superior, no contexto do REsp nº 1.118.893-MG, manifestado-se sucintamente e em *obter dictum* apenas quanto à impossibilidade do alcance da decisão proferida na ADI nº 15-2/DF, publicada no **DJ 31/8/2007**, sobre uma decisão anterior transitada em julgado que reconheceu ser indevida a cobrança da CSLL pretendida no **ano-base de 1991**, ou seja, **sobre fato gerador de tributo ocorrido anteriormente à decisão do STF**.
> 23. Ademais, ainda que se entenda que tal manifestação reflete o entendimento do Min. Relator, como já dito anteriormente, o objeto do REsp nº 1.118.893-MG não versou sobre o alcance de decisões posteriores do STF sobre decisões judiciais já transitadas em julgado e, portanto, não foi sobre aludido tema que houve decisão, de tal modo que referida matéria não se encontra julgada em sede de repetitivo.
> 24. Outrossim, insta destacar que sobre tal questão, notoriamente constitucional, não houve ainda manifestação da Suprema Corte.
> 25. Desse modo, a fim de evitar a aplicação equivocada do precedente do STJ pelo Poder Judiciário, orienta-se o Procurador da Fazenda Nacional para, na demanda em que eventualmente for impugnada a cobrança do tributo com base no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, inserir um tópico, a título de preliminar, em contestação ou qualquer outra manifestação processual, relatando a devida distinção entre o definido pelo STJ no REsp nº 1.118.893-MG e o conteúdo do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, consoante acima explicitado.
> 26. Ante o exposto, o acórdão exarado pela Primeira Seção do STJ no julgamento do REsp nº 1.118.893-MG não prejudica nem tampouco interfere nas orientações firmadas no Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 aos membros da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, as quais devem ser integralmente observadas. (BRASIL, 2011a)

Em consonância com esse entendimento, o Parecer PGFN nº 2.449/2012 (BRASIL, 2012a) reafirma a aplicação das diretrizes do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 em situações semelhantes àquela apreciada no julgamento do Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f), estabelecendo como marco temporal para a retomada da CSLL dos contribuintes com coisa julgada favorável, os precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 138.284/CE (BRASIL, 1992a) e Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF (BRASIL, 2007d):

> Logo, como as datas do trânsito em julgado dos precedentes do STF (RE nº 138.284/CE: 29/09/1992 e ADI nº 15/DF: 12/09/2007) ocorreram em data anterior à publicação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, em prestígio aos princípios da segurança jurídica, da não surpresa e da proteção da confiança, fixa-se a data da publicação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, qual seja, 26/05/2011, como baliza temporal à cessação dos efeitos da coisa julgada firmada no Mandado de Segurança nº 89.0014202-0/SP na hipótese de ter havido inércia dos agentes fazendários em relação aos fatos geradores ocorridos após o advento do precedente do STF.
> 54. Por outro lado, não tendo havido inércia dos agentes fazendários, ou seja, se o Fisco tiver efetuado a cobrança relativa aos fatos geradores ocorridos a partir do trânsito em julgado do novo precedente do STF, tais lançamentos deverão ser resguardados, já que, no caso, não há que se falar em violação aos princípios acima citados.
> 55. Por derradeiro, registra-se, a título de esclarecimento à PRFN 3ª Região, que a presente cessação dos efeitos da coisa julgada é automática, porque "o precedente objetivo e definitivo do STF em sentido diverso do sufragado na anterior decisão tributária transitada em julgado faz surgir uma relação jurídica de direito material – sob algum aspecto – nova, que, não tendo sido deduzida pelo autor da demanda e, assim, apreciada na correspondente coisa julgada, não se encontra compreendida em seus limites objetivos" e, portanto, não precisa ser objeto de prévio pronunciamento judicial para que ocorra.
> 56. Pelo exposto, em atendimento à consulta formulada pela então PFN/SP, hoje PRFN 3ª Região, esta Coordenação-Geral conclui pela viabilidade de cobrança da CSLL da impetrante, independentemente da existência de coisa julgada anterior, mas desde que observados os marcos temporais dispostos nos itens 53 e 54 deste Parecer, e pela desnecessidade de ser formulada ação judicial para aludido fim.

Por fim, a despeito da discussão em âmbito judicial acerca dos preceitos consignados no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, o Conselho de Administração de Recursos Federais já tem se debruçado sobre a aplicabilidade desse ato normativo em relação às autuações, mormente de CSLL.

Em sua grande maioria, as determinações do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 têm sido observadas por esse Tribunal Administrativo:

> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
> CARF - Primeira Seção
> MATÉRIA: AUTO DE INFRAÇÃO CSLL - EFEITOS DE DECISÃO JUDICIAL
> ACÓRDÃO: 1103-001.006

Data da decisão:02/10/2014
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Ano-calendário: 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 CSLL - COISA JULGADA - RELAÇÃO CONTINUATIVA - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF - LIMITES - RESP Nº 1.118.893-MG - REPETITIVO **Ainda que se adotasse a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, o julgamento do REsp nº 1.118.893-DF não socorreria a recorrente, pois a colocação de que a declaração de constitucionalidade da CSLL pelo STF não abala a coisa julgada (anterior) não foi *ratio decidendi* da decisão desse REsp, tampouco incidente de inconstitucionalidade (com ampliação da teoria, superando o art. 469, III, do CPC), mas apenas *obiter dictum* em sentido estrito**. CSLL - COISA JULGADA - RELAÇÃO CONTINUATIVA - DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO STF - LIMITES - ADI Nº 15-2/DF - PARECER PGFN/CRJ/492/2011 Apenas a decisão em controle concentrado de constitucionalidade (que é a maior verticalidade da tutela da Direito Constitucional objetivo) faz cessar a autoridade da coisa julgada anterior sem necessidade de ação revisional, nem de rescisória. Os comandos da Lei Complementar 73/93, Lei Orgânica da AGU, não são vinculativos a órgãos da administração-judicante, a lhes tornar cogente parecer da Fazenda Nacional. A recorrente tem decisão favorável, cujo dispositivo acobertado pela coisa julgada é a inexigibilidade da CSLL (em face de inconstitucionalidade da Lei 7.689/88). Como o ADI nº 15-1/DF, que declarou a constitucionalidade da Lei 7.689/88, transitou em julgado em 2007, cessa a autoridade da coisa julgada automaticamente, desse momento em diante (efeito a partir de então), de modo que somente a CSLL relativa a esse ano é exigível da recorrente. MULTA ISOLADA - CONCOMITNCIA COM MULTA DE OFÍCIO Até agosto de 2007, a recorrente estava coberta pela autoridade da coisa julgada, sendo indevida multa isolada sobre as estimativas de CSLL até esse mês. Multa isolada para as demais estimativas igualmente descabida. Apenado o continente, incabível apenar o conteúdo. Penalizar pelo todo e ao mesmo tempo pela parte do todo seria uma contradição de termos lógicos e axiológicos. Princípio da consunção em matéria apenatória. A aplicação da multa de ofício de 75% sobre as CSLL exigidas exclui a aplicação da multa de ofício de 50% sobre CSLL por estimativa dos mesmos anos-calendário.
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do Colegiado DAR provimento PARCIAL para excluir da exigência (i) o crédito tributário de CSLL relativo aos anos-calendário 2003 a 2006 e (ii) as multas isoladas, por maioria, vencidos os Conselheiros André Mendes de Moura e Eduardo Martins Neiva Monteiro (Relator), que negaram provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Marcos Shigueo Takata. (assinado digitalmente) Aloysio José Percínio da Silva Presidente (assinado digitalmente) Eduardo Martins Neiva Monteiro Relator (assinado digitalmente) Marcos Shigueo Takata Redator designado Participaram do presente julgamento os Conselheiros Eduardo Martins Neiva Monteiro, Fábio Nieves Barreira, André Mendes de Moura, Marcos Vinícius Barros Ottoni, Marcos Shigueo Takata e Aloysio José Percínio da Silva. (destacou-se) (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, 2014a)

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CARF - Primeira Seção
MATÉRIA: CSLL. COISA JULGADA.
ACÓRDÃO: 1302-001.622
Data 03/02/2015
Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Ano-calendário: 2008 CSLL. COISA JULGADA. PARECER PGFN/CRJ/Nº 492/201. VINCULANTE. Tem força vinculante, para este Colegiado, as conclusões do PGFN/CRJ/Nº 492/2011, ratificadas pelo Ministro de Estado da Fazenda, por força do disposto no art. 13 combinado com o art. 42 da Lei Complementar nº 73/93. Dada a força vinculante do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, não é cabível, para o período sob exame (ano-calendário 2008), a cobrança da CSLL antes tida por inconstitucional pela coisa julgada, uma vez que o lançamento foi efetuado após a publicação do citado Parecer. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos

> do relatorio e votos que integram o presente julgado. Os Conselheiros Márcio Frizzo, Guilherme Pollastri e Hélio Araújo acompanharam o Relator pelas conclusões. O Conselheiro Márcio Frizzo apresentou declaração de voto. ALBERTO PINTO SOUZA JÚNIOR Presidente e Relator. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Alberto Pinto, Waldir Rocha, Eduardo Andrade, Guilherme Pollastri, Márcio Frizzo e Hélio Araújo. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, 2015)

Destaque-se que foi encontrado apenas um precedente que afirmou a não aplicabilidade do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 em vista da decisão proferida nos autos do Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f):

> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
> CARF - Primeira Seção
> MATÉRIA: COISA JULGADA
> ACÓRDÃO: 1302-001.410
> Data da decisão:03/09/2014
> Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL Exercício: 1996, 1997 INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.689/88. INCONSTITUCOINALIDADE DA CSLL. EXISTÊNCIA DE COISA JULGADA. CONSTITUCIONALIDADE DA CSLL SUPERVENIENTE. AUSÊNCIA DE AÇÃO RESCISÓRIA. FORMAÇÃO DE COISA SOBERANAMENTE JULGADA. A coisa julgada formada em controle concentrado não é rescindida por decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso em sentido contrário, especialmente nos casos em que inexiste ação rescisória. PARECER PGFN 492/2011. INTERPRETAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EXISTÊNCIA DE RECURSO REPETITIVO EM SENTIDO CONTRÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. O Parecer PGFN 492/2011 apresenta interpretação conflitante com o caráter constitucional e infraconstitucional da coisa julgada, este reafirmado pelo REsp 1118893/MG, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, razão pela qual não deve ser observado pelos Tribunais Administrativos.
> Vistos, relatados e discutidos os presentes autos. Acordam os membros do colegiado, por maioria, em negar provimento ao recurso ofício, nos termos do relatório e voto proferidos pelo Relator, vencidos os Conselheiros Alberto Pinto e Waldir Rocha. (assinado digitalmente) ALBERTO PINTO SOUZA JÚNIOR - Presidente. (assinado digitalmente) MARCIO RODRIGO FRIZZO - Relator. Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: ALBERTO PINTO SOUZA JÚNIOR (Presidente), EDUARDO DE ANDRADE, HELIO EDUARDO DE PAIVA ARAUJO, MARCIO RODRIGO FRIZZO, WALDIR VEIGA ROCHA, GUILHERME POLLASTRI GOMES DA SILVA. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, 2014b)

### *4.3.3 Necessidade de ação revisional para a retomada da cobrança do tributo declarado constitucional em decisão do Supremo Tribunal Federal superveniente á coisa julgada do contribuinte*

O Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 advoga a tese de que é desnecessário o ajuizamento da ação revisional prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Isso, em razão do surgimento de uma nova relação de direito material, após a alteração de estado de Direito, via modificação jurisprudencial pelo Supremo Tribunal Federal, distinta daquela anterior acobertada pela coisa julgada.

Para balizar a sua tese, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 aduz que os limites objetivos da coisa julgada têm como escopo delimitá-la a uma relação jurídica levada ao juízo, cingindo-se ao pedido e ao dispositivo dessa decisão.

Conclui assim o Parecer que:

> [...] o precedente objetivo e definitivo do Supremo Tribunal Federal em sentido diverso do sufragado na anterior decisão tributária transitada em julgado faz surgir uma relação jurídica de direito material – sob algum aspecto nova –, que, não tendo sido deduzida pelo autor da demanda e, assim, apreciada na correspondente coisa julgada, não se encontra compreendida em seus limites objetivos. Consequência natural disso é que a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado simplesmente não alcança a nova relação jurídica (assim como, pelo mesmo raciocínio, não alcança todas as outras relações jurídicas, de que eventualmente faça parte o autor da demanda judicial, que não tenham sido deduzidas nessa demanda). (MACEDO, 2011, p. 224,)

Por essa razão, como já destacado, o Parecer chega ainda a afirmar que, por se tratar de uma nova relação jurídica, a situação que enseja a retomada do tributo pode passar pelo crivo do Judiciário.

Pois bem, a argumentação despendida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 padece de uma série de inconsistências a nosso ver.

Inicialmente, registre-se que, a despeito de afirmar ser a retomada da cobrança do tributo uma nova relação jurídica, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 se utiliza do comando previsto no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) para afastar a coisa julgada, haja vista a alteração de estado de Direito em uma relação de trato sucessivo. Essa é uma contradição do Parecer.

Com efeito, a regra prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) tem como contexto a alteração de estado de Direito que enseja a revisão da coisa julgada, de modo a fazer cessar seus efeitos, justamente por se tratar de uma relação de trato sucessivo. Ou seja, essa relação é lastreada em um mesmo substrato fático e jurídico.

Portanto, o fato de ter havido modificação jurisprudencial, no sentido de declarar a constitucionalidade da norma que permite a exigência do tributo, em sentido oposto àquele decidido na coisa julgada, não pode ter o condão de criar uma nova relação jurídica, completamente distinta daquela apreciada pela decisão transitada em julgado.

Deveras, como exposto acima, se a decisão declaratória de constitucionalidade de determinada norma tributária tivesse o condão de criar um direito novo e não somente convalidar norma anterior declarada inconstitucional em uma relação de trato sucessivo fulcrada nessa norma, o Supremo Tribunal Federal estaria inovando no ordenamento jurídico

e usurpando o papel do Poder Legislativo.

Aliás, Greco (2012, p. 440) de forma acertada afirma em seu artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 que "declaração de constitucionalidade não cria direito novo. Isso porque a lei já existia e já produzia todos os seus efeitos desde o início da sua vigência.".

E apesar de concluir que os efeitos da coisa julgada não podem cessar em razão da modificação jurisprudencial, como visto acima, Greco (2012) acertadamente afirma que:

> [...] a declaração de constitucionalidade da lei em abstrato não restringe a eficácia dos direitos fundamentais em que se assenta a imutabilidade da coisa julgada anterior, pois a relação jurídica continuativa prossegue regida pela norma concreta, que vincula e impera entre as partes e ela submetidas. (GRECO, 2012, p. 440)

Ou seja, para esse autor, a coisa julgada faz lei entre as partes e, por isso, deve ser mantida, mesmo quando houver a declaração de constitucionalidade em abstrato da lei que regulamenta a exigência do tributo afastada por meio da coisa julgada. Essa constatação tem como corolário o fato de que a relação jurídica tributária, protegida pela coisa julgada, tem o mesmo fundamento legal apreciado pela posterior decisão do Supremo Tribunal Federal.

No mesmo sentido, são os ensinamentos de Marins (2012):

> Em suma, o Parecer defende que a alteração ulterior de circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes ao tempo da prolação de decisão judicial direcionada à nova relação jurídica tributária de trato sucessivo, ou continuativo, tem como conseqüência o surgimento de uma nova relação jurídico-tributária. Logo, os efeitos dessa decisão não podem alcançar a relação jurídico-tributária nova, fruto da alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas e, portanto, estas não poderiam ser alcançadas pelos limites objetivos da coisa julgada que cicrcundam a eficácia vinculante da decisão judicial em voga. Assim após a cisão, restariam afastados os efeitos da decisão transitada em julgada, pois referente à circunstância jurídica ou fática da decisão.
>
> Esse raciocínio, no entanto, parte da falsa premissa segundo a qual haveria "nova relação jurídico-tributária". A premissa é falsa porque inexiste nova relação, mas simplesmente a mesmíssima relação passa a ser interpretada de forma diversa. O objeto material da lide permanece sendo exatamente o mesmo: saber-se se determinado dispositivo legal que define a relação fática entre a Fazenda e o contribuinte é ou não constitucional. Este é o objeto último da coisa julgada, que estabelece a norma individual e concreta sobre exatamente esta questão, de modo que esta relação permanecerá disciplinada por esta norma individual (constitucionalidade in concreto de determinada lei) até que sobrevenha outra norma individual que a infirme.
>
> Como o Parecer faz o elenco das espécies de enunciados do STF que possuiriam aparentemente essa eficácia derrogadora da coisa julgada material [...] (MARINS, 2012, p. 686-687)

Por isso, como dito acima, não se pode entender que se trata de uma nova relação jurídica. Trata-se da mesma relação jurídica fundada no mesmo contexto jurídico, que, contudo, enseja a cessação da eficácia da coisa julgada, justamente por conta da alteração de

estado de Direito.

Tivesse o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 defendido a desnecessidade de ação revisional em vista da relação jurídica obrigacional-tributária poder ser retomada de imediato em face do dever da Administração Fazendária efetuar a cobrança do tributo, como defenderam alguns doutrinadores mencionados no capítulo 2, essa linha seria, a nosso ver, mais palatável.

Ainda quanto à tese sobre a relação jurídica nova, hão quer ser feitas outras observações.

A premissa de que a nova relação de direito material não teria sido "deduzida pelo autor da demanda e, assim, apreciada na correspondente coisa julgada" e, portanto, "não se encontra compreendida em seus limites objetivos" é equivocada.

Com efeito, conforme explica Moreira (2012, p. 150), via de regra, o contribuinte questiona a exigência de tributos por meio de ações de caráter eminentemente declaratório (ação declaratória, mandado de segurança, cuja sentença além de mandamental, a evidência tem um cunho declaratório).

Nesse contexto, conforme as lições de Valverde (2004) e Pontes (2005) citadas no capítulo 2, em que a causa de pedir inconstitucionalidade de um tributo está umbilicalmente vinculada ao pedido, declaração de inexigibilidade desse tributo ou de inexistência de relação jurídica-tributária, não se pode simplesmente deduzir que os argumentos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal em decisão contrária à coisa julgada não tenham sido tratados na demanda, e, portanto seria dispensável o ajuizamento da ação revisional prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973). Isso ocorre por três motivos.

O primeiro motivo é o fato de, ao reverso do que restou asseverado no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, via de regra, o Supremo Tribunal Federal aprecia os mesmos argumentos averiguados pela decisão passada em julgado quando declara uma norma tributária constitucional. Exemplo clássico é o caso da inconstitucionalidade do alargamento da base de cálculo do PIS e da COFINS por meio da Lei nº 9.718/98 (BRASIL, 1998b), que equiparou os conceitos de faturamento e receita antes do advento da Emenda Constitucional n° 20/98 (BRASIL, 1998a).

Em relação a esse caso, na maioria das vezes, os contribuintes traziam à baila para o Supremo Tribunal Federal os mesmos argumentos apreciados nos *leading cases* sobre a questão. Tanto é que vários contribuintes tiveram decisão transitada em julgada proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com base no artigo 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

E o Parecer PGFN/CAT nº 2.773/2007 (BRASIL, 2007a) que objetiva impedir a

exclusão das receitas financeiras da base de cálculo dessas exações não está alicerçado na equiparação de receita ao faturamento, mas sim no que pode ser considerado como faturamento, ou seja, atividade econômica vinculada ao objeto social do contribuinte, como visto no capítulo 2 desse trabalho.

