

## **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**

*Leonardo Greco*

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro; Professor Adjunto do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Com frequência empresas atingidas por nova legislação instituidora de determinado tributo, que consideram inconstitucional, dirigem-se ao Poder Judiciário propondo ação declaratória da inexistência da relação jurídica tributária em que obtêm êxito, com sentença transitada em julgado. Não raro, dez ou mais anos depois, o Supremo Tribunal Federal, em ação de controle concentrado de constitucionalidade, vem a declarar a constitucionalidade do referido tributo. Qual é o alcance dessa decisão, em face da coisa julgada anterior?

### **I – Extensão do pedido na ação declaratória:**

1. No universo dos instrumentos de tutela dos direitos subjetivos legal e constitucionalmente assegurados, as ações declaratórias – que Buzaid preferia que fossem denominadas *ações meramente declaratórias*<sup>1</sup> – são absolutamente indispensáveis.

---

<sup>1</sup> “A rigor, deveríamos dizer ação meramente declaratória, em vez de ação declaratória, para distingui-las das demais ações que, posto tenham outro objeto e conteúdo, não deixam de ser declaratórias.” BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 139.

2. O artigo 4º do Código de Processo Civil de 1973 deixou isso bem claro ao proclamar que o interesse de agir pode consistir simplesmente na declaração da existência ou inexistência de relação jurídica, ou da autenticidade ou falsidade de documento. E o seu parágrafo único, ainda mais enfático, faculta a propositura da ação meramente declaratória ainda que já tenha ocorrido a lesão ao direito.

3. Apesar do reconhecimento de que a sua feição moderna tenha sido fixada pela Ordenança Processual Civil alemã de 1877, parece inquestionável que a sua origem remonta ao Direito Romano:

A existência das *formulae et actiones praeiudiciales*, no direito romano clássico, denota claramente que, além da tutela judicial posterior à violação do *direito*, existia uma forma autônoma, sem *condemnatio* e composta somente de *intentio*, denominada *praejudicium*, consistente em um juízo normativo de eventual juízo sucessivo, aplicado nas situações ou questões de estado e nas mais variadas hipóteses de incerteza jurídica.<sup>2</sup>

4. Ada Pellegrini Grinover enfatiza que o seu surgimento foi uma conquista de Justiniano.<sup>3</sup>

5. A sua pioneira positivação no Brasil, em 1924, no Código do Processo Civil e Comercial do Distrito Federal, foi o resultado de um intenso movimento em prol da expansão dos meios de tutela jurídica, ao qual deram importantes contribuições Rui Barbosa, Costa Manso, Muniz Barreto, entre outros.<sup>4</sup>

6. De certo modo criticando a lição da doutrina capitaneada por Chiovenda, de que a condição da ação meramente declaratória seria a “incerteza atual e objetiva”, Ada Pellegrini Grinover ressalta, com assento em Carnelutti, que, tal como nas ações

---

<sup>2</sup> BUZUID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 18.

<sup>3</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Editora da Universidade de São Paulo, 1972. p. 18.

<sup>4</sup> ESTELITA, Guilherme. **Direito de ação. Direito de demandar**. 2. ed. prefaciada por Pedro Batista Martins e com remissões ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1942. p. 21-27; BUZUID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 41-48, passim.

constitutivas e condenatórias, a atuação do direito objetivo visa, sempre “a composição de um conflito de interesses”.<sup>5</sup> E continua:

O interesse de agir não se limita apenas a debelar a incerteza jurídica, atual e objetiva, mas sim a incerteza que tenha determinado ou possa determinar a explosão de uma lide; e como o dano da incerteza consiste precisamente na lide, a finalidade imediata da ação meramente declaratória consiste em sua composição. O limite da ação declaratória está, assim, senão na atualidade, no perigo da lide.<sup>6</sup>

7. Como bem esclarece João Batista Lopes, o interesse de agir na ação declaratória “objetiva o valor segurança, emergente da coisa julgada”,<sup>7</sup> ameaçado pela expectativa plenamente fundada de que o adversário venha a lesar o direito do autor ou a recusar o seu respeito, situação que se encontra amplamente caracterizada quando o Poder Público edita uma lei inconstitucional que cria uma indevida obrigação tributária para o contribuinte.

8. Na tentativa de explicitar qual é a lide que a ação meramente declaratória visa compor preventivamente, Celso Agrícola Barbi esclarece que se trata do *dano* que sofreria o autor “no caso de não poder obter a declaração judicial a respeito da relação incerta”.<sup>8</sup> Ademais, a certeza desse dano deve existir no momento em que a sentença é proferida.<sup>9</sup>

9. O artigo 4º do Código de Processo Civil não explicita as espécies de relação jurídica que facultam o pedido meramente declaratório da sua existência ou inexistência. A referência à *relação jurídica* no artigo 4º tem o mais amplo sentido, abrangendo não apenas o *ser* ou *não ser* de um vínculo jurídico entre dois sujeitos, como também qualquer outro aspecto jurídico desse vínculo, como, por exemplo, a sua eficácia.

---

<sup>5</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Editora da Universidade de São Paulo, 1972. p. 49.

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ação declaratória incidental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Editora da Universidade de São Paulo, 1972. p. 50.

<sup>7</sup> LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 55.

<sup>8</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. rev. aum. e atual, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 86.

<sup>9</sup> BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. rev. aum. e atual, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 87.

10. A lição de Pontes de Miranda é clara nesse sentido:

Onde quer que se tenha de avivar a linha divisória entre o fazer e o omitir de alguém e o fazer e o omitir do autor, aí pode estar o seu interesse na propositura de ação que declare a existência ou inexistência de relação jurídica. Isso mostra que o legislador não se referiu somente a categoria jurídica, a que corresponde a relação jurídica típica, e sim a quaisquer filetes da relação jurídica ou categoria, a que, por brevidade, chamou “relação jurídica”.<sup>10</sup>

11. O essencial é que se trate de relação jurídica concretamente existente ou cuja existência seja controvertida, como consequência “de fatos precisos e determinados, e não meras conjecturas ou suposições”,<sup>11</sup> daí resultando as suas características de atualidade e concretude que, aliadas à elevada probabilidade de dano, fundamentam o interesse de agir por meio da ação meramente declaratória.

12. Com base nesses fatos, o autor formula o seu pedido, ou seja, a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica, que é o “bem da vida”<sup>12</sup> cujo gozo pretende que a sentença lhe assegure, ou seja, segundo Eduardo Talamini, o resultado econômico, social, moral etc., revestido de relevância jurídica, pleiteado pelo demandante.<sup>13</sup>

13. Superadas as hesitações manifestadas em meados do século XX pelo Supremo Tribunal Federal à admissibilidade das ações meramente declaratórias nas relações de

---

<sup>10</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 4. ed. rev. e aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 1995, t. I (arts. 1º a 45), p. 140.

<sup>11</sup> LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 58.

Para Marinoni e Arenhart, no mesmo sentido, “o interesse que legitima a postulação da sentença declaratória é a dúvida objetiva que paira sobre a relação jurídica. É a dúvida resultante da controvérsia com alguém sobre a relação jurídica, e não apenas a dúvida meramente subjetiva.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. v. 2, Processo de Conhecimento, p. 428.

Na jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, cf. o teor do verbete nº 181: “É admissível ação declaratória, visando a obter certeza quanto à exata interpretação de cláusula contratual” (DJ 17 fev. 1997). Também admitindo o cabimento da ação declaratória, cf.: REsp 273.181/MG (DJ 11 dez. 2000); REsp 132.688/SP (DJ 03 nov. 1998).

<sup>12</sup> JUNOY, Joan Picó i. **La modificación de la demanda en el proceso civil. Reflexiones sobre la prohibición de mutatio libelli**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006. p. 36.

<sup>13</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 69.

direito público,<sup>14</sup> as hipóteses mais emblemáticas da sua utilização nesse campo são a de inexistência da obrigação tributária de recolhimento de um tributo em razão da sua inconstitucionalidade e a de nulidade de um ato do Poder Público em virtude da violação do princípio da legalidade.

14. Com efeito, se a lei cria a obrigação de recolhimento de um tributo por determinadas empresas, e estas entendem que essa obrigação é nula por afronta à Constituição, podem elas se valer da ação declaratória de inexistência da obrigação tributária para obter em Juízo a certeza do seu direito a não efetuar o pagamento e, também, na face oposta, a certeza quando ao dever de abstenção do Fisco de cobrá-lo, com fundamento no artigo 4º do Código de Processo Civil.<sup>15</sup>

15. Em tais casos, o pedido que, para a doutrina dominante, constitui o objeto litigioso – o *Streitgegenstand*, usando a denominação clássica da doutrina alemã –, é a declaração de inexistência da obrigação de recolher o referido tributo, cujo acolhimento impõe ao Fisco o dever de se comportar em conformidade com a certeza jurídica declarada na sentença.

16. Embora essa declaração de direito/dever não seja desde logo exequível pela via judicial, ela gera para o réu um dever jurídico de abstenção e determina a ilicitude de qualquer iniciativa sua que a desrespeite, iniciativa essa que, se verificada, poderá ser coibida por qualquer outra via judicial. Nessa seara, portanto, a sentença declaratória vale como preceito, tendo efeito normativo quanto à existência ou inexistência da relação jurídica entre as partes.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Recorda Celso Agrícola Barbi que, por duas vezes “o Supremo Tribunal Federal decidiu ser a ação declaratória inadequada à discussão sobre existência ou não de débito fiscal. A primeira vez, em 24 de setembro de 1941, com fundamento em que, tratando-se de matéria de cobrança de tributo, o devedor não poderia litigar sem que o juízo estivesse seguro. A segunda vez, em 26 de julho de 1956, quando, sem maior fundamentação, limitou-se a afirmar ser inadequada a ação e a acrescentar que outros seriam os procedimentos judiciais pertinentes”. BARBI, Celso Agrícola. **Ação declaratória principal e incidente**. 4. ed. rev. aum. e atual, de acordo com o Código de Processo Civil de 1973 e legislação posterior. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 104-105.

<sup>15</sup> BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. 2. ed. rev. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 165-175, passim.

<sup>16</sup> LOPES, João Batista. **Ação declaratória**. 4. ed. rev. ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 64.

Essa, aliás, sempre foi a lição da doutrina brasileira, sintetizada por Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco em sua clássica obra *Teoria Geral do Processo*. Cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1997. p. 307. Vale observar que, recentemente, em razão do novo conceito de sentença oriundo da Lei nº 11.232/2005, respeitáveis opiniões, modificando o posicionamento anterior, têm permitido a exequibilidade das

17. É a extensão do pedido que vai determinar a extensão da coisa julgada, nos termos do artigo 469 do Código de Processo Civil, porque “a *res iudicata* não pode ser maior do que a *res iudicanda*”, segundo lição difundida por José Maria Tesheiner.<sup>17</sup> O princípio da congruência estabelece a vinculação do dispositivo da sentença ao objeto *mediato* do pedido, nos termos do magistério preciso de Egas Moniz de Aragão.<sup>18</sup>

18. A causa de pedir e a identidade das partes delimitam a extensão da imutabilidade da decisão sobre o pedido, mas não se tornam imutáveis pelo advento da coisa julgada sobre o pedido, porque não fazem coisa julgada os motivos (artigo 469, inciso I, CPC), podendo ter desfecho diverso em processo diverso.

19. É sutil a distinção entre a causa de pedir e o pedido nas ações meramente declaratórias. Se o pedido é a declaração de certeza de inexistência de relação jurídica, qual é a causa de pedir que não se confunde com o próprio pedido? Eduardo Talamini oferece coordenadas seguras para estabelecer a necessária diferenciação:

[...] a causa de pedir é integrada (i) pela descrição dos fatos que servem de fundamento ao pedido e (ii) pela *correlação lógico-jurídica* entre os fatos descritos e a consequência jurídica pleiteada. Essas são, respectivamente, a causa fática (ou remota) e a causa jurídica (ou próxima).<sup>19</sup>

20. E, mais adiante:

Já na ação declaratória negativa, Chiovenda reputava que bastaria a afirmação em si da inexistência do direito, não importando o motivo (falta de um ou outro fato constitutivo; existência de um ou outro fato extintivo etc.). Essa concepção não parece a mais adequada à luz do nosso direito positivo. Mais uma vez, impõe-se considerar o princípio geral estabelecido no direito brasileiro segundo o qual a configuração da causa de pedir depende sempre da narração de fatos específicos pelo

---

próprias sentenças meramente declaratórias. Nesse sentido, na mesma obra, cf.: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed. rev. e atual. até 15.2.2007. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p. 323-324.

<sup>17</sup> TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 142.

<sup>18</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada. Exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 114.

<sup>19</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 72.

autor. Cada fundamento fático-jurídico que possa implicar a inexistência de um direito, situação ou relação jurídica constitui uma *causa petendi* para a ação declaratória negativa.<sup>20</sup>

21. Assim, na hipótese que aqui me propus a examinar, a causa de pedir do pedido principal, que gerou a imutabilidade da declaração de inexistência da obrigação de recolher determinado tributo, foi a existência de uma situação fática caracterizada pela exigência do tributo com base em lei inconstitucional.

