

# **ESTUDO JURÍDICO SOBRE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL**

**RESUMO: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS (DEZEMBRO/2008) SOBRE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUERELLA NULLITATIS. SEGURANÇA JURÍDICA. ANÁLISE DOS EFEITOS RETROATIVOS E FUTUROS DA DECISÃO DO STF QUE CONSIDEROU INCONSTITUCIONAL, EM CONTROLE INCIDENTAL, O § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718. “QUERELA NULLITATIS” COMO VIA ELEITA PARA DESCONSTITUIÇÃO DE COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL.**

**JOSÉ AUGUSTO DELGADO– Advogado. Consultor. Parecerista. Exerceu a magistratura durante 43 anos. Especialista em Direito Civil. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Processual Civil. Ministro Aposentado do STJ. Ex-Ministro do Tribunal Superior Eleitoral. Doutor Honoris Causa pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Idem pela Universidade Potiguar do RN. Da Academia Brasileira de Letras Jurídicas/RJ. Da Academia Brasileira de Direito Tributário/SP. Da Academia de Direito Tributário das Américas. Da Academia Norte Rio-grandense de Letras/RN. Da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte. Professor Aposentado da UFRN. Professor convidado do Curso de Especialização do CEUB – Brasília. Ex-Professor da Universidade Católica de Pernambuco. Ex-Juiz Estadual. Ex-Juiz Federal. Ex-Juiz Eleitoral.**

## **1.0 – INTRODUÇÃO**

**2.0 - OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI N. 9.718, DE 1998, POR VIOLAÇÃO DIRETA AO TEOR DO ART. 195, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE OUTORGA AO CONTRIBUINTE O GOZO DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSAGRADO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA**

**3.0 – A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL – CONCEITOS MODERNOS**

**4.0 – A COISA JULGADA MATERIAL EM DIREITO TRIBUTÁRIO E OS EFEITOS PRODUZIDOS PELA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL**

**5.0 – REFLEXÕES AMPLIADAS DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A COISA JULGADA QUANDO FORMADA COM VÍCIOS GRAVES, ESPECIALMENTE, O DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

**6.0 – O PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO (DEZEMBRO DE 2008) DE PREDOMINANTE CORRENTE DOCTRINÁRIA SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS SEUS EFEITOS.**

**7.0 - CONCLUSÕES APRESENTADAS POR DOCTRINADORES QUE TÊM ESTUDADO A COISA JULGADA EM SUA VISÃO NO SÉCULO XXI.**

**8.0 – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL.**

**9.0 – REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA INCONSTITUCIONAL TRANSITADA EM JULGADO**

**10.0 – INDAGAÇÕES QUE FORMULAMOS E RESPOSTAS ÀS MESMAS EM FACE DOS ACONTECIMENTOS NOTICIADOS E QUE RESULTURAM NA AUTUAÇÃO DE CONTRIBUINTES, MESMO COM A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PRODUZINDO EFEITOS.**

**11.0 – CONCLUSÕES.**

**1.0 – INTRODUÇÃO**

Abrimos espaço, no desenvolvimento do estudo ora apresentado, para questionamentos contemporâneos sobre os efeitos de sentença que rejeita, em sede de mandado de segurança, a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98 (PIS – COFINS - conceito de faturamento e receitas financeiras), em confronto, mesmo com o seu trânsito em julgado e escoado o prazo para rescisória, com declaração de inconstitucionalidade proclamada, dos mesmos dispositivos, posteriormente, pelo Supremo Tribunal Federal.

Em síntese, a abordagem doutrinária e jurisprudencial a que nos propomos no momento envolve situação jurídica concreta, que escolhemos para análise, decorrente de trânsito em julgado de

sentença que considerou constitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, em conflito com decisões do STF que, em data posterior, reconheceram ser inconstitucional o referido dispositivo, de acordo com os registros, entre outros, dos Recursos Extraordinários nos. 346.084, 357.050, 358.273 e 390.840.

Em relato mais preciso, detalhamos que determinadas empresas apresentaram pretensão em juízo para não terem sujeição de responsabilidade pelo pagamento do PIS e da COFINS sobre receitas decorrentes de variações monetárias e cambiais por não serem componentes do conceito de faturamento.