O segundo motivo é que, mesmo que se ignore a congruência entre as matérias apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal, quando da declaração de constitucionalidade de uma exação e aquelas examinadas pela decisão transitada em julgado anterior e favorável ao contribuinte, ainda assim, se faz necessário o ajuizamento de uma ação revisional.

Consoante destacado acima e no capítulo 2 dessa dissertação, com apoio nas lições de Valverde (2004) e Pontes (2005), quando se trata de ações de cunho declaratório, como comumente ocorre com as ações de natureza tributária, é indispensável o exame das questões de Direito (normas jurídicas) vinculadas à causa de pedir. Isso, já que a apreciação de tais questões pelo Juízo na fundamentação é necessária para fins de delimitação do conteúdo da decisão vinculada à coisa julgada. Ou seja, esses argumentos, denominados por Valverde (2004) como fatos jurídicos, são meio imprescindível para a delimitação do pedido e do dispositivo da sentença (limites objetivos) da coisa julgada em ações, cuja procedência ou não, dependerá necessariamente da declaração de (in)constitucionalidade/(i)legalidade de uma norma tributária em face dos argumentos tecidos pelas partes.

Dessa forma, deve ser ajuizada ação revisional para checar se, de fato, os fundamentos da decisão passada em julgado favorável ao contribuinte foram efetivamente enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, quando esta Corte tiver entendido pela constitucionalidade de uma norma tributária.

Quer dizer, há que se averiguar a adequação do precedente classificado como alteração de estado de Direito, que possibilita a retomada da exigência de um tributo ao processo em que o contribuinte possuía coisa julgada desonerativa dessa cobrança.

Nesse sentido, entende Colodetti (2013), ressalvando-se apenas as situações delineadas em seu trabalho sobre Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011:

> Diferentemente se dará quando, havendo decisão transitada em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da RMIT, sobrevier sumula vinculante dizendo-a constitucional. [...]
> A diferença decorrerá basicamente de dois motivos: primeiro, não se deve confundir os efeitos provenientes da norma "contida" na súmula que afirma ser quando contra ele forem opostas determinadas objeções, e os desdobramentos advindos da norma enunciada por súmula que aponte determinado comando constitucional, prescrevendo a obrigatoriedade de sua aplicação em sentido contrário, isto é, que afirme ser tal comando inconstitucional, preconizando a impossibilidade de sua aplicação em razão de um ou alguns motivos); segundo, a garantia da coisa julgada,

> com o perdão do truísmo, é uma garantia, portanto um mecanismo destinado a servir o indivíduo em face do Estado, e não para proteger este de seus próprios erros, tal como a produção de uma norma incompatível com a Constituição.
> Por conta desses fatores, ao contrário do que se passa nas demais hipóteses analisadas, na situação vislumbre, bem como no caso em que se segue declaração, no controle abstrato/concentrado, de constitucionalidade da RMIT [...], para que o efeito "bloqueador" da norma jurídica imutabilizada possa ser mitigado se faz imprescindível a produção de nova linguagem, isto é, a produção (enunciação) de um novo elemento de direito (norma jurídica). (COLODETTI, 2013, p.175-176)

E o próprio Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 sobreleva a importância dos motivos determinantes de uma decisão proferida em sede de controle difuso, como fundamento de ampliação dessa decisão para outros casos semelhantes. Isso, para justificar a teoria da *dessubjetivização* desse tipo de controle.

Essa teoria também tem serventia para demonstrar a imprescindibilidade da verificação acerca da adequação de um precedente a casos potencialmente semelhantes. Aliás, o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ao justificar a inclusão das decisões proferidas com base no artigo 543-B, do Código de Processo Civil como alteração de estado de Direito, assim conclui:

> Mas, apesar disso, o simples fato - este sim irrecusável -, de as decisões proferidas pelo Pleno do STF nos moldes do art. 543-B do CPC ostentarem, atualmente, caráter objetivo, geral e definitivo, sendo aptas a reger, com elevado grau de estabilidade, **todos os casos idênticos**, já é suficiente a lhes atribuir força para alterar ou impactar o sistema jurídico vigente, agregando-lhe um elemento novo. (destacou-se) (BRASIL, 2011b)

A confirmação de que é necessário o cotejamento entre o precedente proferido com repercussão geral e aquele que deve aplicar o entendimento exteriorizado naquele precedente pelo Supremo Tribunal Federal é feita pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, ao concluir por essa aplicação em todos os casos idênticos.

Em processos ainda em tramitação e sobrestados até o julgamento do *leading case* com repercussão geral, essa verificação é feita pelos Tribunais de 2ª instância logo em seguida à prolação de decisão pelo Supremo Tribunal Federal naquele *leading case*.

Com relação às decisões passadas em julgado, como checar se o precedente do Supremo Tribunal Federal pode ser considerado como alteração de estado de Direito, senão por meio da ação revisional? Alguns doutrinadores como Zavascki (2014) entendem que em ações tributárias se mostra desnecessária a necessidade de ação revisional para afastar os efeitos da coisa julgada. Isso, considerando que essa medida seria excepcional e somente necessária para o beneficiário de um direito potestativo em caso de alteração do status *quo*

desse direito. Nesse caso, a sentença nessa ação revisional tem um cunho constitutivo (ZAVASCKI, 2014, p. 107).

Contudo, a nosso ver, se em processos sem coisa julgada, de modo a resguardar a segurança jurídica, faz-se necessário o cotejamento do precedente ao processo sobrestado pelo Poder Judiciário, o que se dirá no caso de decisões transitadas em julgados favoráveis ao contribuinte? Em outros termos, como garantir que deve haver a cessação dos efeitos da coisa julgada para o futuro, sem o devido cotejamento entre essa decisão e aquele precedente tido como alteração de estado de Direito?

Como visto acima, nosso entendimento é de que nas ações de natureza tributária não somente o pedido e o dispositivo da sentença podem ser considerados os limites objetivos da coisa julgada. Portanto, sem uma criteriosa comparação entre as alegações apreciadas na coisa julgada e no precedente do Supremo Tribunal Federal, bem como entre a fundamentação das duas decisões, não há como certificar que tal precedente é, de fato, uma alteração de estado de Direito nas relações de trato sucessivo.

Pela redação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, ficará ao crivo da Administração Fazendária (Receita Federal do Brasil e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) essa análise.

A nosso ver, conforme as lições de Neves (2013, p.186), essa tarefa cabe ao Judiciário, já que este é órgão que tem competência constitucional e legal prevista no artigo 471, inciso I, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) para averiguar a revisão do que foi estatuído na sentença, por meio da ação revisional.

Theodoro Júnior (2012), em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, assim entende sobre a necessidade da ação revisional para a cessação dos efeitos da coisa julgada de fatos geradores posteriores à alteração de estado de Direito:

> Razoável é a tese da Procuradoria quando pretende que a declaração superveniente do controle de constitucionalidade difuso repercuta, perante terceiros, apenas para o futuro (*ex nunc*). Não é razoável, todavia, quando afirma que isso se dê por iniciativa particular da própria interessada, sem qualquer controle judicial e sem necessidade do mecanismo constitucional de implantação da eficácia *erga omnes* do controle difuso de constitucionalidade das normas jurídicas (CF, art. 52, X)
> Em primeiro lugar, o regime de invalidação, de restrição, ou mesmo de revisão da coisa julgada está sempre condicionado pela lei a remédios e soluções judiciais. Mesmo quando se trata de mudança de suporte fático-jurídico da sentença, é quase sempre muito difícil avaliar *prima facie* em que proporções a inovação afastou corretamente a eficácia da coisa julgada. Daí prever o art. 471, I, do CPC, que, *in casu*, o interessado peça "a revisão do que foi estatuído na sentença". Não autoriza a lei, portanto, a simples postergação do comando sentencial, mas apenas a revisão do julgado daquilo que antes restara acertado em juízo, em caráter definitivo. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p.14-15)

E sobre a possibilidade de revisão da coisa julgada, alerta o eminente processualista mineiro, Theodoro Júnior (2012), que a dispensa de ação revisional se dá quando houver alteração da lei instituidora de um tributo e quando essa alteração atingir a substância da obrigação tributária:

> Deve-se reconhecer, que, às vezes, em causas travadas, exclusivamente sobre questão de direito, a inovação do preceito legal aplicável à situação jurídica continuativa pode dispensar, por sua clareza, maiores divagações dialéticas e processuais. Em matéria tributária, isto somente poderia ser pensado quando a inovação legislativa atingisse a substância da obrigação tributária, que suprimindo-a por completo, que substituindo-a por outra completamente diversa.
> Apenas em uma conjuntura como essa, haveria de ser vista sempre como excepcional, é que se poderia aceitar, *ad argumentandum*, que a parte, principalmente se se tratar de agente público, pudesse tomar iniciativas independentemente da revisão judicial prevista no art. 471, I, do CPC. Trata-se, contudo, - advirta-se mais uma vez – de concessão teórica, não respaldada pela jurisprudência constitucional do STF, nem mesmo pela 2ª Turma do STJ e tampouco pelo Código de Processo Civil. Sempre que se cogita aplicar o art. 471,I, as lições tradicionais, em doutrina e jurisprudência, reportam-se a uma outra ação que adote a função revisional, para submeter as partes à nova regra concreta diversa daquela se acha traçada na sentença passada em julgado. (THEODORO JÚNIOR, 2012, p.15)

Queiroz e Souza Júnior (2012) salientam em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 que esse documento inverte a lógica, ao tratar a exceção (dispensa da ação revisional) como regra. Esses doutrinadores questionam ainda a possibilidade do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais seguir as diretrizes do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, na medida em que é vedado aos conselheiros desse órgão não observar a literalidade da lei, segundo o disposto no artigo 26-A, do Decreto nº 70.235/72 (BRASIL, 1972) (QUEIROZ; SOUZA JÚNIOR, 2012).