22. É relevante frisar que, se em algum outro processo situação fático-jurídica análoga viesse a ser decidida de modo diverso, essa nova decisão não teria o condão de afetar a imutabilidade da declaração de inexistência da obrigação de recolhimento, estando essa parte – o *decisum* –, e somente ela, acobertada pela imutabilidade da coisa julgada.

## II – A coisa julgada como garantia constitucional:

23. A estabilização das decisões judiciais sempre foi uma aspiração da sociedade humana.

24. Na história dos povos, a força da coisa julgada (*res judicata*) evoluiu sempre progressivamente,<sup>21</sup> de início como consequência do desenvolvimento das relações comerciais e, mais tarde, da própria complexidade das relações jurídicas travadas numa sociedade caracterizada pelo pluralismo político, econômico e social, bem como pelo rápido desenvolvimento científico e tecnológico, sem olvidar a força motriz da globalização.

25. Em sede doutrinária, conceituei a coisa julgada como “a imutabilidade que adquirem os efeitos de direito material da sentença não mais sujeita a qualquer recurso no processo em que foi proferida”.<sup>22</sup>

26. A doutrina clássica costuma apontar dois fundamentos para a coisa julgada, um *jurídico* e outro *político*.

---

<sup>20</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 76.

<sup>21</sup> CALAMANDREI, Piero. La cassazione civile. In: **Opere Giuridiche**. Napoli: Morano, 1976. v. VII, p. 131 et. seq.

<sup>22</sup> Cf.: GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil. Processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. II, p. 290.

27. O fundamento jurídico é a unidade da jurisdição, segundo a qual o Estado a exerce apenas uma vez, exteriorizando por seu intermédio a vontade concreta da lei acerca da postulação que lhe foi encaminhada. Nesse sentido, estatui o artigo 471 do Código de Processo Civil que “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide”.

28. O fundamento político da coisa julgada é a necessidade de estabilidade das decisões judiciais e das relações jurídicas a elas submetidas no exercício da jurisdição.<sup>23</sup> Aquele cidadão cujo direito foi reconhecido pela sentença deve poder gozá-lo plenamente, exigindo da outra parte o comportamento determinado pela decisão, devendo poder contar, para tanto, e se necessário, com todo o apoio do aparato estatal.

29. Isso porque a coisa julgada é uma garantia não somente da segurança jurídica (prevista na Constituição, artigo 5º, *caput* e inciso XXXVI), mas também da própria tutela jurisdicional efetiva (Constituição, artigo 5º, inciso XXXV),<sup>24</sup> pois, se ao vencido sempre for facultado rediscutir o direito declarado na sentença, nunca o titular do direito por ela reconhecido o gozará de modo pleno e sem ser injustamente molestado.

30. Para Nelson Nery Junior “a doutrina mundial reconhece o instituto da coisa julgada material como elemento de existência do Estado Democrático de Direito”, que não pode, por isso, receber “tratamento jurídico inferior, de mera figura do processo civil, regulada por lei ordinária”.<sup>25</sup>

31. Também Luiz Guilherme Marinoni, citando Rosenberg-Schwab-Gottwald, afirma que “a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário”.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Para Barbosa Moreira parece exato dizer que “a coisa julgada é uma situação jurídica: precisamente a situação que se forma no momento em que a sentença se converte de instável em estável. É a essa estabilidade, característica da nova situação jurídica, que a linguagem jurídica se refere [...] quando fala da ‘autoridade da coisa julgada’”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 113.

<sup>24</sup> A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos reconhece que a coisa julgada é uma imposição do direito à tutela jurisdicional efetiva. Assim ficou decidido nos casos: *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28 out. 1999; *Pullar v. Reino Unido*, julgado em 10 jun. 1996; *Antonakopoulos, Vortsela e Antonakopoulou v. Grécia*, julgado em 14 dez. 1999; e *Antonetto v. Itália*, julgado em 20 jul. 2000. Cf.: CHIAVARIO, Mario. Diritto ad un processo equo. In: BARTOLE, Sergio; CONFORTI, Benedetto; RAIMONDI, Guido. **Commentario alla Convenzione Europea per la Tutela dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà Fondamentali**. Padova: CEDAM, 2001. p. 171.

<sup>25</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 506.

<sup>26</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p.16.

32. Barbosa Moreira, de forma enfática, recorda que:

[...] a garantia da coisa julgada articula-se com a do devido processo legal (art. 5º, LIV). [...] não é só a privação da liberdade ou dos bens que se subordina ao devido processo legal, mas toda e qualquer ingerência da atividade judicial na esfera das pessoas. A ingerência será legítima na medida em que prevista na lei, e realizada pelos meios e sob as condições que ela estatui; fora daí será ilegítima. Se o Poder Judiciário já interveio uma vez, não lhe é dado voltar a interferir senão quando a lei a tanto o autorize, e da maneira legalmente prescrita. As pessoas são postas a salvo de ingerências arbitrárias – e é arbitrária toda ingerência não contemplada no ordenamento positivo, inclusive a reiteração fora dos quadros nele fixados.<sup>27</sup>

33. Nesse contexto, a coisa julgada não é apenas uma garantia individual, mas também uma garantia coletiva, porque a coletividade tem interesse na regularidade do funcionamento da máquina judiciária, o que engloba a estabilidade das decisões nos termos previstos na legislação processual.<sup>28</sup>

34. Se o Estado não oferecer essa estabilidade, a jurisdição nunca assegurará em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos, frustrando as promessas constitucionais de que os direitos constitucionalmente assegurados têm eficácia imediata e de que o acesso ao Judiciário é o meio eficaz para a tutela desses direitos.

35. O Estado Democrático de Direito, delineado entre nós pela Constituição de 5 de outubro de 1988, acolheu a coisa julgada entre os direitos e garantias fundamentais, prevendo-a expressamente no inciso XXXVI do seu artigo 5º, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

36. Ainda que se quisesse extrair desse dispositivo uma garantia restrita da coisa julgada em relação à superveniência da lei, o *caput* do próprio artigo 5º da Constituição daria à coisa julgada um amplo suporte, uma vez que assegura a todos o direito à segurança.

---

<sup>27</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 99-100.

<sup>28</sup> Nesse sentido, cf.: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p. 99-100.

37. O direito à segurança, que é um direito fundamental, não compreende apenas a segurança patrimonial e a incolumidade física, mas também a segurança jurídica, que corresponde ao direito de gozar plenamente os direitos que a Constituição e as leis conferem a cada pessoa, proteção incompatível com a eternização dos litígios.

38. Dissertando sobre o aspecto objetivo da segurança jurídica adotada na Constituição Federal de 1988, Humberto Ávila leciona que ela corresponde à segurança do ordenamento, de uma norma geral ou individual e de um comportamento, notadamente estatal.<sup>29</sup>

39. E, quanto aos beneficiários, particularmente no direito tributário, Ávila ressalta que a segurança jurídica se destina a proteger o contribuinte:

[...] na medida em que as normas constitucionais têm como objetivo, de um lado, permitir a antecipação da atuação estatal, como comprovam os princípios da moralidade e da publicidade; de outro, têm como finalidade permitir o conhecimento das conseqüências atribuíveis aos atos praticados pelo contribuinte, como ilustra o conjunto de regras de competência e as regras da anterioridade e da irretroatividade tributárias. A segurança jurídica, nesse aspecto, na feliz expressão de Machado Derzi, “não tem mão dupla”, não podendo a irretroatividade, a proteção da confiança e a boa-fé serem invocadas para proteger os cofres públicos contra efeitos das variações jurisprudenciais, por exemplo.<sup>30</sup>

40. A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão a respeito de quais são as normas de convivência que ele, cidadão, deve observar, e com base nas quais poderá travar relações jurídicas válidas e eficazes.

---

<sup>29</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 257.

<sup>30</sup> ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 258-259.

Também nesse sentido, leciona Valter Shuenquener de Araújo, que “se uma orientação jurisprudencial tiver de ser alterada, os atos praticados com base no posicionamento antigo não deverão ser desfeitos se isso violar a confiança do cidadão. O princípio da proteção da confiança não pode impedir ao juiz de evoluir em suas decisões. Caso contrário, o Direito se petrificaria por conta da confiança (*Recht durch Vertreuen versteinert ware*). No entanto, o aludido princípio impõe ao Estado que, ao menos, respeite as decisões tomadas com base em uma jurisprudência antiga”. ARAÚJO, Valter Shuenquener de. **O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado.** Niterói: Impetus, 2009. p. 177.

41. Quando uma dessas normas jurídicas se torna controvertida e o Estado, por meio do Poder competente, que é o Judiciário, declara quem tem razão – atuando a vontade da lei –, revelando e impondo ao demandante e ao demandado a norma que licitamente eles deverão respeitar como sendo aquela que, concretamente, representa a vontade do próprio Estado, não lhe será lícito desfazer essa manifestação de vontade oficial, depois de tornada imutável e indiscutível, em prejuízo das relações jurídicas travadas e dos respectivos efeitos produzidos sob a égide da sua própria decisão.

42. A coisa julgada emerge, assim, como uma exigência da segurança jurídica, porque é ela que dá estabilidade às relações jurídicas, obstando a continuidade das discussões e pondo termo à insegurança anterior.<sup>31</sup>

### III – A projeção temporal dos efeitos da sentença:

43. A sentença meramente declaratória normalmente produz efeitos a partir da data do fato de que se originou o direito à declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, ou seja, desde quando “se verificou a situação jurídica declarada”, nas palavras precisas de Humberto Theodoro Júnior.<sup>32</sup>

44. No momento da propositura da ação o autor normalmente alega que essa situação jurídica já ocorreu, mas, para que o juiz reconheça as consequências jurídicas que dela decorrem, é preciso que essa situação subsista até a sentença, sem que nesse meio tempo ocorra nenhum fato extintivo, modificativo ou impeditivo da produção dos seus efeitos jurídicos.

45. Tema de suma importância, aqui, diz respeito aos limites objetivos da coisa julgada, que explicitam quais são os pronunciamentos do juiz na sentença que adquirem a imutabilidade que decorre da *preclusão* ou da *perda da faculdade de recorrer* ou ainda do *esgotamento de sua utilização* no processo em que a decisão foi proferida.

46. A matéria está regulada nos artigos 469 e 470 do Código de Processo Civil, como se adiantou acima. De acordo com o primeiro dispositivo não fazem coisa julgada as razões, os motivos ou os fundamentos da decisão (inciso I), a apreciação da verdade

---

<sup>31</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 75.

<sup>32</sup> THEODORO JR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 517.

fática (inciso II) e a questão prejudicial decidida incidentalmente como pressuposto necessário ao julgamento do pedido, se não suscitada por meio da ação declaratória incidental (inciso III).

47. Ao excluir os motivos, a verdade fática e a questão prejudicial do alcance da coisa julgada, o Código de Processo Civil, em especial o artigo 469, pretendeu filiar-se à corrente moderna oriunda do direito alemão que restringe os limites objetivos da coisa julgada apenas ao objeto litigioso ou objeto da jurisdição: o acolhimento ou a rejeição do pedido (*Streitgegenstand*).

48. Afasta-se da coisa julgada, dessa forma, toda motivação, por mais relevante que ela seja, e isso como consequência do respeito devido pelo Estado à liberdade das partes, forte no princípio da demanda, que busca evitar que sejam elas tomadas de surpresa com uma extensão da coisa julgada mais ampla do que aquela que conscientemente desejaram e postularam.

49. Dos limites objetivos decorre o chamado *efeito preclusivo da coisa julgada*, disciplinado no artigo 474 do Código de Processo Civil, segundo o qual “passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”.

50. Assim, a sentença de mérito transitada em julgado torna certa, na data da sua prolação, a existência ou inexistência do direito ao bem da vida nela reconhecido, reputando-se deduzidas e repelidas todas as alegações que o réu poderia aduzir para desmentir essa declaração, não porque aquelas alegações ficaram cobertas pela coisa julgada propriamente dita, mas porque, em face desta, elas se tornaram irrelevantes.

51. São claras, nesse sentido, as lições de Barbosa Moreira:

A eficácia preclusiva da coisa julgada manifesta-se no impedimento que surge, com o trânsito em julgado, à discussão e apreciação das questões suscetíveis de incluir [*influir*], por sua solução, no teor do pronunciamento judicial, ainda que não examinadas pelo juiz. Essas questões perdem, por assim dizer, toda a relevância que pudessem ter em relação à matéria julgada. Posto que se conseguisse demonstrar que a conclusão seria diversa, caso elas houvessem sido tomadas em consideração, nem por isso o resultado ficaria menos firme; para evitar, pois, dispêndio inútil de atividade processual, simplesmente se

exclui que possam ser suscitadas com o escopo de atacar a *res iudicata*. Se a decisão é das que só produzem coisa julgada *formal*, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida; se é das que geram coisa julgada *material*, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se *ad extra*, fazendo sentir-se nos eventuais processos subsequentes. Daí qualificar-se de *pan-processual* a eficácia preclusiva da coisa julgada material.<sup>33</sup>

52. Em relação ao pedido a que se refere o dispositivo da sentença acobertado pela coisa julgada, as alegações e defesas não deduzidas não mais poderão ser opostas.<sup>34</sup> O que a coisa julgada e a sua eficácia preclusiva impedem, portanto, é que os fatos e o direito em que se fundamentou a sentença voltem a ser discutidos em relação ao mesmo pedido, mas não impedem que eles sejam reexaminados e julgados em relação a quaisquer outros pedidos.<sup>35</sup>

53. Esclarece Humberto Theodoro Júnior:

Esse efeito impeditivo de qualquer novo julgamento, no mesmo ou em outro processo, que possa redundar em prejuízo da situação de indiscutibilidade e imutabilidade da sentença adquirida nos termos do art. 467, consubstancia o denominado *efeito preclusivo* da coisa julgada material. Efeito esse que, em torno da mesma lide, abrange tudo o que se arguiu no processo e se decidiu na sentença, como o que não se arguiu nem se decidiu, embora fosse alegável para sustentar ou repelir o pedido solucionado na sentença passada em julgado. Nada mais se poder erguer, em juízo algum, contra a situação jurídica dela emergente. Impede-o o efeito preclusivo inerente à coisa julgada material, sempre, é claro, dentro dos limites da lide e das questões decididas.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. In: **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 100-101.

<sup>34</sup> ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada. Exegese do código de processo civil (arts. 444 a 475)**. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992. p. 328.

<sup>35</sup> TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 167.

<sup>36</sup> THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 50 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. I, p. 542.

54. No que interessa ao presente estudo, o artigo 474 do Código de Processo Civil significa, para o réu, que, se ele tiver omitido alguma defesa que pudesse ilidir o pedido do autor, não poderá, depois, com arrimo nela, se subtrair à imutabilidade da coisa julgada.<sup>37</sup>

55. Além disso, se a relação jurídica declarada existente ou inexistente é uma relação permanente, que se projeta no futuro, ou uma relação sucessiva, como alguns caracterizam a relação jurídica tributária, exatamente porque ela se renova anualmente ou a cada nova operação sob os mesmos ou diversos pressupostos fático-jurídicos,<sup>38</sup> a certeza da sua existência ou inexistência perdura até que ocorra alguma modificação na situação jurídica que ensejou essa declaração, ou seja, até que ocorra algum fato novo, apto a gerar validamente uma situação jurídica diversa daquela que gerou a declaração da existência ou da inexistência da relação jurídica (CPC, artigo 471, inciso I) ou sobrevenha lei nova, que passe a dar disciplina diversa à sequência de fatos até então regulados pela coisa julgada anterior.

56. Dessa forma, se o dispositivo da sentença – que julga o pedido e atribui ou não ao autor o bem da vida por ele reivindicado – é o pronunciamento judicial que adquire a imutabilidade da coisa julgada, de acordo com os artigos 468 e 469 do Código de Processo Civil, e a sentença julgou procedente a ação cujo pedido fora a declaração de inexistência de relação jurídica, parece óbvio que a imutabilidade da *res judicata* acarreta a certeza jurídica quanto à inexistência da obrigação do autor de cumprir qualquer prestação decorrente dessa relação jurídica enquanto não surgir algum fato ou direito supervenientes, aptos a gerar um novo vínculo jurídico.

57. A declaração judicial de inexistência da relação jurídica transitada em julgado perdura e preserva a sua eficácia até que direito diverso venha a ser criado e interfira na relação jurídica entre o autor e o réu ou até que se modifiquem os fatos de que se compõe a relação jurídica entre as partes, de tal modo que estas, depois da sentença transitada em julgado, venham a se posicionar em nova situação que, pela própria lei anterior, era apta a gerar uma relação jurídica antes declarada inexistente. Assim, se se

---

<sup>37</sup> Não por outra razão os artigos 475-L e 741 do Código de Processo Civil, no inciso VI, somente permitem na impugnação ao cumprimento da sentença e nos embargos à execução contra a Fazenda Pública, respectivamente, que o devedor alegue “[...] causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença”.

<sup>38</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 92.

modificam os fatos ou se modifica o direito, o comando emanado da sentença também pode ser modificado e isso não implica em violação da coisa julgada.

58. A parte vencida pode se livrar dos efeitos da coisa julgada anterior se sobrevier à sentença uma nova situação fático-jurídica apta a propiciar-lhe um efeito jurídico diverso do que o declarado na decisão. Essa inovação há de ter gerado uma nova causa de pedir que, mesmo sem destruir a coisa julgada anterior, impedirá a produção dos seus efeitos a partir do momento em que tiver nascido esse direito novo. Para Eduardo Talamini, em tais casos, “não se pedirá para rever a coisa julgada anterior: formular-se-á uma *nova pretensão*, inconfundível com aquela que ficou acobertada pela *res iudicata*”.<sup>39</sup>

59. Enquanto essa inovação efetiva não ocorrer, a sentença declaratória da inexistência de relação jurídica produzirá todos os seus efeitos, sendo irrelevante que, em outro processo entre as mesmas partes ou mesmo em processo em que a decisão produza eficácia *erga omnes*, tenha sido declarado, em caráter principal, que não ocorreram os fatos ou o direito em que se baseou a sentença de procedência da ação declaratória.

60. Com efeito, o juízo diverso sobre a causa de pedir somente incidiria sobre a eficácia da sentença transitada em julgado se tivesse sido proferido em ação rescisória ajuizada oportunamente contra a referida sentença.

#### **IV – A coisa julgada em matéria tributária:**

61. A Constituição Federal, sede dos direitos fundamentais e das garantias do devido processo legal e do processo justo, não faz nenhuma distinção entre a coisa julgada formada nas causas entre os particulares e a coisa julgada decorrente das causas entre os particulares e o Poder Público, muito menos em matéria tributária.

62. Entretanto, como cediço, a relação fisco-contribuinte é uma relação entre dois atores que, a par de se relacionarem por um longo período de tempo (praticamente todo o tempo de duração da vida econômica do contribuinte), estão sempre criando novas situações fáticas e novas situações jurídicas, exemplificadas, aqui, de um lado, pelo contribuinte que muda de atividade em função das suas próprias necessidades ou em

---

<sup>39</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 90.

atenção às necessidades dos seus clientes e, de outro, pelo fisco que constantemente muda as leis tributárias, cria novos tributos ou novas hipóteses de incidência para atender aos seus objetivos arrecadatórios ou até mesmo por justiça fiscal. Poderíamos dizer, nesse contexto, que as relações jurídicas entre o fisco e cada contribuinte se caracterizam, paradoxalmente, pela permanência e também pela constante mutação.

63. Fruto dessa relação permanente, porém mutável, entre fisco e contribuinte, as divergências sobre a existência e o alcance das obrigações tributárias com muita frequência são levadas aos tribunais em busca de juízos de certeza quanto à própria existência da obrigação ou mesmo no que diz respeito ao valor.

64. Em lúcido estudo, Tercio Sampaio Ferraz Jr. rememorou duas clássicas opiniões doutrinárias que devem nortear a análise da coisa julgada em matéria tributária. A primeira delas atribuída a Liebman, que pedimos licença para reproduzir:

[...] enquanto as questões de Direito Tributário entre o fisco e o contribuinte formem objeto de uma instância judicial não há como contestar que, faltando disposições especiais, encontrem aplicação os princípios gerais que regem a atividade do Poder Judiciário. Entre eles está o da imutabilidade dos efeitos produzidos pelas sentenças transmitidas [*transitadas*] em julgado, princípio que visa a garantir a segurança das relações jurídicas e evitar a renovação das controvérsias, depois de apreciadas devidamente em processo regular.

40

65. A segunda opinião é atribuída a Rubens Gomes de Souza, para quem, rejeitando soluções extremas, a melhor solução seria tratar diferentemente os elementos permanentes e imutáveis da relação jurídica tributária e os elementos temporários e mutáveis, para conferir à coisa julgada formada sobre os primeiros uma eficácia também permanente, ao passo que à coisa julgada formada sobre os segundos uma eficácia restrita ao caso específico. Para o autor, figuram entre os elementos permanentes e imutáveis a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do tributo, a incidência ou não incidência do tributo na hipótese materialmente considerada, a

---

<sup>40</sup> Cf.: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 80.

existência ou não de isenção legal e o seu alcance, assim como a vigência e a revogação da lei tributária.<sup>41</sup>

66. Nos primórdios do Direito Tributário no Brasil, ainda antes da Emenda Constitucional nº 18 de 1965 e do Código Tributário Nacional, adotou o Supremo Tribunal Federal a Súmula 239, que regulou a temporalidade da jurisprudência tributária, com o seguinte conteúdo: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

67. Ninguém melhor do que Isaac Pereira da Silva, em seu clássico ensaio sobre a *Coisa Julgada Tributária*,<sup>42</sup> fez o histórico e a defesa da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal. Um olhar retrospectivo sobre os argumentos da época dessa Súmula, editada na primeira série de súmulas em 1964, evidencia como o Direito Tributário evoluiu no Brasil, desprendendo-se de suas origens enraizadas no Direito Financeiro, que subordinava o poder impositivo à autorização orçamentária anual e à correspondente previsão da receita.

68. O traço dessa dependência ficou nítido na lição de Bilac Pinto, transcrita por Isaac Pereira da Silva:

A lei do imposto não tem a força obrigatória das outras leis: é uma lei imperfeita. Outro ato jurídico deve intervir para insuflar-lhe a vida que ela por si só não possui: é o orçamento da receita. A lei orçamentária não é outra coisa além disso, ao menos no que concerne à receita; é o ato de tornar a pôr anualmente em vigor a lei do imposto.<sup>43</sup>

69. Com o Código Tributário Nacional, editado em 1966, logo após a Emenda nº 18 à Constituição de 1946, o Direito Tributário se desprendeu definitivamente do Direito Financeiro, passando a lei tributária a subordinar-se à mesma eficácia das leis comuns, dispondo enfaticamente o artigo 101 do CTN que “a vigência, no espaço e no tempo, da legislação tributária rege-se pelas disposições legais aplicáveis às normas jurídicas em geral”, com as ressalvas do respectivo capítulo. Já o artigo 104 do mesmo Código, que consagra o princípio da anualidade, não mais condicionou a vigência e

---

<sup>41</sup> Referência em: FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 80.

<sup>42</sup> SILVA, Isaac Pereira da. **Coisa julgada tributária**. Tese. Recife, 1970.

<sup>43</sup> PINTO, Bilac. **Estudos de Direito Público**. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 203, *apud* SILVA, Isaac Pereira da. **Coisa julgada tributária**. Tese. Recife, 1970, p. 40-41.

eficácia da lei tributária à duração do exercício financeiro, passando ela a reger a relação jurídica entre o fisco e o contribuinte de modo contínuo.

70. É oportuno recordar que em época não distante chegou a ocorrer, no âmbito federal, o término do exercício financeiro sem que a lei orçamentária do exercício seguinte estivesse votada pelo Congresso Nacional,<sup>44</sup> o que ocasionou a paralisação da efetivação de inúmeras despesas, porque vedadas pelo artigo 167 da Constituição de 1988, sem que se interrompesse, a comprovar a autonomia dos ramos, a incidência das normas instituidoras de tributos e a ocorrência dos respectivos fatos geradores.

71. Portanto, o enunciado literal da Súmula 239 não mais se sustenta, estando francamente desmentido por abundante doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores. Sua utilidade, hoje, se resume a de um sinal de alerta ao particular beneficiado por sentença contrária ao fisco no sentido de que, se a lei tributária for posteriormente modificada em seu prejuízo – o que, normalmente, por força do princípio da anterioridade, somente pode ocorrer no início de cada exercício financeiro –, a nova disposição legal passará a ser aplicável às relações tributárias continuativas, por conta da reserva implícita que sustará a eficácia da sentença anterior a partir do início do exercício financeiro em que entrar em vigor a norma menos vantajosa.<sup>45</sup>

72. No ponto, a única peculiaridade que deve ser reconhecida às lides tributárias no tratamento da questão das relações jurídicas continuativas é a que diz respeito à necessidade ou não de ação de modificação para revogar o comando da sentença que reconheceu a inexistência de obrigação tributária em face de determinada *fattispecie*, quando se modificarem as circunstâncias de fato ou de direito em que se fundamentou a decisão.

73. Pontes de Miranda, analisando amplamente a doutrina germânica, sustenta a necessidade dessa nova ação, bem como a eficácia *ex nunc* – a partir do seu ajuizamento

---

<sup>44</sup> Por exemplo, a Lei do Orçamento Anual (LOA) da União para o exercício financeiro de 2000 (nº 9.969) apenas foi aprovada no dia 11 de maio de 2000.