Machado e Machado Segundo (2005) em parecer sobre as relações tributárias de trato sucessivo e a coisa julgada, analisando justamente a questão da coisa julgada relativa a CSLL analisada acima, refutam a tese de que por se tratar o lançamento tributário de ato da Administração Fazendária se mostra prescindível a ação de revisão para afastar os efeitos da coisa julgada proferida em favor do contribuinte:

> Diante do efeito da coisa julgada, e mesmo admitindo que em face da decisão do Supremo Tribunal Federal a declaração de inexistência da relação tributária resta atingida por direito novo, pensamos que a supressão dos efeitos daquela declaração não se opera automaticamente. Não é razoável entender que uma decisão, da qual a consulente não foi intimada, passe a produzir efeitos contra ele imediatamente. A ofensa aos princípios da cientificação, e do devido processo legal, seria intolerável. É necessária, como dissemos acima (itens 2.6 e 2.7), a propositura de ação de revisão ou de modificação da coisa julgada.

> Poder-se-ia objetar, em oposição ao que dissemos, que a propositura de uma "ação de revisão da coisa julgada" seria exigível em demanda entre dois "particulares", mas não em questão envolvendo a Fazenda Pública, pois esta constitui seus próprios títulos executivos, não tendo, em regra interesse processual para manejar ação de conhecimento. É preciso, porém, fazer um esclarecimento.
> É verdade que a Fazenda Pública, em regra, não precisa manejar ações de conhecimento, eis que "fabrica" seus próprios títulos executivos, unilateralmente, nos quais declara a existência de direitos, constitui realidades jurídicas, e condena terceiros a observá-las. Essa premissa, porém, não autoriza a conclusão de que não seja necessária a manifestação do Judiciário, em ação de revisão da coisa julgada movida pela Fazenda Pública. Aliás, não só a propositura dessa ação é necessária, como só depois do julgamento, se for o caso, é que o contribuinte beneficiado pela coisa julgada estará novamente sujeito ao tributo. E, como dizíamos, a premissa não afasta a necessidade de a Fazenda manejar a ação, no caso de que se cuida, porque se tem um impedimento de ordem judicial à sua atuação, que somente pelo próprio Judiciário pode ser removido. (MACHADO; MACHADO SEGUNDO, 2005, p. 105)

Destaque-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já se debruçou sobre a legalidade do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 e, ambos os casos, as decisões mencionaram a impossibilidade da revisão da coisa julgada pela própria Administração Pública:

> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. COISA JULGADA. TRIBUTÁRIO. PARECER PGFN Nº 492/11. PREVALÊNCIA DA COISA JULGADA.
> 1. A sentença de mérito transitada em julgado só pode ser desconstituída mediante ajuizamento de específica ação autônoma de impugnação (ação rescisória) ou outro veículo processual que lhe faça às vezes.
> 2. Segundo jurisprudência do egrégio STF, a superveniência de decisão do Pretório Excelso, declaratória de inconstitucionalidade de diploma normativo utilizado como fundamento do título judicial questionado, ainda que impregnada de eficácia ex tunc - como sucede, ordinariamente, com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada, não se revela apta, só por si, a desconstituir a autoridade da coisa julgada, que traduz, em nosso sistema jurídico, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, in abstracto, da Suprema Corte.
> 3. O mesmo entendimento vale para a hipótese em que o STF declara a validade de uma lei, que, precedentemente, foi reconhecida inválida em um processo que, inter partes, transitou em julgado, formando a coisa julgada material favoravelmente ao contribuinte.
> 4. **A tentativa da Administração, por meio do Parecer PGFN/CRJ nº 492/11, de sujeitar a coisa julgada a exame administrativo viola o princípio da separação dos poderes, já que, uma vez regrada a relação jurídica pela normativa individual emitida pelo Poder Judiciário, salvo a superveniência de lei, somente este poderá examinar a conservação e a permanência daquele regramento individual em relação aos fatos futuros.**
> 5. Sentença mantida. (BRASIL, 2013a)

> TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. SUPERVENIENTE ALTERAÇÃO NO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA PELO STF. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. PARECER PGFN Nº 492/11. EXAME ADMINISTRATIVO. COISA JULGADA. SEGURANÇA JURÍDICA. SEPARAÇÃO DOS PODERES.
> 1. Discute-se nos autos a possibilidade de a Receita Federal revogar despacho anterior de habilitação de crédito e, consequentemente, deixar de ressarcir valores

> postulados com base em ação judicial transitada em julgado, por considerar, a autoridade coatora, inexistente o direito em razão de superveniente alteração no entendimento jurisprudencial da matéria, pelo E. STF. Ato coator fundamentado no art. 741, parágrafo único, da Lei 5.869/73, com redação dada pela Lei 11.232/05 (CPC), bem como em decisões nos Recursos Extraordinário que tratam da questão de fundo (créditos fiscais correspondentes à isenção, não incidência, não tributação ou alíquota zero do IPI sobre a aquisição de matérias-primas utilizadas na fabricação de seus produtos finais).
> 2. Entendimento da Turma de que a ação declaratória de inexistência de relação jurídica decorrente da decisão judicial transitada em julgado, actio nullitatis, já está consolidada no direito processual brasileiro. Todavia, ela somente tem por finalidade corrigir vícios formais que se apresentam no processo, tornando nula a sentença, especialmente no que se refere à falta ou à nulidade dos pressupostos intrínsecos e extrínsecos de existência e validade do processo. Situação diversa é a de uma decisão proferida regularmente em um processo (com a presença de todos os seus elementos constitutivos da ação - citação, garantia do direito de defesa, regular publicação dos atos do processo, exaurimento da fase recursal), com trânsito em julgado, que não pode ser reputada inexistente. Contrariedade com o instituto da coisa julgada (art. 5º da Constituição Federal), bem como o princípio da segurança jurídica.
> 3. A segurança jurídica apresenta uma dimensão axiológica fundamental no Estado de direito, tanto que a Constituição a elencou entre os direitos e as garantias fundamentais, que não pode ser desconsiderada, mormente porque não houve modificação nas circunstâncias fáticas e jurídicas que permitam a aplicação da cláusula rebus sic stantibus. Mudança jurídica significa alteração na lei aplicada no caso concreto e não na jurisprudência.
> **4. O Parecer PGFN/CRJ nº 492/11, que busca sujeitar a coisa julgada a exame administrativo, viola o princípio da separação dos poderes, já que, uma vez regrada a relação jurídica pela normativa individual emitida pelo Poder Judiciário, salvo a superveniência de lei, somente este poderá examinar a conservação e a permanência daquele regramento individual em relação aos fatos futuros. Precedente da 2ª Turma desta Corte.**
> 5. Importante precedente do E. STF - RE 592912 AgR - que trata da interpretação do alcance do parágrafo único do art. 741, do CPC. 6. No caso dos autos, não alberga o argumento de se tratar de relação de trato continuado, pois a PER/DCOMP indeferida diz respeito a período anterior ao trânsito em julgado. (BRASIL, 2014b)

Apenas a título de esclarecimento, o primeiro acórdão supracitado, além desse fundamento, menciona também o precedente vinculado ao Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS (BRASIL, 2012c) e ainda o Recurso Especial 1.118.893/MG (BRASIL, 2011f) do Superior Tribunal de Justiça, cuja *ratio decidendi* foi objeto de análise anteriormente. O segundo acórdão faz menção ao primeiro e, ainda, suscita a tese de relativização da coisa julgada, também já debatida nesse trabalho.

O terceiro motivo diz respeito ao fato do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 ter se olvidado da eficácia preclusiva da coisa julgada prevista no artigo 474, do Código de Processo Civil, ao destacar que:

> [...] a eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado simplesmente não alcança a nova relação jurídica (assim como, pelo mesmo raciocínio, não alcança todas as outras relações jurídicas, de que eventualmente faça parte o autor da demanda judicial, **que não tenham sido deduzidas nessa demanda**). (BRASIL, 2011b)

Com efeito, o alcance da coisa julgada deve se estender até mesmo às alegações que poderiam ter sido deduzidas em determinada demanda e não foram pelas partes.

Conforme explicado no capítulo 2 desse trabalho, a eficácia preclusiva da coisa julgada é um mecanismo necessário na delimitação da coisa julgada. Por essa razão, caso o autor ajuíze outra ação com mesma causa de pedir, ainda que com outro pedido, a verificação do alcance da coisa julgada proferida na lide anterior perpassa pela pesquisa acerca dos argumentos suscitados nessa nova demanda.

Isso, na medida em que as alegações relacionadas ao objeto e pedido da ação devem ser aventadas no processo que inicialmente travou determinada discussão de mérito, sob pena de não poder serem suscitadas em outra lide, em razão da eficácia preclusiva da coisa julgada.

Portanto, entender que a coisa julgada não abrange questões deduzidas em uma determinada demanda pura e simplesmente, como quer fazer crer o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, mostra-se errôneo.

Ressalte-se novamente que o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) (BRASIL, 2015a), prevê o mesmo comando relativo à necessidade de ação revisional para afastamento da coisa julgada nas relações de trato sucessivo em caso de alteração de estado de Direito:

> Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:
> I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença. (BRASIL, 2015a)

Em vista do exposto, entende-se que, sempre que houver alteração de estado de Direito por meio da declaração de constitucionalidade de uma lei instituidora de um tributo pelo Supremo Tribunal Federal, nas condições mencionadas no tópico precedente, será necessário o ajuizamento e a procedência de ação revisional, para ensejar a retomada da cobrança desse tributo pela Administração Fazendária. Essa condição somente é desnecessária, quando houver alteração substancial da norma tributária declarada inconstitucional pela coisa julgada por outra norma, conforme os ensinamentos acima mencionados do Professor Theodoro Júnior (2012).

Situação distinta e que dispensa o ajuizamento de ação revisional ocorre quando o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional determinado tributo em sentido contrário àquele delineado na decisão passada em julgado, em ação intentada prolatada em ação intenta

pelo contribuinte.

É que nesse caso, independentemente dos motivos pelos quais houve a confirmação da constitucionalidade de uma norma pela coisa julgada, é fato que tendo o Supremo Tribunal Federal declarado tal norma inconstitucional por qualquer outro motivo, esta mácula impede a exigência do tributo lastreada nessa norma.