<sup>45</sup> Convém destacar que o próprio Supremo Tribunal Federal tem deixado de aplicar a Súmula 239, reconhecendo a projeção temporal além do exercício financeiro da coisa julgada material, quando a relação jurídica não se modificou de um exercício para outro. Cf., nesse sentido: RE 93.048 e RE 109.073-SP, Rel. Ministro Rafael Mayer, acórdãos publicados respectivamente no DJU de 14 ago. 1981 e de 13 jun. 1986.

– da sentença desconstitutiva ou, para ele, de natureza mandamental, que vier a revogar o comando emergente da sentença anterior.<sup>46</sup>

74. Esse entendimento não nos parece aplicável à matéria tributária.

75. Como a constituição do crédito tributário obrigatoriamente se subordina aos princípios constitucionais da Administração Pública, e deve conferir ao contribuinte todas as garantias para a demonstração da sua insubsistência,<sup>47</sup> entendemos que, por exceção, não depende o fisco de nova ação para romper a continuidade do não recolhimento do tributo em decorrência de sentença anterior favorável ao contribuinte se se modificarem, efetivamente, o suporte fático ou a legislação tributária a ponto de desfigurar a *fattispecie* que ensejou a decisão judicial anterior com trânsito em julgado.

76. À evidência, para a dispensa da nova ação, não basta, por exemplo, que a lei posterior tenha revogado a anterior, se a lei nova continuou regulando da mesma maneira a hipótese de incidência que foi objeto da sentença favorável anterior. Não basta, tampouco, que os fatos acessórios tenham se modificado. É preciso – e aqui se marca a posição quanto a um ponto essencial – que a modificação fática ou jurídica tenha atingido a essência do direito reconhecido na sentença.

77. São elucidativas, no ponto, as linhas seguintes de Tercio Sampaio Ferraz Jr:

Um regime jurídico tributário é um sistema de normas legais e princípios (estrutura) que configuram (qualificam) o fundamento da relação de direito público: certos fatos como geradores, conforme certa base de cálculo, donde a obrigação de determinados sujeitos pagarem um tributo ao Estado. Tendo em vista a tipicidade (reserva de lei) das normas referentes aos fatos geradores, à base de cálculo e ao sujeito, nelas estão o núcleo (estrutura) do sistema configurador de um esquema de agir. Decorrendo disto a incidência normativa, é possível dizer que uma alteração de um regime tributário requer uma modificação de sua *estrutura* nuclear, isto é, de regra básica que

---

<sup>46</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 150-151.

<sup>47</sup> Sobre o tema, cf. meu estudo anterior: GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais do processo na execução fiscal. In: **Execução fiscal (aspectos polêmicos)**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 249-266.

preside a relação entre o fato gerador, sua base de cálculo e a obrigação de pagar decorrente para determinados sujeitos.<sup>48</sup>

78. Portanto, à sentença proferida em matéria tributária, notadamente quando decida questão ligada à relação jurídica continuativa, aplicar-se-ia a opinião de Kohler, citado por Pontes de Miranda, para quem esse tipo de sentença está sujeita a uma reserva implícita ou mesmo à cláusula *rebus sic stantibus* implícita. Em outras palavras, a sentença (e a coisa julgada) “é dada na pressuposição de que, mudando as circunstâncias, ocorra a modificação”.<sup>49</sup> Contudo, como bem observa Barbosa Moreira, não há necessidade de recorrer à figura da cláusula *rebus sic stantibus*, porque essa nova situação jurídica não tem nada de excepcional, eis que a coisa julgada que alcança o dispositivo da sentença está delimitada pelos fatos e pelo direito nela reconhecidos. Diante de novos fatos ou de novo direito, estar-se-ia diante de uma nova relação jurídica, que não desmente a eficácia da sentença quanto à relação jurídica anterior por ela acobertada.<sup>50</sup>

#### **V – A eficácia da declaração de constitucionalidade pelo STF sobre a coisa julgada anterior:**

79. A Medida Provisória 2.180/2001 introduziu no artigo 741 do Código de Processo Civil um novo fundamento de inexigibilidade do título executivo judicial, consistente na superveniência à sentença de decisão do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário em matéria constitucional.

80. A redação do dispositivo sofreu pequeno ajuste por meio da Lei 11.232/2005, responsável pela reformulação do sistema de execução de título judicial. Confira-se o texto atual:

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre:

---

<sup>48</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 88.

<sup>49</sup> MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. 3. ed. rev. e aumentada. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1997, t. V (arts. 444 a 475), p. 150.

<sup>50</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Eficácia da sentença e autoridade da coisa julgada. In: **Temas de direito processual**, terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 112.

[...]

II - inexigibilidade do título;

[...]

Parágrafo único. 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.

81. Idêntica causa superveniente de inexigibilidade consta do artigo 475-L, parágrafo primeiro, do CPC, também incluída pela Lei 11.232/2005:

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.

82. Surgiu, a partir de então, especialmente em favor da Fazenda Pública, a tese da relativização da coisa julgada inconstitucional.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> O tema tem suscitado acalorados debates. Cf., a título ilustrativo: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, separata, vol. 384. p. 229-241; ZAVASCKI, Teori Albino. Inexigibilidade de sentenças inconstitucionais. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008; p. 371-383. TALAMINI, Eduardo. Embargos à execução de título judicial eivado de inconstitucionalidade (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista de Processo. REPRO**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 27, n. 106. p. 38-83, abr./jun. 2002; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Coisa julgada relativa? In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 307-319; ARMELIN, Donaldo. Flexibilização da coisa julgada. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 83; CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da coisa julgada material. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 37.

83. Em defesa dessa tese, Humberto Theodoro Júnior,<sup>52</sup> citando José Augusto Delgado e Paulo Roberto de Oliveira Lima, sustentou que a Constituição brasileira de 1988 não dispensou tratamento constitucional à coisa julgada, limitando-se a colocar o instituto processual a salvo dos efeitos da lei nova, como tema de direito intertemporal resultante do princípio da irretroatividade da lei. Assim, a regra do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta Magna seria, na verdade, uma norma de sobre-direito dirigida ao legislador, que apenas o proíbe de prejudicar a coisa julgada, cabendo à legislação ordinária, por outro lado, a regulação do instituto, obviamente que sem afrontar a Constituição.

84. Para Cândido Rangel Dinamarco,<sup>53</sup> também em defesa da relativização, a inconstitucionalidade tornaria juridicamente impossíveis os efeitos materiais da decisão com trânsito em julgado, cuja inexistência poderia ser reconhecida a qualquer tempo e por qualquer meio processual, inclusive por meio da querela de nulidade.

85. Humberto Theodoro Júnior argumentou, ainda, que a ação rescisória não seria adequada para arguir a inconstitucionalidade da decisão, porque ela não é instrumento de declaração de nulidade da sentença, mas de desconstituição de sentença válida, além de estar sujeita a curto prazo decadencial. A inconstitucionalidade da coisa julgada poderia ser reconhecida, até de ofício, a qualquer tempo, em ação rescisória não sujeita a prazo, em ação declaratória de nulidade ou ainda em embargos à execução.<sup>54</sup>

86. O autor citou julgados dos tribunais superiores que teriam relativizado a coisa julgada, estabelecendo a admissibilidade de nova investigação de paternidade, para realização do exame de DNA, por terem sido desrespeitadas as garantias constitucionais do reconhecimento da filiação e do processo justo,<sup>55</sup> determinando a reavaliação de

---

<sup>52</sup> THEODORO JR., Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano V, n. 29, maio/jun. 2004, p.16-17. Na mesma linha, em data recente, cf.: THEODORO JR., Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 222 et seq.

<sup>53</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 109, ano 28, jan./mar.2003, p. 10 et. seq. Da mesma forma, em outro estudo, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: **Nova era do processo civil**. 2. ed. rev. atual. e aumentada. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 217-270, passim.

<sup>54</sup> THEODORO JR., Humberto. A reforma do processo de execução e o problema da coisa julgada inconstitucional (CPC, art. 741, parágrafo único). **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, ano V, n. 29, maio/jun. 2004, p. 19 e 20.

<sup>55</sup> STJ, 4ª Turma, REsp 226.436, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Texeira, DJU 4 mar. 2002.

imóvel expropriado em execução de sentença para realizar a garantia constitucional da justa indenização<sup>56</sup> e anulando segunda indenização pela desapropriação do mesmo imóvel, pela violação do princípio da justa indenização e dos princípios constitucionais da moralidade pública e da razoabilidade.<sup>57</sup>

87. Segundo o Ministro José Augusto Delgado, é “impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade”,<sup>58</sup> sem cuja presença a segurança jurídica imposta pela coisa julgada “não é o tipo de segurança posto na Constituição Federal”, como complementa Cândido Rangel Dinamarco, fazendo referência ao mesmo julgado.<sup>59</sup>

88. Antes de qualquer cogitação sobre os referidos argumentos, impende examinar se esses novos dispositivos legais podem atingir a coisa julgada formada anteriormente à sua vigência.

89. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro esclareceu a questão: “as hipóteses previstas no direito positivo que autorizam a desconsideração da coisa julgada somente podem ser aplicadas às situações existentes quando da vigência da respectiva lei, ou seja, o regime legal da coisa julgada é aquele vigente à época do trânsito em julgado da respectiva

---

Em data recente, conforme amplamente divulgado, o STF-Pleno, por maioria, reconheceu no RE 363.889 a possibilidade de realização de um novo exame de DNA, descartando a coisa julgada anterior, para prestigiar o direito à informação genética, elementar à dignidade da pessoa humana. DJU (ata de julgamento) 10 jun. 2011. Em decisão monocrática publicada (DJU) em 29 nov. 2011, o Ministro Celso de Mello, com a ressalva da sua posição pessoal, mas cedendo à colegialidade, aplicou idêntico entendimento para prover o RE 649.154.

<sup>56</sup> Cf., a título ilustrativo: STF, 1ª Turma, RE 93.412, Relator Ministro Luiz Rafael Mayer, acórdão de 4 maio 1982; RE 105.012, Relator Ministro José Néri da Silveira, acórdão de 9 fev. 1988.

<sup>57</sup> STJ, 1ª Turma, REsp 240.712, acórdão de 15 fev. 2000, relator Ministro José Augusto Delgado.

No voto, o Ministro José Delgado confirmou decisão que havia antecipado os efeitos da tutela em ação declaratória de nulidade ajuizada pelo Estado de São Paulo contra o reconhecimento judicial, com trânsito em julgado, do dever de pagar indenização a particulares por força de desapropriação indireta de terras públicas. Segue o trecho relevante: “Ressalto, nesta oportunidade, a minha posição doutrinária no sentido de não reconhecer caráter absoluto à coisa julgada material. Filio-me, a respeito, à determinada corrente que entende ser impossível a coisa julgada, só pelo fundamento de impor segurança jurídica, sobrepor-se aos princípios da moralidade pública e da razoabilidade nas obrigações indenizatórias assumidas pelo Estado. Esse meu posicionamento não nega a proteção do direito subjetivo de qualquer uma das partes. Pelo contrário. A sua proteção apresenta-se devidamente fortalecida, quando a decisão operante da coisa julgada vivifica sem qualquer ataque a princípios maiores constitucionais e que se refletem na proteção da cidadania que com o seu trabalho sustenta, pela via dos tributos pagos, a máquina estatal.”

<sup>58</sup> Trecho do voto no REsp 240.712, referido na nota anterior.

<sup>59</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. **Revista de Processo**, São Paulo, n° 109, ano 28, jan./mar.2003, p. 15.

sentença – *tempus regit actum*”.<sup>60</sup> Nesse sentido, convém recordar, em reforço, que o próprio Supremo Tribunal Federal, a respeito das novas hipóteses de ação rescisória criadas pelo Código Processual de 1973, decidiu que elas apenas teriam aplicação às sentenças transitadas em julgado após o início da sua vigência.<sup>61</sup>

90. E mais. Em linha de coerência, justamente para assegurar o princípio maior da segurança jurídica, deve-se admitir a aplicação dos referidos dispositivos legais somente àquelas sentenças proferidas após a manifestação do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, quando proferida a sentença, ela não poderia ser tachada de ilegal e tampouco acusada de contrariar a posição da Corte Suprema em controle concentrado.

91. Fixada essa premissa de direito intertemporal manifestamente relevante ao escopo do presente estudo, parece-me, voltando aos argumentos quanto à relativização, que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um instrumento indispensável à eficácia concreta do direito fundamental à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e também no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988, e essencial à tutela jurisdicional efetiva, direito fundamental igualmente consagrado no inciso XXXV do mesmo artigo da Carta Magna.<sup>62</sup>

92. Em reforço, Nelson Nery Júnior, citando Pollak, aduziu que a “ocorrência da coisa julgada material apresenta-se como o centro do direito processual civil, enquanto essa mesma coisa julgada material cria a segurança jurídica intangível”.<sup>63</sup>

---

<sup>60</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Desconsideração da coisa julgada. Sentença inconstitucional. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, separata, v. 384. p. 237.

<sup>61</sup> “As condições de admissibilidade da rescisória são as da lei vigente ao tempo do trânsito em julgado de sentença rescindenda” (STF, RE 85.750/RJ, publicado na *RTJ* 82/982). No mesmo sentido, ver: STF, AR 1.066/MG, *RTJ* 120/969.

<sup>62</sup> Cf. meu estudo: GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração *erga omnes* de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 266.

Também em sentido contrário à tese da relativização, ver: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material. In: **Temas de Direito Processual**, nona série. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235 et seq.; GÓES, Gisele Santos Fernandes. A “relativização” da coisa julgada: exame crítico (exposição de um ponto de vista contrário). In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 175 et. seq.

<sup>63</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 501. Em outra passagem, afirmou que “o processo civil é instrumento de realização do regime democrático e dos direitos e garantias fundamentais, razão pela qual reclama o comprometimento do processualista com esses preceitos fundamentais. Sem democracia e sem Estado Democrático de Direito o processo não pode garantir a proteção dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. *Desconsiderar* a coisa julgada é eufemismo para esconder-se a instalação da ditadura, de esquerda ou de direita, que faria desaparecer a democracia que deve ser respeitada, buscada e praticada pelo processo.” NERY JÚNIOR, Nelson. A polêmica sobre a relativização

93. Para Luiz Guilherme Marinoni, em síntese lapidar, “eliminar a coisa julgada diante de uma nova interpretação constitucional não só retira o mínimo que o cidadão pode esperar do Poder Judiciário – que é a estabilização da sua vida após o encerramento do processo que definiu o litígio – como também parece ser uma tese fundada na ideia de impor um controle sobre as situações pretéritas”.<sup>64</sup>

94. Encerrada, portanto, essa análise global envolvendo o tema da relativização da coisa julgada, impende agora assentar duas premissas fundamentais. A primeira delas está em saber se a decisão do STF que declara com eficácia *erga omnes* a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de uma lei tem força de coisa julgada, isto é, se é decisão que implica em um julgamento coletivo de – e para – todas as causas em que o dispositivo legal questionado tenha sido ou possa vir a ser aplicado. A segunda diz respeito à definição da função do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.

95. Quanto à primeira premissa, recordamos que Mauro Cappelletti, em clássico estudo,<sup>65</sup> demonstrou claramente que a prejudicial constitucional, que é o objeto do controle concentrado realizado pela Corte Constitucional, constitui ação autônoma, com elementos individualizadores próprios, que não a identificam com as ações individuais em que a mesma questão constitucional tenha indispensável relevância.

96. O processo constitucional das liberdades, como o autor o denominava, tem por objeto uma norma abstrata: é uma categoria jurídico-processual autônoma. O seu *objeto imediato* é a anulação da lei inconstitucional, ao passo que o seu *objeto mediato* é a eliminação do estado de sujeição da coletividade à norma impugnada. Outro é o objeto das ações individuais que almejam atribuir ao autor um bem da vida, objeto que, pelas suas características, não é destinatário de nenhum pronunciamento no processo constitucional.

97. Não há, assim, que falar em *coisa julgada erga omnes*, formada no processo objetivo de controle concentrado de constitucionalidade. O bem da vida atribuído ou não a uma das partes na ação individual não é atribuído a ninguém no processo

---

(*desconsideração*) da coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. In: **Relativização da coisa julgada**. Org. Fredie Didier Jr. 2. ed. 2. tiragem. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008. p. 295.

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p. 23.

<sup>65</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **La pregiudizialità costituzionale nel processo civile**. 2 ed. Milano: Giuffrè, 1972. p. 35-37.

constitucional das liberdades, do qual esse bem – específico – da vida não é objeto. A força vinculante que decorre do controle concentrado corresponde à eficácia do precedente da *common law*, mas não tem autoridade, por si mesma, para se sobrepor ao ato de vontade do Estado que, no julgamento do caso concreto, atribuiu ou não o bem disputado a este ou àquele litigante.<sup>66</sup>

98. Em reforço, merece ser reproduzida a lição de Barbosa Moreira a respeito da diferença entre a decisão do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade e a decisão judicial do caso concreto, esta acobertada pelo manto da coisa julgada:

A diferença pode ser explicada pelo fato da *cisão* que a coisa julgada produz entre a *norma abstrata* em que se baseou o juiz e a *norma concreta* resultante da aplicação daquela. A partir do trânsito em julgado, a norma concreta contida na sentença adquire, por assim dizer, *vida própria* e não é atingida pelas vicissitudes capazes de atingir a norma abstrata: nem é outra a razão pela qual, ainda que surta efeitos *ex tunc*, a declaração de inconstitucionalidade da lei não afeta a *auctoritas rei iudicatae* da sentença que a tenha aplicado.<sup>67</sup>

99. Não há, portanto, uma coisa julgada posterior, fruto do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, apta a desfazer a coisa julgada anterior, formada em processo quanto a um bem da vida específico, mas sim dois atos de vontade do Estado com as suas respectivas eficácias delimitadas pelos respectivos objetos litigiosos.

100. A segunda premissa, como adiantado, diz respeito à definição da função do controle de constitucionalidade no Estado Democrático de Direito.

101. No ponto, as pedras fundamentais em que se assenta toda organização política do Estado Democrático de Direito são a dignidade humana e o respeito aos direitos individuais e sociais dos cidadãos, conforme destacado no preâmbulo e no artigo 1º da nossa Carta Magna.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Sobre o tema, cf. PIZZORUSSO, Alessandro. Gli effetti delle decisioni delle Corte costituzionali nei giudizi ordinari. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè Editore, ano XLI, 1987, p. 911.

<sup>67</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Considerações sobre a chamada ‘relativização’ da coisa julgada material. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 22, jan. 2005, p.103.

<sup>68</sup> Para o STF, o postulado da dignidade da pessoa humana, “considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III)”, constitui “significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo

102. Não é o Estado que cria e define o alcance dos direitos fundamentais. São os direitos fundamentais que justificam a partilha de poderes e a organização estatal e condicionam as ações do Estado.

103. Conforme acentuou Otto Bachof,<sup>69</sup> os direitos fundamentais deixaram de ser vazios ou outorgados por concessão do Estado para tornarem-se direitos diretamente aplicáveis, deixando de ter validade apenas no âmbito da lei para, na atualidade, servir de suporte para a própria lei, que passou a ter validade se conforme os direitos fundamentais.

104. Nesta concepção antropocêntrica do Estado de Direito, o vigor do controle judicial de constitucionalidade decorre da enérgica pretensão de validez das normas materiais da Constituição, de uma pauta de valores que não foi criada pela Constituição, nem se esgota no Texto Maior (cf. a abertura existente no artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição de 1988, na redação da EC 45/2004), mas que a Constituição foi haurir nos valores determinantes da cultura ocidental e numa ideia de homem que descansa nesses valores.<sup>70</sup>

105. O controle da constitucionalidade das leis serve aos direitos fundamentais. A organização dos poderes, o federalismo, o sistema partidário e eleitoral, a organização econômica, o sistema tributário, todos servem à realização dos valores humanitários almejados pela Constituição.

106. Por isso, das decisões sobre a constitucionalidade das leis não podem decorrer violações a direitos fundamentais, uma vez que essa afronta representaria o total desvirtuamento da função primordial do próprio controle.<sup>71</sup>

107. César Garcia Novoa, referindo-se especificamente à matéria tributária, ao comentar decisões do Tribunal Constitucional espanhol, mostra que a declaração de inconstitucionalidade não pode atingir situações jurídicas consolidadas, seja por

---

expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”. (HC 85.988, Rel. Ministro Celso de Mello, julgado em 4 maio 2010).

<sup>69</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987. p. 39-41.

<sup>70</sup> BACHOF, Otto. **Jueces y Constitución**. Madrid: Civitas, 1987. p. 39-41.

<sup>71</sup> Na jurisprudência do STJ, em reforço, cf.: “Apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.” (MC 12.581/RN AgRg, Relatora Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em 8 jun. 2011).

sentenças judiciais transitadas em julgado, seja por decisões administrativas definitivas, seja pelo recolhimento espontâneo do tributo pelo contribuinte.<sup>72</sup>

108. Entre nós, soa inteiramente acertada a opinião de Helena de Araújo Lopes Xavier,<sup>73</sup> para quem a invalidade da lei declarada genericamente opera de imediato, anulando os efeitos dos atos praticados no passado, salvo com relação à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. No campo tributário, especificamente, isso significa que a declaração de inconstitucionalidade não atingirá a coisa julgada, nem deve alcançar o lançamento definitivo, os créditos prescritos e outras situações que denotem vantagem econômica para o contribuinte.

109. Luiz Guilherme Marinoni recorda que, em 1995, Clèmerson Merlin Clève já assinalara que “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade” e que o próprio Gilmar Ferreira Mendes, em 1990, em obra, portanto, bem anterior à Lei 9.868/1999, também já observara que a doutrina da retroatividade da declaração de inconstitucionalidade tem uma ressalva expressa: a coisa julgada.<sup>74</sup>

110. O próprio Marinoni, por outro lado, pontificou que a decisão judicial transitada em julgado não é uma simples lei, mas uma interpretação judicial que se desprende do texto legal, originando, assim, a norma jurídica do caso concreto.<sup>75</sup>

111. Ainda quanto à segunda premissa, há um outro aspecto ligado a hipótese diametralmente oposta à que estamos analisando.

112. Se a decisão da Corte Suprema se deu em controle difuso, no julgamento de um caso concreto entre duas outras partes, parece não haver dúvida de que nenhuma influência essa decisão terá sobre a coisa julgada anterior formada em causa de litigante diverso. Cada sentença regula a relação jurídica do contribuinte por ela atingido com o fisco.

113. Eis a lição categórica de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

---

<sup>72</sup> NOVOA, César Garcia. **El principio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 210-215, *passim*.

<sup>73</sup> XAVIER, Helena de Araújo Lopes. Conseqüências da Declaração de Inconstitucionalidade. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 21, jun. 1997, p.47.

<sup>74</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p. 19.

<sup>75</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p. 21.

Como abordado anteriormente, quanto à sucessão de sentenças na dimensão temporal, há de se lembrar a dinâmica específica das normas individuais (*lex inter partes*). Assim, a sentença rescindente revoga a rescindida, o que somente se opera pelo seu trânsito em julgado, em processo que envolva as mesmas partes. Se a coisa julgada forma lei com alcance subjetivo limitado às partes, essa norma individual somente pode ser revogada, ter seus efeitos obstados, por outra norma individual para as mesmas partes, eficácia que pode ser obtida pelo trânsito em julgado da ação rescisória contra aquela sentença.<sup>76</sup>

114. É necessário assinalar o erro de se pretender dar força normativa às decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso, esquecendo-se de que somente o Senado Federal pode retirar a lei, nesse caso, do ordenamento jurídico.<sup>77</sup> Por outro lado, se a decisão do STF tiver se dado em controle concentrado, o §2º do artigo 102 da Constituição determina, expressamente, que essa decisão terá “eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos *demais* órgãos do Poder Judiciário”.

115. É necessário, ainda, afastar qualquer correlação direta com os sistemas de controle de constitucionalidade do continente europeu, nos quais, de um modo geral, os juízes e tribunais inferiores não podem deixar de aplicar a lei que considerem inconstitucional. Dessa forma, quando lá a Corte Constitucional se pronuncia pela constitucionalidade, nada ela acrescenta ao ordenamento jurídico, pois todos os juízes já observavam o comando da lei nas suas decisões.

116. A rigor, no sistema brasileiro a diferença é mais aparente do que real.

---

<sup>76</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 89.

<sup>77</sup> Artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988.

Esse dispositivo da Constituição tem merecido atenção da doutrina especializada, que chega a considerar a competência atribuída ao Senado um anacronismo, uma vez que a decisão do STF-Pleno, seja no controle difuso ou no controle concentrado, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Cf.: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150-153; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1084-1091.

Ainda não há manifestação conclusiva do próprio Supremo sobre o ponto. O julgamento da Reclamação n. 4.335/AC, que trata do assunto e conta com dois votos a favor e dois contra a mutação da função do Senado, aguarda inclusão em pauta, depois de pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski em abril de 2007.