### *4.3.4 Ausência de violação ao princípio da isonomia no contexto delineado para Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011*

O último ponto que deve ser abordado sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 diz respeito à possibilidade desse documento preservar o princípio da isonomia entre contribuintes.

Segundo o Parecer, a possibilidade de retomada da cobrança de tributo de outro contribuinte ou a sua liberação dessa obrigação resguarda os princípios da isonomia e da livre concorrência. Isso, já que coloca igualmente todos os contribuintes de determinado tributo.

Já foi defendido no capítulo 2 dessa dissertação, que a manutenção de uma decisão para determinado contribuinte desonerativa do pagamento de um tributo, enquanto os demais são obrigados a pagá-lo, não fere o princípio da isonomia. Essa mesma linha serve para a situação inversa.

Com efeito, não se pode comparar contribuintes em situações distintas, ou seja, aquele que utilizou de uma ação judicial para eventual proveito na economia de pagamento de tributos em relação àquele que assim não procedeu. Ou mais, que ainda que tenha ajuizado a ação não tiverem decisão idêntica daquele que teve providos os seus pedidos.

Nesse sentido, Greco (2012) em artigo sobre o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 explica que:

> A aplicação do princípio da igualdade pressupõe que as situações envolvidas apresentem pontos de comparação. De acordo com a jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, a igualdade protege os indivíduos ou grupo de indivíduos que se encontrem em uma situação comparável, não bastante apenas uma situação semelhante.
> Ora, são absolutamente incomparáveis, as situações dos contribuintes beneficiados pela declaração de inexistência da obrigação de recolher certo tributo em determinada época, em relação às de outros contribuintes que, não tendo obtido qualquer pronunciamento judicial conclusivo, são alcançados pela declaração de constitucionalidade do tributo mais de dez anos depois. O comportamento que o Estado pode exigir de uns e de outros é totalmente diferente, em face das circunstâncias fático-jurídicas em que se encontram. (GRECO, 2012, p. 447)

Este também é o entendimento de Colodetti (2013, p. 163-165)

Santiago (2011, p. 2) lembra que o princípio da isonomia em matéria tributária é um meio de resguardar o contribuinte contra o Estado. Por essa razão, não pode o Estado suscitar eventual violação desse princípio para justificar a retomada da cobrança de um tributo, como que fazer crer o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011.

Corazza, Cezaroti, Silveira e Chiavassa (2012, p.11) destacam que a desigualdade no tipo de situação delineada no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 seria econômica e não jurídica, na medida em que traz prejuízos patrimoniais e é decorrente da ausência do uso do direito de ação por determinado contribuinte. Nesse sentido, do ponto de vista jurídico, não há como se equipará-los.

Em vista dos argumentos expostos nesse tópico e naquele que trata sobre a coisa julgada e o princípio da isonomia, entende-se que a linha defendida no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 de violação a esse princípio não deve ser considerada para justificar a retomada da cobrança de tributos nas situações nele delineadas.

## 5 CONCLUSÃO

A coisa julgada é garantia constitucional insusceptível de relativização.

Com efeito, considerando que esse instrumento processual foi alçado à condição de direito fundamental pelo legislador constituinte originário, a sua revisão somente se faz possível por meio do remédio processual previsto no próprio Texto Magno, qual seja, a ação rescisória.

Não obstante a regulamentação desse remédio ter sido outorgada ao legislador infraconstitucional, como não poderia deixar de ser, é fato que o Supremo Tribunal Federal em todas as suas recentes manifestações sobre os efeitos da coisa julgada tem reiterado o seu posicionamento. Sua posição é de que não se mostra possível a rescisão da coisa julgada de forma imediata e automática, por força de entendimento jurisprudencial posterior daquela Corte, proferido ainda que em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Em vista da preocupação da Suprema Corte em resguardar a coisa julgada de possibilidades de mitigação de seus efeitos, ainda mais quando se tratando de relação jurídica já finalizada por ela protegida é que se entende que, qualquer tentativa do legislador infraconstitucional de mitigar os seus efeitos, excetuando-se as hipóteses para o ajuizamento da ação rescisória são inconstitucionais.

Nesse cenário, a nosso ver, revelam-se inconstitucionais as regras previstas nos artigos 475-l, parágrafo 1º e 741, parágrafo único do atual Código de Processo Civil. Isso considerando que uma vez transitada em julgado uma decisão, não se afigura razoável o desprovimento de ação de execução desse julgado em vista de posterior alteração de posicionamento sobre a matéria analisada naquela decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

Como demonstramos no capítulo 3, condicionar a efetividade e eficácia de uma decisão transitada em julgado à manutenção do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria apreciada naquela decisão nos mesmos moldes em que definidos pela coisa julgada implica em torná-la condicionada a uma variável futura e incerta.

Em um sistema jurídico que enseja a previsibilidade e segurança jurídica, a nosso ver, a possibilidade de desprovimento de execução de decisão transitada em julgado conforme os termos previstos nos artigos 475-l, parágrafo 1º e 741, parágrafo único do atual Código de Processo Civil atenta contra garantias fundamentais previstas na Constituição, dentre as quais a própria coisa julgada, o devido processo legal, a segurança jurídica, como destacado e ainda impossibilita que o processo seja instrumento de estabilidade e pacificação social.

Do mesmo modo, a nova possibilidade de ação rescisória prevista no artigo 525, § 15

do novo Código de Processo Civil afigura-se inconstitucional.

Como compreender cabível a reabertura do prazo decadencial para a propositura desse tipo de ação com vistas a revisar a coisa julgada anos após o transcurso do prazo de dois anos para esse procedimento? Permitir que uma longínqua alteração de posição do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de matéria apreciada em decisão passada em julgada possa permitir a propositura de uma ação rescisória contra essa decisão é mitigar os efeitos e limites da coisa julgada. É tornar ainda mais nebuloso o sistema jurídico, trazendo insegurança e inconformismo para aqueles jurisdicionados vitoriosos em demandas cujas decisões já não mais comportam qualquer tipo de questionamento por meio de recursos ou até mesmo pela ação rescisória.

Ou seja, entender que uma decisão passada em julgada vinculada a uma relação jurídica instantânea tem validade até posterior alteração de entendimento da Suprema Corte sobre essa relação é condicionar essa validade a um eventual futuro. Em suma, a coisa julgada vale até que sobrevenha decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário.

Por outro lado, vale destacar que a chamada *abstrativização* do controle difuso de constitucionalidade é tendência que parece não ter volta no Direito Processual pátrio, na medida em que ao longo dos últimos anos, a legislação tem criado vários mecanismos, de modo a viabilizar a observância dos Tribunais e Juízes às decisões proferidas pela Suprema Corte, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Contudo, a aplicação de precedentes da Suprema Corte a outros casos cuja matéria versada na lide se mostra idêntica não pode ser feita de forma automática, sem a averiguação da identidade das circunstâncias fáticas e jurídicas entre o precedente do Supremo Tribunal Federal e o caso em concreto, que poderá ser decidido com base nesse precedente. Isso, sob pena de se ferir o devido processo legal, o contraditório e o dever de motivação das decisões judiciais esculpido no artigo 93, inciso IX da Constituição. Nesse contexto, se mostra imprescindível a verificação da fundamentação utilizada quando do julgamento do precedente a ser aplicado e os argumentos trazidos à tona pelo jurisdicionado, conforme se verifica dos ensinamentos de Carvalho sobre esse dever/princípio da motivação das decisões que requer a a verificação de todos os dados e elementos aventados pelas partes:

> Assim, impõe-se o entendimento de que a fundamentação da decisão jurisdicional, muito longe de surgir apoiada em convicções pessoais ou em critérios salomônicos ou sentimentos vagos de justiça, deverá ser o resultado lógico da atividade procedimental desenvolvida em torno das questões discutidas e dos argumentos produzidos em contraditório pelas partes em todas as fases do processo, porquanto são elas, as partes contraditoras, que suportarão seus efeitos. Estamos mencionando argumentos desenvolvidos pelas partes, em torno das questões desenvolvidos em contraditório pelas partes, em torno de questões discutidas no processo, a exigir

> explicação da posição assumida, o que nos apressamos a fazer. (DIAS, 2015, p. 173-174)

Ainda sobre a necessidade de averiguação entre o contexto fático e jurídico de um caso e aquele precedente a ser aplicado para adequá-lo ao entendimento externado pelos Tribunais Superiores, vejam-se as lições e advertências de Theodoro Júnior, Nunes, Bahia e Pedron (2015):

> Falta aos nossos Tribunais uma formulação mais robusta sobre o papel dos "precedentes". Se a proposta é que eles sirvam para indicar aos órgãos judiciários qual o entendimento "correto", deve-se atentar que o uso de um precedente apenas pode se dar fazendo-se comparação entre os casos – entre as hipóteses fáticas – de forma que se posssa aplicar o caso anterior ao novo. (THEODORO JUNIOR, NUNES, BAHIA, PEDRON, 2015, p. 339)

De fato, é essa a *ratio legis* dos artigos 489, 499 e 501, do Código de Processo Civil que terá vigência no ano de 2016.

Nesse contexto, em se tratando de coisa julgada relativa às relações de trato sucessivo em que é possível a cessação da observância dos efeitos da coisa julgada quando houver alguma alteração de estado de Direito, constata-se ser indispensável a averiguação dos fundamentos da decisão da Suprema Corte a ser considerada como alteração de estado de Direito e a fundamentação da decisão passada em julgado. A nosso ver, isso deve ser feito via ação revisional prevista no atual e no vindouro Diploma Processual Civil. Esse é o instrumento, por meio do qual o Juízo responsável por zelar pela coisa julgada poderá certificar se o precedente proferido pela Suprema Corte tem o condão de fazer cessar os efeitos da coisa julgada.