117. A declaração de constitucionalidade em controle concentrado não cria direito novo.<sup>78</sup>

118. Isso porque a lei já existia e já produzia todos os seus efeitos desde o início da sua vigência. Tanto não cria direito novo, constituindo precedente que vincula os demais órgãos do Poder Judiciário, e não o próprio Supremo Tribunal Federal, nos termos do § 2º do artigo 102 da Constituição, que a Corte Constitucional pode vir a mudar o seu entendimento em julgamento futuro.<sup>79</sup>

119. E não cria direito novo porque a Corte Constitucional pode atuar como legislador negativo, retirando a lei do ordenamento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade, mas não pode funcionar como legislador positivo, o que cabe

---

<sup>78</sup> Nesse sentido, ver: CÔELHO, Sacha Calmon Navarro. Da Impossibilidade Jurídica de Ação Rescisória de Decisão Anterior à Declaração de Constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no Direito Tributário. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, n. 15, abr. 1996, p. 197. Nas palavras do autor: “[...] no meio do caminho, entre partes perfeitamente identificadas, pode dar-se a cristalização do direito deduzido na lide pela ocorrência da coisa julgada. E, nesse caso, ulterior decisão contrária do STF, em via de controle difuso, entre outras partes (*res inter alios*), não afeta a decisão que já transitou em julgado. Tampouco dita decisão será afetada por acórdão em sentido contrário e posterior do STF, em via de processo concentrado de controle de constitucionalidade. Neste caso, o prestígio da coisa julgada serve de anteparo ao direito da parte que venceu a demanda e já recebeu a prestação jurisdicional. [...] a preponderar o pensamento contrário, teríamos a provisoriedade de todas as decisões que não fossem do STF sobre questão constitucional, ainda quando já transitadas em julgado, formal e materialmente falando. Estaria instalado o caos jurídico, tão abominado pelo direito tedesco e ofendendo os princípios da certeza e da segurança do direito revelado nas decisões judiciais”. Cf., ainda, com referência ao controle difuso: THEODORO JR., Humberto. Ação rescisória - Matéria tributária - Decisão incidental do STF - Proclamação de constitucionalidade de lei anteriormente havida como inconstitucional - Descabimento da rescisão. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 87, jul.1997, p. 199.

Contudo, parte da doutrina reconhece que a decisão do Supremo, no controle concentrado, cria direito novo, interferindo na eficácia da coisa julgada anterior. Nesse sentido, ver, em especial: NETO, Nelson Monteiro. Inexigibilidade de tributo, coisa julgada e mudança na situação de direito. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 169, out. 2009, p. 107-111; NETO, Nelson Monteiro. Declaração genérica sobre “toda e qualquer operação de certo tipo”, coisa julgada, e Súmula Vinculante (art. 4º da Lei n.º 11.417). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 140, mai. 2007, p. 69-75; GROSS, Marco Eugênio. A posterior declaração de (in)constitucionalidade contrária ao conteúdo de decisões já passadas em julgado em matéria tributária: um conflito entre a segurança jurídica e a supremacia da Constituição. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 185, jul. 2010, p. 151; SANTIAGO, Myrian Passos. Os efeitos da declaração de inconstitucionalidade no tempo e a coisa julgada em matéria tributária. **Revista de Processo**, n. 94, abr. 1999, p. 109.

<sup>79</sup> A assertiva encontra expressa guarida no chamado processo de inconstitucionalização das normas declaradas constitucionais pelo Supremo, verificado nas hipóteses de mutação dos substratos fático-jurídicos que serviram de base para a decisão anterior. Cf., por exemplo: STF, HC 70.514, Relator Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 23 mar. 1994; RE 135.328, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 29 jun. 1994.

O limite à mudança de posição pela Corte está na chamada vedação ao retrocesso. Na jurisprudência, com relação à teoria: “um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último de uma cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.” (STF, ADI 3.104, Relatora Min. Carmén Lúcia, Tribunal Pleno, trecho do voto Ministro Carlos Ayres Britto, julgado em 26 set. 2007).

privativamente ao Poder Legislativo e, excepcionalmente, ao Poder Executivo, por força de expressas disposições constitucionais.<sup>80</sup>

120. Por outro lado, 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 resultante da coisa julgada, que vincula e impera entre as partes a ela submetidas.

121. Assim é que, para que a declaração de inexistência da obrigação de recolher determinado tributo, decorrente da coisa julgada, perdesse eficácia era necessária a edição de uma nova lei tributária, capaz de estabelecer uma nova relação jurídico-tributária entre as partes, no que é enfático o artigo 97 do Código Tributário Nacional, segundo o qual “somente a lei pode estabelecer [...] a instituição de tributos, ou a sua extinção” (inciso I).

122. Sobre o ponto, corretas, uma vez mais, as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior:

[...] é de se ressaltar que se, hipoteticamente, a lei posterior pode inaugurar nova relação jurídico-tributária, é preciso entender o que significa *nova relação*. A relação será nova quando a modificação ocorrida na lei atingir todos os elementos estruturados e isto ocorre desde que seja completa (“mudança dos termos da relação”), isto é, a modificação atinja todos os elementos básica e normativamente estruturados: o fato gerador (critério subjetivo, critério temporal, critério espacial, critério material) e a – *correspondente* – consequência normativa (alíquota, base de cálculo). Isto é, para haver mudança dos “termos da relação” é preciso que a modificação daquela consequência ocorra por força da modificação do fato gerador e não por simples alteração de alíquota, mantendo-se a mesma hipótese de incidência.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Artigo 62 da Constituição de 1988, por exemplo.

<sup>81</sup> FERRAZ JR, Tercio Sampaio. Coisa julgada em matéria tributária e as alterações sofridas pela legislação da contribuição social sobre o lucro (Lei n. 7689/88). **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n.125, fev. 2006, p. 89-90.

123. A cessação posterior da eficácia da coisa julgada formada entre as partes, quanto à inexistência de relação jurídico-tributária, apenas ocorrerá por força de uma mudança legislativa capaz de atingir todos os elementos estruturais dessa anterior relação jurídica, para então constituir uma relação nova, sendo irrelevantes, por isso, os adornos ou as alterações secundárias, como aquelas que tocam, por exemplo, na simples fixação das alíquotas,<sup>82</sup> ou a rediscussão dos fundamentos jurídicos da decisão em plano inteiramente diverso.

124. Em conclusão, somente lei formal nova, posterior à coisa julgada, que defina a relação fisco-contribuinte de modo contrário ao dispositivo da decisão na ação declaratória anterior, constituirá direito novo (ou situação jurídica nova) apta a fazer cessar a eficácia declaratória negativa da *res judicata*.

125. Cabe-nos agora, para encerrar este tópico, ressaltar que o §1º do artigo 475-L, assim como o parágrafo único do artigo 741, ambos do Código de Processo Civil, decorrentes, como visto, da Lei 11.232/2005, se não são inconstitucionais, eles próprios, por violação dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à tutela jurisdicional efetiva,<sup>83</sup> nada mais fizeram do que suprimir para o futuro a exigibilidade do título

---

<sup>82</sup> É o que ocorre, por exemplo, com as inúmeras leis que alteraram aspectos secundários da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº 7.689/1988. Sobre a manutenção do regime jurídico elementar, confira-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.118.893/MG, julgado sob o rito dos recursos repetitivos.

<sup>83</sup> Ainda não há manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade ou não dos referidos dispositivos. O debate está lançado na ADI 2.418, ajuizada pela OAB e distribuída em 22 fev. 2001 (com sucessivas substituições de Relatores, alguns pedidos de ingresso como *amicus curiae*, com pedido de preferência e até mesmo com parecer favorável da Procuradoria Geral da República, no ponto) e nos Recursos Extraordinários 590.880; 611.503 e 586.068.

Ao reconhecer a repercussão geral no RE 611.503, o Ministro Marco Aurélio afirmou: “A toda evidência, cumpre ao Supremo a guarda maior da Constituição Federal. Dela nos vem a imutabilidade da coisa julgada. O Documento Básico da República prevê a mitigação, apenas, no caso da ação de impugnação autônoma – a rescisória. Embora o acórdão do Tribunal Regional Federal esteja em harmonia com essa óptica, é conveniente o Supremo enfrentar a matéria, porquanto esta se mostra passível de repetir-se em inúmeros processos.”

O RE 590.880, que enfrenta o artigo 884, §5º, da CLT (com semelhante redação), começou a ser julgado em 24 mar. 2010, oportunidade em que se manifestaram favoravelmente à insubsistência do título executivo judicial, conferindo valia à tese da relativização, a Ministra Ellen Gracie, relatora, e os Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski. Em sentido oposto, prestigiando a coisa julgada, votaram os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Cezar Peluso. O Ministro Marco Aurélio, também favorável à coisa julgada, conferia maior amplitude ao julgamento para declarar a inconstitucionalidade do aludido dispositivo. O julgamento está suspenso, desde então, com pedido de vista do Ministro Gilmar Mendes.

Há reiteradas decisões monocráticas do Ministro Celso de Mello a favor da coisa julgada. Segue trecho elucidativo da ementa: “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

executivo que tenha emanado da sentença condenatória anterior incompatível com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

126. Isso porque, a toda evidência, a exigibilidade, na clássica lição de Carnelutti,<sup>84</sup> exprime a inexistência de impedimento à eficácia atual do crédito constante de um título executivo. Mas esse impedimento, se verificado, não revoga, não anula e nem torna ilícitos os demais efeitos de direito material decorrentes do título executivo.

127. Recorde-se, ademais, como acima se expôs, que a exigibilidade não é atributo das sentenças meramente declaratórias e, ainda que se pudesse admitir a perda daquilo que nunca se teve, parece-nos acertado afirmar que a ineficácia superveniente não produzirá nenhuma consequência sobre a certeza do direito material acobertada pela coisa definitivamente julgada.

128. Como diz Luiz Guilherme Marinoni, essa esdrúxula modalidade de *inexigibilidade* se baseia na “falsa suposição de que os embargos do executado devem servir para manter a uniformidade das decisões jurisdicionais, como se a coisa julgada fosse um valor menor e insignificante”.<sup>85</sup>

129. A segurança jurídica, como direito fundamental, é o limite que não permite a anulação do julgado com fundamento na decisão posterior do Supremo Tribunal Federal. Também por força da segurança jurídica, como visto, o único instrumento processual cabível para essa anulação, alcançando os efeitos já produzidos pela sentença transitada em julgado, é a ação rescisória, isso se ainda subsistir o prazo bienal para a sua propositura.

130. E mais. As próprias ações previstas no ordenamento infraconstitucional, como meios de ataque da sentença transitada em julgado – a saber, a ação rescisória,

---

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 decisão do Supremo Tribunal Federal que haja declarado inconstitucional determinado diploma legislativo em que se apóie o título judicial, ainda que impregnada de eficácia “ex tunc”, como sucede com os julgamentos proferidos em sede de fiscalização concentrada (RTJ 87/758 – RTJ 164/506-509 – RTJ 201/765), detém-se ante a autoridade da coisa julgada, que traduz, nesse contexto, limite insuperável à força retroativa resultante dos pronunciamentos que emanam, “in abstracto”, da Suprema Corte. Doutrina. Precedentes”. (STF, RE 594.350/RS, decisão monocrática de 25 maio 2010. Agravo Regimental pendente de julgamento. No mesmo sentido, do mesmo Ministro Relator, cf. decisões singulares nos recursos 594.892; 603.023; 595.565; e 592.912.

<sup>84</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Processo di esecuzione**. Padova: CEDAM, 1932. v. I, p. 264.

<sup>85</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O princípio da segurança dos atos jurisdicionais (a questão da relativização da coisa julgada material). **Revista Jurídica**, São Paulo, n. 317, mar. 2004, p.24.

disciplinada a partir do artigo 485, os embargos à execução, com fundamento no artigo 741, parágrafo único, a impugnação ao cumprimento de sentença, com fundamento no art. 475-L, §1º, todos do Código de Processo Civil, e a chamada querela de nulidade, de criação pretoriana, com a aplicação extensiva das hipóteses do artigo 741, inciso I, também do Diploma Processual, às sentenças que não ensejam execução autônoma –, merecem severa análise à luz da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva, como direitos fundamentais, e da própria coisa julgada, como garantia indispensável desses direitos.

131. Firmadas essas premissas, parece-nos claro que a declaração de constitucionalidade em controle concentrado de normas pelo Supremo Tribunal Federal não deve ter nenhuma influência sobre anteriores sentenças transitadas em julgado que tenham fundamento em entendimento contrário ao firmado posteriormente pela Corte Suprema sobre a questão constitucional.<sup>86</sup>

#### **VI – O Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional:**

132. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional publicou no Diário Oficial da União de 26 de maio de 2011 o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, aprovado pelo Exmo. Sr. Ministro da Fazenda, concluindo, em síntese, que:

- (i) a alteração nos suportes fático ou jurídico existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de relações jurídicas tributárias continuativas faz cessar, dali para frente, a eficácia vinculante dela emergente em razão do seu trânsito em julgado;
- (ii) possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, precisamente por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (i) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade,

---

<sup>86</sup> O raciocínio se aplica, voltando ao exemplo referido em nota anterior, à declaração de constitucionalidade da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), instituída pela Lei nº 7.689/1988, nos termos do julgamento da ADI nº 15-2/DF, ocorrido em junho de 2007. Na linha exposta no presente estudo, essa declaração de constitucionalidade é incapaz, por si, de macular as sentenças declaratórias de inexistência de relação jurídica tributária anteriores, com trânsito em julgado favorável ao contribuinte.

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 julgados posteriores da Suprema Corte;

(iii) o advento de precedente objetivo e definitivo do STF configura circunstância jurídica nova apta a fazer cessar a eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhe forem contrárias;

(iv) como a cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado é automática, com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, quando no sentido da constitucionalidade da lei tributária, o Fisco retoma o direito de cobrar o tributo em relação aos fatos geradores ocorridos daí para frente, sem que, para tanto, necessite ajuizar ação judicial; por outro lado, com o advento do precedente objetivo e definitivo do STF, quando no sentido da inconstitucionalidade da lei tributária, o contribuinte-autor deixa de estar obrigado ao recolhimento do tributo, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que, para tanto, necessite ajuizar ação judicial;

(v) em regra, o termo *a quo* para o exercício do direito conferido ao contribuinte-autor de deixar de pagar o tributo antes tido por constitucional pela coisa julgada, ou conferido ao Fisco de voltar a cobrar o tributo antes tido por inconstitucional pela coisa julgada, é a data do trânsito em julgado do acórdão proferido pelo STF. Excepciona-se essa regra, no que tange ao direito do Fisco de voltar a cobrar, naquelas específicas hipóteses em que a cessação da eficácia

da decisão tributária transitada em julgado tenha ocorrido em momento anterior à publicação deste Parecer, e tenha havido inércia dos agentes fazendários quanto à cobrança; nessas hipóteses, o termo *a quo* do direito conferido ao Fisco de voltar a exigir, do contribuinte autor, o tributo em questão, é a publicação do presente Parecer.<sup>87</sup> (grifo nosso).

133. *Concessa venia*, tão fora de propósito é a busca de racionalidade do Parecer em exame que ele procura determinar a incidência dessa nova e idealizada fonte de direito tributário já a partir da sua publicação, esquecendo-se, ao que tudo indica, dos princípios constitucionais que regem o direito tributário, dentre eles, para iniciar pelo exemplo mais marcante, o princípio da anterioridade.<sup>88</sup>

#### **VI.1 – Coisa julgada e isonomia:**

134. Há mais. Um dos fundamentos das objeções à prevalência da coisa julgada anterior em face do advento de julgado do Supremo Tribunal Federal, a ela contraposto em matéria constitucional, é a violação ao princípio constitucional da isonomia, uma vez que, segundo o enfoque adotado pela Fazenda,<sup>89</sup> quem tiver ido ao Judiciário e obtido decisão favorável, com trânsito em julgado, acabará se beneficiando de um tratamento privilegiado em relação à interpretação da lei fixada pela Corte Suprema e aplicável a todos os demais cidadãos.

135. Desde a Antiguidade, convém frisar, o conceito de justiça está intimamente vinculado ao de igualdade. Aristóteles, na sua conhecida e sempre citada *Ética a Nicômaco*, pregava que “*se, portanto o injusto é o desigual, o justo é o igual*”.<sup>90</sup>

136. Por isso, o direito fundamental à igualdade não se limita a um direito à igualdade *perante a lei*, a que corresponde um dever imposto ao legislador, mas inclui a

---

<sup>87</sup> DJU – Seção 1, ano 148, nº 100, Brasília, 26 maio 2011, p. 22 et seq.

<sup>88</sup> Constituição Federal, artigo 150: “Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: [...] b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

<sup>89</sup> Cf., em especial, parágrafo 86 et seq. do PGFN/CRJ/Nº 492/2011.

<sup>90</sup> Cf.: ARISTÓTELES, *Ética Nicômaco*. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004. Livro V, capítulo 3, p. 108,

igualdade *na lei*, ou seja, na sua aplicação, por parte dos administradores e do próprio Poder Judiciário.

137. A aplicação do princípio da igualdade pressupõe que as situações envolvidas apresentem *pontos de comparação*. De acordo com a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos,<sup>91</sup> a igualdade protege os indivíduos ou grupos de indivíduos que se encontrem em uma situação *comparável*, não bastando apenas uma situação *semelhante*.

138. 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 de Direito pode exigir de uns e de outros é totalmente diferente, em face das circunstâncias fático-jurídicas em que se encontram.

139. Os precedentes judiciais e os mecanismos de uniformização de jurisprudência se destinam, justamente, a assegurar essa igualdade, assim como na elaboração das leis o legislador resguarda as situações jurídicas pré-existentes, por força do próprio inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição. E quando se depara com relações jurídicas continuativas, o legislador normalmente estabelece regras de transição.

140. Nesse aspecto, como cediço, ainda hoje o direito brasileiro deixa muito a desejar, não só porque os mecanismos existentes ainda se limitam, em grande parte, a prover apenas uma homogeneização da interpretação da lei, desprezando, por completo, todas as desigualdades de tratamento decorrentes do julgamento das questões de fato, mas também porque, frequentemente, esses mecanismos admitem a coexistência, dentro do mesmo tribunal, de órgãos fracionários com entendimentos diversos sobre as mesmas questões, circunstância que acaba favorecendo – ao invés de coibir – as mudanças bruscas na jurisprudência, muitas vezes ocorridas sem qualquer justificativa razoável.

141. Alguns tribunais constitucionais, como o da Alemanha e o da Espanha, já assentaram, como pressuposto essencial à eficácia do direito fundamental à igualdade, a homogeneidade e continuidade das decisões de cada tribunal integrante da estrutura

---

<sup>91</sup> MARTENET, Vincent. *Géométrie de l'égalité*. Genève: LGDJ Éditions, 2003. p. 20.

jurisdicional do Estado, não devendo as Cortes adotar mudanças repentinas e infundadas em sua jurisprudência justamente para não ocasionar desigualdade de tratamento na aplicação da lei.<sup>92</sup>

142. Afastada, portanto, a comparabilidade que poderia ensejar a aplicação do princípio da igualdade, cumpre, de qualquer modo, reconhecer que a ocorrência de decisões desiguais é, em muitos casos, inevitável, fruto do próprio sistema judiciário liberal que faculta a qualquer cidadão ingressar sozinho em juízo para postular a proteção de qualquer situação que considere agasalhada pela lei.<sup>93</sup>

143. Para evitar e corrigir essas situações de desigualdade, os sistemas processuais instituem os recursos e, após o trânsito em julgado da decisão, mas dentro de certo prazo, estabelecem ainda a possibilidade de rescisão dessa decisão por meio de um remédio que o Código de Processo Civil brasileiro denomina de ação rescisória.<sup>94</sup>

144. Aliás, o direito brasileiro é exageradamente favorável ao restabelecimento do primado da igualdade, o que se pode notar tanto pelo número excessivo de recursos disponíveis, quanto pela largueza dos fundamentos de admissão da ação rescisória, a exemplo do erro de fato, da aparição de prova nova ou da alegação de prova falsa, bem como em razão de qualquer violação de literal disposição de lei, mesmo que a matéria tenha sido amplamente discutida e apreciada em todas as instâncias no processo de que resultou a sentença rescindenda.

145. Recentemente, o incidente de recursos especiais repetitivos<sup>95</sup> e, no novo Código de Processo Civil em tramitação no Congresso Nacional,<sup>96</sup> o incidente de julgamento de demandas repetitivas revelam a clara intenção do legislador processual de aperfeiçoar, ainda mais, essa busca de igualdade na administração e distribuição da Justiça.

---

<sup>92</sup> ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.). **Interpreting precedents**. England, Hants: Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 17-64, passim; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S (org.). **Interpreting precedents**. England, Hants: Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 259-292, passim.

<sup>93</sup> TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 593-595.

<sup>94</sup> Artigo 485 e seguintes, CPC.

<sup>95</sup> Cf. o artigo 543-C, do CPC, incluído pela Lei 11.672/2008.

<sup>96</sup> Art. 930 do Projeto de Lei nº 8.406/2010 da Câmara dos Deputados.

146. Mas a igualdade, como princípio constitucional, não tem valor absoluto, merecendo de Willis Santiago Guerra Filho a classificação como um princípio constitucional geral, com grau de eficácia inferior ao dos princípios estruturantes, a exemplo do princípio do Estado de Direito, do princípio democrático e do princípio federativo.<sup>97</sup> Recorde-se, em reforço, que a relativa indeterminação é também característica dos princípios constitucionais.<sup>98</sup>

147. Assim, ninguém duvida que a livre iniciativa protege a propriedade privada dos meios de produção. Todavia, em que medida ela impede o exercício pelo Estado ou por entidades públicas de atividades econômicas? Essa questão bem exemplifica a mencionada indeterminação. E dela resulta que, na colisão desses princípios, a prevalência de um não pode significar, necessariamente, o desprezo completo ao outro.<sup>99</sup>

148. Mais do que isso. Quando um princípio, como o da igualdade, é também um direito fundamental, a sua eficácia está normalmente limitada por outros direitos fundamentais tão ou mais valiosos do ponto de vista humanitário, como é o caso dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à tutela jurisdicional efetiva, que constituem, como visto acima, o substrato da coisa julgada.

149. Assim, na impossibilidade de uma intuitiva hierarquização entre esses direitos fundamentais, pode o legislador estabelecer um limite à eficácia de cada um deles.

150. É o que faz o legislador processual civil ao permitir que se sobreponha à segurança jurídica resguardada pela coisa julgada qualquer outro direito subjetivo, desde que previsto dentre as hipóteses de admissibilidade da ação rescisória e invocado no prazo de dois anos.

151. Entre esses direitos que não podem ser opostos à segurança jurídica fora dos limites da ação rescisória se encontra, notadamente, o direito à igualdade, pois a coisa julgada, assim com a igualdade, é um sub-princípio do Estado de Direito e, como tal, não pode ser simplesmente ignorada. As exceções ficam por conta da necessidade de se

---

<sup>97</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora SRS, 2005. p. 57 e 70.

<sup>98</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 52-53.

<sup>99</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora SRS, 2005. p. 57. Ver, ainda: JOUANJAN, Olivier. **Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand**. Paris: Ed. Economica, 1992. P. 199-200.

assegurar o primado de algum outro direito fundamental inquestionavelmente mais valioso, como acontece, por exemplo, com o direito à liberdade de locomoção.<sup>100</sup>

152. O grande jurista alemão Claus-Wilhelm Canaris se valeu do conflito entre a igualdade e a segurança jurídica para demonstrar, justamente, a flexibilidade da harmonização de princípios na teoria geral do direito contemporâneo, distinguindo a *contradição* valorativa da *diferenciação* valorativa.<sup>101</sup>

153. Nessa linha, é a gravidade ou a intensidade das exceções aos princípios da igualdade, da livre iniciativa ou da livre concorrência que podem pôr em risco a unidade do sistema jurídico e acarretar a sua invalidade e não a sua ocasional suplantação por um outro princípio constitucional geral, como o da segurança jurídica, em relação ao qual, como se antecipou há pouco, o legislador convive amplamente com as hipóteses de violação ao permitir extensas vias de impugnação e de procrastinação da solução definitiva dos litígios, não obstante a celeridade do processo seja também entre nós um direito fundamental, especialmente a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

154. Portanto, quanto a essa premissa do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, considero inconsistente a alegada violação da isonomia pela acentuada desigualdade das situações fático-jurídicas em jogo. Mas, ainda que comparáveis, a violação da isonomia apenas obrigará a desconstituição da coisa julgada civil se caracterizada uma das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória e não houver escoado o prazo bienal do artigo 495 do Código de Processo Civil.

155. Fora dessas hipóteses, ou decorrido esse prazo, prevalecerá a coisa julgada.

156. E essa prevalência poderá derogar, no caso concreto, a eficácia do princípio da isonomia, assim como a dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência ou de qualquer outro princípio cuja inobservância não caracterize a vulneração de um direito fundamental manifestamente mais valioso do ponto de vista humanitário do que a segurança jurídica.

---

<sup>100</sup> Nessa linha, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça recentemente destacou que “apenas nas situações de colisão entre direitos fundamentais é que é cabível suspender, via provimento cautelar, a execução da decisão rescindenda, a fim de que outro direito fundamental em jogo, que represente a proteção a um bem jurídico maior do que aquele da segurança jurídica decorrente da coisa julgada, prevaleça.” (MC-AgRg 12.581/RN, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 2ª Seção, julgado em: 8 jun. 2011).

<sup>101</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **El sistema en la jurisprudencia**. Madrid: Consejo General del Notariado, 1998. p. 142-146.

## **VI.2 – O advento de entendimento do STF contraposto à coisa julgada:**

157. Como já se afirmou nas linhas anteriores, o legislador ordinário, ao regular a ação rescisória, estabeleceu o limite em que a segurança jurídica, garantida pela coisa julgada, poderá ser desprezada em benefício da observância de outros princípios ou direitos constitucionalmente assegurados.