Ainda sobre a possibilidade de enquadramento de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal como alteração de estado de Direito, partiu-se da premissa que esse enquadramento ocorre quando estiverem presentes nessas decisões dois elementos: a definitividade e a inovação da decisão proferida pela Suprema Corte.

Definitividade no sentido da decisão proferida pela Suprema Corte ser o posicionamento final sobre a constitucionalidade ou não de determinada matéria. Isso pressupõe uma análise detalhada de todos os membros do Supremo Tribunal Federal, em circunstâncias nas quais esses Ministros tenham plena consciência de que o posicionamento tomado por eles servirá de base para a resolução dos conflitos travados com base na matéria a ser apreciada naquele determinado julgamento.

Entendemos que devem ser consideradas definitivas as decisões proferidas em sede de controle de concentrado de constitucionalidade, aquelas proferidas em sede de controle difuso

com posterior edição de súmula vinculante e, ainda, aquelas proferidas em Recurso Extraordinário com repercussão geral.

O outro elemento necessário para a classificação de uma decisão da Suprema Corte, como alteração de estado de Direito, é o caráter inovador dessa decisão, na medida em que rompe com o entendimento anteriormente sufragado por esse órgão judicante ou revê os fundamentos que alicerçavam o entendimento pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma.

Isso tudo, considerando a possibilidade de ampla participação de toda a sociedade no debate sobre a constitucionalidade das normas, de modo a viabilizar a apreciação do máximo de argumentos possíveis para o desfecho dessa tarefa a ser realizada pela Suprema Corte, com vistas a tornar o entendimento desse órgão o mais legítimo, considerando os princípios da soberania popular, segurança jurídica, devido processo legal e dever de fundamentação das decisões judiciais.

Portanto, em vista dos dois critérios que entendemos necessários para a classificação de uma decisão do Supremo Tribunal Federal como alteração do Estado de Direito, nosso entendimento é de que as premissas e determinações consubstanciadas no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 são parcialmente constitucionais.

Para tanto, consideramos assim como Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 que não há qualquer relação entre a retomada da cobrança de tributos em face de alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal e a relativização da coisa julgada.

Isso, já que não se trata de rever os efeitos *ex tunc* já exauridos no tempo de uma decisão protegida pela coisa julgada, mas sim de checar se tais efeitos permanecerão mesmo quando ocorrer essa alteração de posicionamento sobre determinado tema pelo Supremo Tribunal Federal tendo como premissa uma relação jurídica de trato sucessivo apreciada naquela decisão não mais recorrível e rescindível.

Nesse cenário, em vista dos parâmetros que elegemos para classificar uma decisão da Suprema Corte como alteração de estado de Direito, nosso entendimento é que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 equivoca-se ao considerar que as decisões proferidas ainda que anteriormente a 3 de maio de 2007 e reiteradas pelo plenário da Suprema Corte podem ser consideradas como alteração de estado de Direito.

Por outro lado, conforme já destacado acima, entendemos que o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 acerta ao elencar as decisões as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas em controle difuso nos termos do artigo 543-B do Código de Processo Civil, ou seja, naqueles Recursos Extraordinários com repercussão geral ou aquelas decisões proferidas no controle

difuso com posterior edição de súmula vinculante. Isso, por tais decisões possuírem os elementos de definitividade e inovação detalhados anteriormente.

Essa assertiva também pode ser feita em relação às decisões proferidas quando da apreciação das ações relativas ao controle difuso de constitucionalidade.

Entretanto, compreendermos que a maioria das premissas utilizadas no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 para fundamentar a retomada da cobrança de tributos em vista da alteração de posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade desses tributos está equivocada. Isso, a despeito de apenas as decisões proferidas no controle difuso de constitucionalidade pela Suprema Corte em recursos sem repercussão geral ou não seguidas de súmulas vinculantes não poderem ser classificadas como alteração de estado de Direito.

Como visto no capitulo anterior, a possibilidade de retomada da cobrança de um tributo numa relação de trato sucessivo não se dá por conta da aventada violação ao princípio da isonomia, ou por se tratar de uma nova relação jurídica, ou ainda porque nos julgados citados no Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, o Supremo Tribunal Federal teria decidido pela mutação constitucional do preceito disposto no artigo 52, inciso X da Constituição.

Esses argumentos, a nosso ver, não justificam a retomada da cobrança de tributos após a alteração de estado de Direito decorrente da mudança de entendimento pelo Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade de determinado tributo.

Na verdade, o que entendemos ser a real justificativa para essa retomada da exigência de um tributo diz respeito aos efeitos e a dimensão desse novo posicionamento do Supremo Tribunal no que toca às relações jurídicas de trato sucessivo. Sendo esse posicionamento definitivo e inovador sobre determinada matéria, não há, a nosso ver, motivo para a manutenção dos efeitos da coisa julgada relativa a uma relação jurídica de trato sucessivo, justamente por tal posicionamento se enquadrar como uma alteração de estado de Direito, prevista no atual e vindouro Códigos de Processo Civil, como hipóteses de cessação da eficácia da coisa julgada nesse tipo de relação jurídica.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de direito constitucional**: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

ARAGÃO, Egas Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Exegese do Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

ASSIS, Araken de. **Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. Saneamento do processo**: estudos em homenagem ao Prof. Galeno Lacerda. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: Exposição Sistemática da Doutrina e Análise Crítica da Jurisprudência. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BERNARDES, Juliano Taveira. Efeito Vinculante das Decisões do Controle Abstrato de Constitucionalidade: transcendência aos motivos determinantes? In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). **Leituras Complementares de Direito Constitucional**: Controle de Constitucionalidade. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República Federativa do Brasil**. de Janeiro: Senado, 1891. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Senado, 1934. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil.** Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 239**. Brasília, 13 dez. 1963a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 343**. Diário de Justiça**,** Brasília, 13 dez. 1963b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1934). Emenda constitucional nº. 16, de 26 de novembro de 1965. Altera dispositivos constitucionais referentes ao Poder Judiciário. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1965.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. Brasília, 1966a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 25 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 16.512. Relator: Oswaldo

Trigueiro. **Diário do Judiciário**, Brasília, 31 ago. 1966b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 406 de 31 de dezembro de 1968. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0406.htm>. Acesso em: 29 jun. 2015.

BRASIL. Decreto nº 70.235, de 6 de mar. de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União,** Brasília, 1972. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/ >. Acesso em: 5 maio 2015.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 ago.2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988a. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/>. Acesso em: 5 maio 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988. Altera a legislação do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP e do Programa de Integração Social - PIS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 jun. 1988b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2445.htm>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.449 de 21 de julho de 1988. Altera disposições do Decreto-Lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jul. 1988c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2449.htm>. Acesso em: 1 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 7.689 de 15 de dezembro de 1988. Institui contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 1988d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7689.htm>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 maio 1990a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8036consol.htm>. Acesso em: 16 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.072 de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jul. 1990b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 70 de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1991a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp70.htm>. Acesso

em: 28 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 jul. 1991b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 8 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 4.987/RJ. Relator: Sálvio de Figueiredo Teixeira - Quarta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29. out. 1991c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595401/recurso-especial-resp-4987>. Acesso em: 12 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 652**. Relator: Celso de Mello. Brasília, 1991d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 138.284/CE. Relator: Carlos Velloso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 ago. 1992a. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/750856/recurso-extraordinario-re-138284-ce>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 150.764-1/PE. Relator Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 dez. 1992b. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARE+150.764>. Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 146.733/SP**. Relator Moreira Alves. Brasília, 1992c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº. 03, de 17 de março de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mar. 1993a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 293/MC. Relator: Celso de Mello. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 16 abr. 1993b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ/Nº 1.277/1994**. Brasília, 28 dez. 1994.

BRASIL. Senado Federal. Resolução do Senado Federal nº 46, de 05 de outubro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 out. 1995a. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=06/10/1995>. Acesso em: 11 nov. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.102/DF. Relator: Mauricio Corrêa. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 17 nov. 1995b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento

168.149/RS. Relator: Marco Aurélio - Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 jun. 1995c. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 3 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1/DF. Relator: Moreira Alves. **Diário Oficial da União,** Brasília, 16 jun. 1995d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 19 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.430 de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 28 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9430.htm>. Acesso em: 13 ago.2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº. 20, de 15 de dezembro 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 dez. 1998a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 13 ago.2015.

BRASIL. Lei nº 9.718 de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre às contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP e à Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, de que tratam o art. 239 da Constituição e a Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, ao Imposto sobre a Renda e ao Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, ou relativos a Títulos ou Valores Mobiliários - IOF. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 nov. 1998b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9718.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.756 de 17 de dezembro de 1998. Dispõe sobre o processamento de recursos no âmbito dos tribunais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 dez. 1998c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9756.htm>. Acesso em: 30 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 147.776/SP. Relator: Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 jun. 1998d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 212.484/SC. Relator: Ilmar Galvão. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 nov. 1998e. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/741270/recurso-extraordinario-re-212484-rs>. Acesso em: 4 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.828 de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nºs 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 nov. 1999a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm>. Acesso em: 14 jul. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 nov. 1999b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 07 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 04 dez. 1999c. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 221.795/SP. Relator: Nelson Jobim. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 nov. 2000a. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 11 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 233.662/GO. Relator: José Delgado - Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 08 mar. 2000b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/366239/recurso-especial-resp-233662-go-1999-0090373-0>. Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.231. Relator: Néri Silveira. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 27 jun. 2000c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.154.** Relator: Dias Toffoli. Brasília, 2000d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.258**. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 2000e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.215/PE. Relator: Celso de Mello. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 26 abr. 2001a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.418. Relator: Sydney Sanches. **Diário Eletrônico da Justiça**, Brasília, 28 mar. 2001b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 116.121/SP. Relator: Octavio Gallotti. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 25 maio 2001c. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/778845/recurso-extraordinario-re-116121-sp>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 135.328/SP. Relator: Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 abr. 2001d. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747816/recurso-extraordinario-re-135328-sp> Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.381/RS. Relator: Sepulveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 dez. 2001e. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº. 32, de 11 de setembro de 2001.

Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 set. 2001f. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.246/DF**. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, 2001g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 350.446/PR. Relator: Nelson Jobim. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 jun. 2003a. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745601/recurso-extraordinario-re-350446-pr>. Acesso em: 6 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.511. MC/DF. Relator: Carlos Velloso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 jun. 2003b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 10 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 376.852/SC. Relator: Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 jun. 2003c. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14745073/medida-cautelar-no-recurso-extraordinario-re-376852-sc> Acesso em: 2 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 328.812/AM. Relator: Gilmar Mendes - Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 abr. 2003d. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 381.964/MG**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2003e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 2.363/PA**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2003f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 27 maio 2015

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Reclamação Constitucional 2.391/PR. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 04 jul. 2004b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em: 4 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.702/PR. Relator: Mauricio Corrêa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 fev. 2004c. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.967/BA.

Relator: Sepulveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2004d. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.632/BA. Relator: Sepulveda Pertence. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 mar. 2004e. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação 1.880/SP. Relator:Maurício Corrêa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 mar. 2004f. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/772348/agregna-reclamacao-rcl-agr-1880-sp>. Acesso em: 3 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 197.917/SP. Relator: Maurício Corrêa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 07 maio 2004g. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774152/recurso-extraordinario-re-197917-sp> Acesso em: 5 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 427.117/MS. Relator: Castro Filho - Terceira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 fev. 2004h. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7404146/recurso-especial-resp-427117-ms-2002-0044155-6>. Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 1.987/DF. Relator: Maurício Corrêa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 maio 2004i. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 27 maio 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n° 21.702/2004**. Brasília, 2004j. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 11.232 de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 2005a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11232.htm>. Acesso em: 24 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 661.289/MG. Relator: José Delgado - Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 out. 2005b. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 10 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 671.182/RJ. Relator: Luiz Fux – Primeira Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 maio 2005c. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=titulo%3ARESP+671.182%2FRJ>. Acesso em: 7 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.149/SC. Relator: Joaquim Barbosa. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 abr. 2005d. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 357.950/RS. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. 2005e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 377.457/SP. Relator: Nelson Jobim. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 nov. 2005f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 11.418 de 19 de dezembro 2006. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 dez. 2006a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 6 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 828.106/SP. Relator: Teori Albino Zavascki. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 maio 2006b. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7161058/recurso-especial-resp-828106-sp-2006-0069092-0/inteiro-teor-12885789>. Acesso em: 3 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 3.740. Relator: Gilmar Mendes. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 maio 2006c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 82.959/SP. Relator: Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 de set. 2006d. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 346.084/PR. Relator: Ilmar Galvão. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 set. 2006e. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762577/recurso-extraordinario-re-346084-pr>. Acesso em: 3 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 390.840/MG. Relator: Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 ago. 2006f. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762576/recurso-extraordinario-re-390840-mg> Acesso em: 5 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CAT/Nº 2.773/2007**. Brasília, 13 dez. 2007a. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/storage/f/2012-07-09T110621/Parecer_2773-2007.doc. > Acesso em: 13. Jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.896/PE. Relator: Sydney Sanches. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 out. 2007b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.240/BA. Relator: Eros Grau. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 ago. 2007c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 15/DF. Relatora: Carmen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 mar. 2007d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 7 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 353.668/PR. Relator: Nelson Jobim. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 ago. 2007e. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14729529/embdeclno-recurso-extraordinario-re-353668-pr> Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 370.382/PR. Relator: Carlos Velloso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 fev. 2007f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/> Acesso em: 4 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 559.882/RS**. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 2007g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/> Acesso em: 5 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 556.664/RS. Relator: Gilmar Mendes. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 ago. 2008a. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719930/recurso-extraordinario-re-556664-rs>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 875.635/MG. Relator: Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 03 nov. 2008b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 16 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial 885.763/GO. Relatora: Eliana Calmon - Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 06 nov. 2008c. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 16 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 8. **Diário da Justiça Eletrônico,** Brasília, 20 jun. 2008d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 706.987/SP. Relator: Humberto Gomes de Barros. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 maio 2008e. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/851566/recurso-especial-resp-706987-sp-2004-0169973-1/inteiro-teor-12768312>. Acesso em: 02 ago.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 590.880/CE**. Relator: Rosa Weber. Brasília, 2008f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/> Acesso em: 4 ago.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.071/DF**. Relator: Menezes Direito. Brasília, 2008g. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.048/DF. Relatora: Ellen Gracie. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 fev. 2008h. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº. 62, de 09 de dezembro de 2009.

Altera o art. 100 da Constituição Federal e acrescenta o art. 97 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, instituindo regime especial de pagamento de precatórios pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 dez. 2009a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc62.htm>. Acesso em: 02 ago. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ/Nº 391/2009**. Brasília, 03 fev. 2009b. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/3912009>. Acesso em: 06. Jul. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. Ação Rescisória 1.409/SC. Relatora: Ellen Gracie. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 mar. 2009c. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Apelação em Mandado de Segurança 98.03.102103-6/SP. Relator: Juiz convocado em auxílio Miguel di Pierro – Sexta Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 ago. 2009d. Disponível em: <http://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17794690/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-102103-sp-9803102103-6-trf3>. Acesso em: 18 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 26. **Diário da Justiça Eletrônico,** Brasília, 23 dez. 2009e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 17 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.103.584/DF. Relator: Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 10 set. 2010a. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16819898/recurso-especial-resp-1103584-df-2008-0250438-4/inteiro-teor-16819899>. Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 353.657/PR. Relator: Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 ago. 2010b. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15809516/embdecl-no-recurso-extraordinario-re-353657-pr> Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.189.619/PE. Relator: Castro Meira – Primeira seção. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 02 set. 2010c. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15923131/recurso-especial-resp-1189619-pe-2010-0068398-9/inteiro-teor-16830621>. Acesso em: 2 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.345. Relator: Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 ago. 2010d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.365. Relator: Celso de Mello. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 ago. 2010e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ/Nº 975/2011**. Brasília, 02 jun. 2011a. Disponível em:

<http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/9752011 >. Acesso em 10: jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer Nº 492/2011**. Brasília, 31 mar. 2011b. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/4922011>. Acesso em: 10 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 363.889/DF. Relator: Ministro Dias Toffoli. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 dez. 2011c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em: 2 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.736/DF. Relator: Cezar Peluso. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 mar. 2011d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 611.503/RS**. Relator: Teori Zavascki. Brasília, 2011e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3858766> Acesso em: 3 jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.118.893/MG**. Relator: Arnaldo Esteves Lima - Primeira Turma. Brasília, 2011f. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Parecer PGFN/CRJ/Nº 2449/2012**. Brasília, 27 nov. 2012a. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/dataset/pareceres/resource/24492012. >. Acesso em: 10. Jul. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial 841.818/DF**. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília, 2012b. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/ >. Acesso em: 12 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 592.912/RS. Relator: Celso de Mello - Segunda Turma. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 22 nov. 2012c. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 11 fev. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário 5006618-44.2012.404.7100.Relator: Otávio Roberto Pamplona. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 23 jul. 2013a. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 23 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.425/DF**. Relator: Ayres Britto. Brasília, 14 mar. 2013b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.357/DF**. Relator: Ayres Britto. Brasília, 14 mar. 2013c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>.

Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 786.166/PI. Relator Luiz Fux. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 set. 2014a. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25276862/segundo-agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-786166-pi-stf>. Acesso em: 3 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Reexame Necessário 5004071-76.2013.404.7009. Relator: Joel Ilan Paciornik – Primeira Turma. **Diário de Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, 12 jun. 2014b. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/>. Acesso em: 1 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Nota nº 735/2014/PGFN/CASTF**. Brasília, 02 jul. 2014c. Disponível em: <http://dados.pgfn.fazenda.gov.br/storage/f/2012-07-09T110621/Parecer_2773-2007.doc> Acesso em: 13. Jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 590.809/RS. Relator: Marco Aurélio. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 nov. 2014d. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 3 jun. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação Constitucional 4.335/AC. Relator: Gilmar Mendes. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 out. 2014e. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> Acesso em: 4 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 5.847/PR. Relator: Cármen Lúcia. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 01 ago 2014f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 27 maio 2015.

BRASIL. Código de Processo Civil - Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 24 ago.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.127/DF. Relatora: Rosa Weber. **Diário da Justiça Eletrônico.** Brasília, 28 out. 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 4 nov. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo 864.746/PR. Relator: Dias Toffoli. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 ago. 2015c. Disponível em:<http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>. Acesso em: 29 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.496.208/RS. Relator: Humberto Martins. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 abr. 2015d. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181630991/recurso-especial-resp-1496208-rs-2014-0295053-4>. Acesso em: 3 jul. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 730.462/SP. Relator: Teori Zavascki. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 09 set. 2015e. Disponível em: <http://stf.jus.br/> Acesso em: 4 ago.2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CABRAL, Antônio Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: JusPODIVM, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão 1103-001.006**. Relator: Eduardo Martins Neiva Monteiro. Brasília, 02 nov. 2014a. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão 1302-001.410**. Relator: Márcio Rodrigo Frizzo. Brasília, 13 set. 2014b. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS. **Acórdão 1302-001.622**. Relator: Alberto Pinto Souza Júnior. Brasília, 03 fev. 2015. Disponível em: <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 01 nov. 2015.

COELHO, Dierle José Nunes; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática juduciária Brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, v. 3, n. 62, p. 179-208, jan/jun. 2013.

COLODETTI, Arthur Daher. **Jurisdição constitucional e coisa julgada**: Reflexos das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre as relações jurídicas tributárias continuativas acobertadas pela coisa julgada – análise crítica do Parecer/CRJ/Nº 492/2011. 2013. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual Civil, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2013. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_6545_Disserta%E7%E3o%20Arthur%20Daher%20Colodetti.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2015.