158. Aliás, nesse particular, sequer é necessário que o Supremo Tribunal Federal venha a se pronunciar sobre a matéria em sentido oposto ao da decisão com trânsito em julgado, posteriormente à sua verificação, para que se admita o cabimento da ação rescisória, uma vez que os seus limites, exageradamente amplos, contemplam qualquer violação da lei.

159. Fora dos casos de rescisória previstos pelo legislador, pode e até mesmo deve a lei contemplar outros em que a violação pela sentença transitada em julgado de direitos fundamentais de excepcional valor humanitário deve ensejar, a qualquer tempo, a anulação da decisão ou a recusa da sua execução, se ela ainda não houver produzido e esgotado todos os seus efeitos.

160. É o que faz o Código de Processo Penal ao não fixar prazo para a revisão criminal em benefício do réu, pois a liberdade humana, atingida ou ameaçada pela condenação criminal, é seguramente um dos mais relevantes direitos fundamentais, sobrepujando-se à segurança jurídica, o que vem comprovado pelos inúmeros dispositivos do artigo 5º da Constituição que resguardam a liberdade.

161. É o que ocorre, também, com o inciso I do artigo 741 e com o inciso I do artigo 475-L, ambos do Código de Processo Civil, que se apressam a afastar a imutabilidade da coisa julgada dos casos em que a sentença resultou de um processo que correu à revelia do réu, em razão da falta ou nulidade de citação. Aqui, como se pode facilmente inferir, o direito fundamental à ampla defesa foi tomado em conta sensivelmente mais valioso do que a segurança jurídica, uma vez que ninguém poderá perder um direito, porque derrotado em um processo judicial, sem que tenha tido a oportunidade efetiva de nele se defender amplamente, com todos os meios e recursos disponíveis.

162. É o caso, ainda, da seção 185.4 da Lei de 17 de dezembro de 2008, que rege as relações de família na Alemanha (*Fam FG*) e aborda o ponto específico das ações relativas à paternidade, permitindo não só a revisão do julgado nas hipóteses de

descoberta de novas provas, como também dispensando essa revisão do prazo a que normalmente está sujeita a *Wiederaufnahme des Verfahrens*, instituto tedesco correspondente à nossa ação rescisória. O direito ao estado familiar é um importantíssimo direito da personalidade, pelo menos quanto ao conhecimento da origem genética do ser humano e à sua vinculação à família como comunidade sócio-afetiva, merecendo, assim, uma proteção especial que também se sobrepuja à segurança jurídica e à coisa julgada.<sup>102</sup>

163. Esses exemplos lançam luz sobre as premissas do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, uma vez que não se vislumbram, no geral, nas decisões transitadas em julgado na matéria tributária, porque de natureza patrimonial incontestes, casos de violação de princípio ou de direito constitucionalmente assegurados que possam se colocar em posição manifestamente mais valiosa do que a segurança jurídica, por tudo o que acima se disse quanto ao seu papel no Estado Democrático de Direito, a ponto de autorizar a banalização do seu desrespeito, quer tenha ela se formado a favor do fisco, quer tenha a decisão final favorecido o contribuinte.

---

<sup>102</sup> Sobre a possível aplicação do princípio da proporcionalidade à coisa julgada, em situações limítrofes ligadas, por exemplo, ao direito à correta filiação, cf.: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 112-114. Ver, também: LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. **Revista Jurídica**. São Paulo, Notadez, ano 52, n. 316, fev. 2004, p. 19-36.

Em recente julgado (RE 363.889/DF, julgado em 02 jun. 2011), o Supremo Tribunal Federal admitiu a relativização da coisa julgada na hipótese em que em jogo, de um lado, o direito à correta origem genética e à vinculação familiar e, de outro, a coisa julgada. Cf. trecho do voto do Ministro Luiz Fux, elucidativo ao distinguir as hipóteses de flexibilização da coisa julgada hoje existentes no sistema brasileiro: “Deveras, nesse rol se encaixam, por exemplo, as seguintes hipóteses: (i) o ataque a decisões transitadas em julgado não por conta apenas de uma interpretação jurídica, mas em razão da superveniência, dado o avanço da tecnologia, de meios de prova inexistentes à época da prolação da decisão, que, dependendo do resultado que se possa deles extrair para a instrução da causa, conduziram a conclusão diversa da alcançada na decisão anterior, e que, apenas nesse caso, restaria configurada a violação de princípios ou regras constitucionais pela manutenção da coisa julgada; (ii) o puro e simples questionamento de decisões transitadas em julgado que já se chocassem, por uma pura interpretação de direito a ser realizada pelo julgador do caso concreto, com o teor de algum direito ou garantia constitucional; e (iii) a impugnação de decisões transitadas em julgado na fase de execução de condenações de pagar quantia certa, quando a lei em que havia se fundado a decisão exequenda tiver a respectiva constitucionalidade rejeitada em decisão do Supremo Tribunal Federal, como prevêem no âmbito do processo civil e do processo trabalhista, respectivamente, os arts. 475-L, §1º, e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil e o art. 884, §5º, da CLT.” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia>. Acesso em: 14 dez. 2011).

### **VI.3 – A falsa origem alemã da causa superveniente de inexigibilidade:**

164. É preciso avançar para desmistificar a falsa origem alemã da novel hipótese de inexigibilidade dos títulos executivos, na forma dos artigos 741, parágrafo único, e 475-L, §1º, ambos do Código de Processo Civil, já aqui comentados, e apartá-la dos exemplos referidos há pouco como autorizadores da flexibilização da coisa julgada a bem de outros valores constitucionais especialmente valiosos.

165. Como visto, esses dispositivos acrescentaram na codificação processual civil uma nova hipótese de inexigibilidade do título executivo judicial, consistente na declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal da lei ou ato normativo em que se baseou a sentença ou na decisão do Supremo que considere a aplicação ou a interpretação da lei ou ato normativo adotados pela sentença como incompatíveis com a Constituição.

166. Alardeou-se no Brasil que esses dispositivos, limitadores da eficácia da decisão acobertada pela autoridade da coisa julgada, teriam origem na seção 79 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Federal Alemão.

167. Ora, com as vênias devidas, não é preciso conhecer profundamente o direito alemão para compreender que o trânsito em julgado de uma sentença que recuse a aplicação de uma lei por considerá-la inconstitucional, à qual se siga uma declaração de constitucionalidade do Tribunal Constitucional Federal, é juridicamente impossível de acontecer na Alemanha, porque aquele País não possui o controle difuso de constitucionalidade, mas apenas o controle concentrado.

168. Nenhum juiz na Alemanha pode recusar-se a aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional. Assim, enquanto não declarada a inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, todos os juízes são obrigados a aplicar a lei. Nunca, portanto, ocorrerá a hipótese de a coisa julgada fundada na inconstitucionalidade ser sobrepujada pela declaração de constitucionalidade da Corte Constitucional.

169. Com efeito, a referida seção 79 da Lei Orgânica do Tribunal alemão trata de hipótese inversa àquela positivada pelo legislador processual brasileiro, e apenas se justifica, lá, em razão da inexistência do controle difuso de constitucionalidade. Por conta dessa peculiaridade, se o juiz teve de aplicar a lei que posteriormente foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional alemã, é preciso estabelecer algum

grau de incidência desta última decisão, que retirou a lei do ordenamento jurídico, sobre os casos anteriormente julgados.

170. Observe-se que o legislador brasileiro, extremamente cauteloso na introdução dessa nova hipótese de restrição ao cumprimento do julgado, teve o cuidado de incluí-lo como causa de *inexigibilidade* do título. Ora, como já afirmado, a inexigibilidade do crédito é apenas o impedimento à sua imediata cobrança, que não revoga o juízo de certeza que resulta da coisa julgada quanto à existência da relação jurídica de direito material. Crédito inexigível existe, embora privado de executividade. Se o devedor o pagar, não poderá repeti-lo, porque, repita-se, ele existe e é válido.

#### **VI.4 – A inconstitucionalidade dessa nova causa de inexigibilidade:**

171. Não obstante as cautelas redacionais adotadas nos dispositivos constantes do parágrafo único do artigo 741 e do §1º do artigo 475-L do Código de Processo Civil, eles se ressentem de *vícios gravíssimos que comprometem irremediavelmente* a sua constitucionalidade.<sup>103</sup> Há, em tais dispositivos, nítida confusão entre as eficácias objetiva e subjetiva das decisões do Supremo Tribunal Federal em ações de controle concentrado e em ações de controle difuso, do que decorre a afronta a institutos constitucionalmente regulados e assegurados.

172. Com efeito, se é assente em toda a doutrina constitucional contemporânea que a declaração de inconstitucionalidade em controle concentrado tem eficácia *erga omnes*, retroativa ao momento em que a lei entrou em vigor, também impera o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade, em ação de controle difuso, somente tem eficácia no caso concreto, e a própria resolução do Senado que vier a suspender a execução da lei apenas estenderá a toda a coletividade essa eficácia a partir da sua edição, com efeitos *ex nunc*, ou seja, a lei continuará no ordenamento jurídico e poderá ser aplicada em outros casos pelo próprio Judiciário, enquanto não tiver a sua execução suspensa pelo Senado.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Cf., em nota anterior, a exposição sobre o atual estágio dos julgamentos, no STF, sobre a constitucionalidade dos referidos dispositivos processuais.

<sup>104</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 479.

173. A opinião de alguns membros da Corte Suprema brasileira<sup>105</sup> não tem o condão de alterar a diferença de tratamento que o próprio texto constitucional dá a esses dois tipos de decisão do Supremo Tribunal Federal. Além disso, não será um simples parecer da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional que fará com que a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo em controle difuso deixe de depender da Resolução do Senado, estabelecida expressamente na Constituição, para alçar eficácia *erga omnes*.

174. Viola a competência constitucional do Senado e a separação de poderes a outorga de eficácia *erga omnes* ou *ultra partes* à decisão do Supremo Tribunal Federal em controle difuso. E releve-se que, quando o Supremo Tribunal declara a lei constitucional em interpretação conforme à Constituição, não há declaração de inconstitucionalidade da lei, mesmo em controle concentrado, o que não impede que outras interpretações possam vir a ser dadas à lei, inclusive as constantes de decisões anteriores.

175. E, ainda que se referissem os dispositivos processuais em comento apenas à declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo em ações de controle concentrado, eles não se livrariam da eiva de inconstitucionalidade, porque, ao não sujeitar a qualquer limite, nem temporal, nem material, a retroação dos efeitos dessa declaração, simplesmente suprimiram a segurança jurídica como direito fundamental, vulnerando irremediavelmente o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.

#### **VI.5 – O STF, no controle concentrado, é legislador negativo e não legislador positivo:**

176. Ainda quanto à análise das premissas do Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, parece-nos falacioso o argumento de que o advento da decisão do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, dá azo a direito novo, capaz de alterar a situação fático-jurídica em que se baseou a sentença transitada em julgado e de reger, desde logo, a relação jurídica continuativa que havia sido objeto da referida sentença, suprimindo os seus efeitos.

---

<sup>105</sup> Cf. o exposto sobre o tema em nota anterior. Em sede doutrinária, quanto à tentativa de mudança de postura, ver: BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150-153; MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1084-1091, obras também antes citadas.

177. 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.

178. 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 tal sentido. Ainda na Constituição, a legalidade é reforçada pela exigência de *lei complementar* (artigo 146, inciso III, alínea “a”) para a definição dos principais elementos da 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 do seu fato gerador ou a fixação da sua alíquota e da sua base de cálculo.

179. Assim, a declaração de constitucionalidade da 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 as fontes de direito tributário o julgado ou o precedente adotado pelo Supremo.

180. Aliás, não pode haver maior prova do intuito do constituinte em não equiparar à lei a declaração de constitucionalidade 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 a declarar inconstitucional a lei.

181. Deve-se recordar, por fim, que um outro indício dessa impossível equiparação da declaração de constitucionalidade pelo Supremo à lei resulta da própria Lei 9.868/1999, 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 negativo 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.

## **VII – Conclusão:**

182. Em face de todo o exposto, entendo que, enquanto não sobrevier nova lei formal que altere a essência do regime jurídico do tributo declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado, instituindo os novos elementos da obrigação tributária, continua válida e eficaz a anterior sentença transitada em julgado que julgou procedente ação declaratória de inexistência de obrigação tributária fundada na inconstitucionalidade do referido tributo, em favor de contribuinte que, assim, não fica sujeito ao entendimento do STF que não tem o condão de desconstituir a coisa julgada anterior.

183. E, especificamente sobre o Parecer PGFN/CRJ/Nº 492/2011, entendo, também como exposto, que a construção partiu de premissas equivocadas, uma vez que não se pode, no sistema vigente de controle de constitucionalidade, atribuir ao STF o papel de legislador positivo, em especial na seara tributária, porque submetida ao princípio da legalidade estrita, não sendo dado ao Fisco simplesmente desconsiderar a existência da coisa julgada anterior favorável ao contribuinte.