CORAZZA, Edison Aurélio; CEZAROTI, Guilherme; SILVEIRA, Rodrigo Maito da; CHIAVASSA, Tércio. O Parecer PGFN nº 492/2011 – Manifestação sobre relativização de coisa julgada – Inconsistência de fundamentação. **Revista Fórum de Direito Tributário**, Belo Horizonte, ano 10, n. 60, nov./dez. 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição Constitucional Democrática**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio do "stare decisis" e a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle difuso de constitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade: teoria e prática**. 6. ed. rev.,

atual. e ampl., Salvador: Juspodivm, 2010.

DALLAZEM, Dalton Luiz. A Coisa Julgada e a Posterior Apreciação da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. In: MARTINS, Ives Gandra, PEIXOTO, Marcelo Magalhães, ELALI, André (Coords.). **Coisa Julgada Tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. **Revista da AGU**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 21-46, jun. 2002. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892447>. Acesso em: 2 ago. 2015.

DIAS. Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). Processo e Constituição: Estudos em homenagem a professor Moreira. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 2006.

DINAMARCO Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo. n. 55/56, p. 31-77, jan./dez. 2001. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 19990020032132. Relator: Dácio Vieira. **Diário do Judiciário da União**, Brasília, 30 ago. 2000. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4187779/agravo-de-instrumento-ai-19990020032132>. Acesso em: 4 maio 2015.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: M. Limonad, 1986.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. O Efeito Repristanatório na Declaração de Inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo.**Leituras Complementares de Direito Constitucional**. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.

FRIZZO, Márcio Rodrigo; EMERICH, Jhonattan Siqueira. Breves considerações sobre a (des)necessidade de observação do Parecer PGFN 492/2011 pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). In: CONPEDI/UFPB (Org.). **Direito Tributário II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p.490-513. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=e52c9599ea82e008>. Acesso em: 10 nov. 2015.

GODOI, Marciano Seabra de. Questões sobre Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito. (Org.). **Coisa Julgada e legalidade em matéria tributária**. São Paulo - Fortaleza: Dialética - ICET, 2006.

GODOI, Marciano Seabra de. O consequencialismo jurídico e as modulações dos efeitos das decisões do STF. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2009.

GODOI, Marciano de Seabra de. Proteção da Segurança Jurídica e Guinadas Jurisprudenciais

em Matéria Tributária: Análise da Doutrina Atual e de Alguns Casos Recentes. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. (Org.). **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. 16. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

GRECO, Leonardo. Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária. In: MACHADO, Hugo de Brito (Org.). **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. São Paulo: Dialética; Fortaleza: ICET, 2006.

GRECO, Leonardo. A Declaração de constitucionalidade da lei pelo STF em controle concentrado e a coisa julgada anterior – análise do Parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. IX, 2012. Disponível em: <www.redp.com.br>. Acesso em: 11 abr. 2015.

HESSE, Konrad. **A Força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização inconstitucional da coisa julgada**: temática processual e reflexões jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LENZA. Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva. 2010

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada (com aditamentos relativos ao direito brasileiro)**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACEDO, Luana Vargas. Novo olhar sobre a coisa julgada tributária. **Valor Econômico**, São Paulo, 29 ago. 2011. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/990626/novo-olhar-sobre-coisa-julgada-tributaria>. Acesso em: 23 nov. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. Coisa Julgada e legalidade em matéria tributária. In: **Coisa Julgada e legalidade em matéria tributária**. Coedição. Fortaleza: ICET / Dialética, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Delimitação e Relativização da Coisa Julgada. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo, n. 99, p. 32, jun. 2011.

MACHADO, Hugo de Brito; MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Coisa julgada. Decisão superveniente do STF. Relação continuativa tributária. Questões de procedimento administrativo. Multa desproporcional e irrazoável. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo, v. 123, p. 95-112, 2005.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Coisa Julgada e legalidade em matéria tributária. In: **Coisa Julgada e legalidade em matéria tributária**. Coedição. Fortaleza: ICET e Dialética, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). **Grandes questões atuais do direito tributário**. 19° volume. São Paulo: Dialética, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada erga omnes e eficácia vinculante.** [2010]. Disponível em: <https://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/coisa-

julgada_erga_omnes_vinculante_marinoni.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. Coisa Julgada Inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 3. ed., rev. e atual. 2013.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Editora Dialética, 2012.

MARTINS, Ives Gandra; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). **A Coisa Julgada e a Posterior Apreciação da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal Coisa Julgada Tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de Constitucionalidade**. Aspectos Jurídicos e Políticos. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. O Papel do Senado Federal no Controle de Constitucionalidade: Um Caso Clássico de Mutação Constitucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, abr./jun. 2004. Disponível em: <www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2015.

MOLLICA, Rogério. Parecer da PGFN extrapola e atinge coisa julgada. **Conjur**. 25 set. 2011. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2011-set-25/parecer-492-pgfn-extrapola-atinge-coisa-julgada>. Acesso em: 20 jul. 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. **Revista dos Tribunais**, n. 416, p. 9-17, jun. 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Considerações sobre a chamada 'relativização' da coisa julgada material. **Revista Forense**, v. 377, n. 22, p. 91-111, jan./fev. 2005.

MOREIRA, Fernando Mil Homens. O Parecer PGFN/CRJ 492, de 30.03.2011, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional: desrespeito à autoridade da coisa julgada em matéria tributária e atentado à jurisprudência do STJ. In: GALLOTTI, Isabel (Coord.). **O papel da jurisprudência no STJ**. São Paulo: RT, 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Antônio Frota. O parecer PGFN/CRJ 492/2011 e os efeitos da coisa julgada em face da segurança jurídica no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 3, n. 2,p. 174-194, jul/dez. 2013.

NEVES, Celso. Coisa julgada civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1971.

NUNES, Dierle José Coelho; LACERDA, Rafaela; MIRANDA, Newton Rodrigues. O uso do precedente judicial na prática juduciária Brasileira: uma perspectiva crítica. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**. Belo Horizonte, v. 3, n. 62, p. 179-208, jan/jun. 2013.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. Controle concentrado e difuso no Direito Constitucional: a eficácia temporal das decisões. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 246, p. 209-225, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/>. Acesso em: 2 ago. 2015.

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

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos:** projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias e trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), a American Psychological Association (APA) e o Comitê Internacional de Editores de Revistas Médicas (VANCOUVER). Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.pucminas.br/documentos/orientacoes-abnt-apa-vancouver.pdf> . Acesso em: 23 Nov. 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.

QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JÚNIOR, Antônio Carlos F. Afastamento da coisa julgada segue limites legais. **Conjur**, 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-30/afastamento-coisa-julgada-segue-prescricoes-legais-fixam-limites>. Acesso em: 25 jun. 2015.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Constituição e constitucionalidade**. Belo Horizonte: Editora Lê, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição reinventada**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2013

SANTIAGO, Igor Mauler. As involuções da coisa julgada tributária. **JusBrasil**, 2011. Disponível em: <http://oab-rj.jusbrasil.com.br/noticias/2783779/artigo-as-involucoes-da-coisa-julgada-tributaria-igor-santiago>. Acesso em: 20 jul. 2015.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre concorrência. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 13, p. 141-164, 2006.

SCAFF, Fernando Facury. Novas Dimensões do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Prevalência do Concentrado e Ocaso do Difuso. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Ed. Dialética, v. 50, p. 20-41, 2007.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 821, p. 29-38, mar. 2004. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Ovidio%20Baptista%20-formatado.pdf>. Acesso em: 2 ago. 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 1988.

SOUZA, Fernando Donnabella Camano de; SOUZA, Igor Nascimento de. **Coisa julgada em matéria tributária**: análise de caso concreto: autuação fiscal para a exigência de contribuição social sobre o lucro líquido. A Coisa Julgada e a Posterior Apreciação da Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal Coisa Julgada Tributária. São Paulo: MP Editora, 2005.

SOUZA, Fernando Donnabella Camano de. Breves Comentários sobre o Parecer nº 492/2011 – Coisa Julgada em Matéria Tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo, n. 201, p. 70–82, jun. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**: os limites da modulação dos efeitos em controle difuso de constitucionalidade - O caso dos crimes hediondos. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1498, 8 ago. 2007. Brasil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>. Acesso em: 11 jul. 2015.

STUMPF, Lívia Troglio. **Coisa Julgada Tributária e Controle de Constitucionalidade**. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/56636 >. Acesso em: 10 nov. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho, BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização.** Rio de Janeiro. Forense, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. **Revista dos Tribunais**, v. 91, n. 795, p. 21-40, jan. 2002. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/892395>. Acesso em: 2 ago. 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa Julgada. Mandado de Segurança. Relação jurídica-continuativa, Contribuição Social. Súmula nº 239 do STF. In: MARTINS, Ives Gandra; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). **Coisa Julgada Tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Coisa julgada em matéria tributária lastreada em reconhecimento de inconstitucionalidade de lei: posterior declaração positiva de constitucionalidade de lei pelo STF – efeitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, São Paulo, v. 12, n. 80, p. 99-123, nov./dez. 2012. Disponível em: <http://online.sintese.com/pages/juridico/login.jsf>. Acesso em: 2 ago. 2015.

TROIANELLI. Gabriel Lacerda. O enfraquecimento da coisa julgada em matéria tributária. In: MARTINS, Ives Gandra; PEIXOTO, Marcelo Magalhães; ELALI, André (Coords.). **Coisa Julgada Tributária**. São Paulo: MP Editora, 2005.

VALVERDE, Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Controle de constitucionalidade na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 178, p. 6-17, out./dez. 1989. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46133/44292>. Acesso em: 2 ago. 2015.

ZAMARIAN, Lívia Pitelli; NUNES JÚNIOR,Vidal Serrano. Súmulas vinculantes: solução para a adequada abstrativização do controle difuso de constitucionalidade? **Scientia Iuris**, Londrina, v. 16, n. 1, p.113-136, jul. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. Coisa julgada em matéria constitucional: eficácia das sentenças nas relações jurídicas de trato continuado. **BDJur**, Brasília, 25 abr. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16921>. Acesso em: 12 jul. 2015.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional**. 3. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.