Os mandados de segurança impetrados, via processual escolhida pelas contribuintes, receberam sentença denegatória e transitaram em julgado durante o ano 1999. As primeiras decisões do Supremo Tribunal Federal declarando a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718 de 1998, conforme anais jurisprudenciais, foram publicadas em data de 15/08/2006, acórdãos dos Recursos Extraordinários 346.084, 357950, 358273 e 390840, todas com trânsito em julgado em 01/09/06. O STF, em data de 12.09.2006, encaminhou ofício ao Presidente do Senado Federal, comunicando a decisão em questão e anexando cópia do acórdão, para fins do art. 57, X, da Constituição Federal.

Não obstante essa configuração tributária no mundo jurídico, atualmente, as empresas respondem por autuações fiscais instauradas no ano de 2004, exigindo o pagamento do PIS e da COFINS sobre as receitas financeiras acima identificadas, em período correspondente aos anos de 1999 ao mês dezembro de 2002, sob o fundamento de que, antes do Supremo Tribunal Federal ter declarado, com efeitos ex-tunc, a inconstitucionalidade da cobrança de tais contribuições sobre receitas decorrentes de variações monetárias e cambiais, ocorreu o trânsito em julgado das decisões acima mencionadas.

É com base nesse quadro real que examinaremos, nas linhas seguintes: a) os efeitos da mencionada decisão transitada em julgado e que serve de suporte para o fisco fazer a exigência tributária; b) idem do proclamado pelo Supremo Tribunal Federal; e c) bem como qual ou quais as vias processuais adequadas para desconstituir a decisão acobertada pela coisa julgada.

**2.0 - OS EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 3º DA LEI N. 9.718, DE 1998, POR VIOLAÇÃO DIRETA AO TEOR DO ART. 195, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE OUTORGA AO CONTRIBUINTE O GOZO DO DIREITO FUNDAMENTAL CONSAGRADO NO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA**

O Colendo Supremo Tribunal Federal, ao julgar, pelo Pleno, em 09/11/2005, os Recursos Extraordinários de nºs 346.084 (Relator Ministro Ilmar Galvão), 357.950, 358.273 e 390.840 (Relator Ministro Marco Aurélio), declarou a inconstitucionalidade material do § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718, de 1998, com efeitos "ex tunc". A proclamação do Recurso Extraordinário n. 346.084, acórdão líder, é do teor seguinte:

**"DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, CONHECEU DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO E, POR MAIORIA, DEU-LHE PROVIMENTO, EM PARTE, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 9.718, DE 27 DE NOVEMBRO DE 1998, VENCIDOS, PARCIALMENTE, OS SENHORES MINISTROS ILMAR GALVÃO (RELATOR), CEZAR PELUSO E CELSO DE MELLO E, INTEGRALMENTE, OS SENHORES MINISTROS GILMAR MENDES, MAURÍCIO CORRÊA, JOAQUIM BARBOSA E O PRESIDENTE (MINISTRO NELSON JOBIM). REFORMULOU PARCIALMENTE O VOTO O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE. NÃO PARTICIPARAM DA VOTAÇÃO OS SENHORES MINISTROS CARLOS BRITTO E EROS GRAU POR SEREM SUCESSORES DOS SENHORES MINISTROS ILMAR GALVÃO E MAURÍCIO CORRÊA QUE PROFERIRAM VOTO. AUSENTE, JUSTIFICADAMENTE, A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE. PLENÁRIO, 09.11.2005". (Conferir com registros contidos no site do STF).**

O Supremo Tribunal Federal vem confirmando, por via de inúmeros julgados, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º, da Lei n. 9.718, de 1998, desde a sua origem, emprestando, portanto, interpretação e aplicação uniforme ao tema, conforme revelam as decisões proferidas, entre outras, nos recursos a seguir enumerados:

a) RE-AGR 543799/PE. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 22/04/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ-092 DE 23-05-2008.

b) RE 586732 AGR, MG, Julgado em 24-06-2008, 2ª Tuma, Rel. Min. Eros Grau. DJ-162, DE 29-08-2008.

c) AC-QO 1971/SP - Questão de Ordem em Ação Cautelar. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 18/03/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJ-074, 25-04-2008.

d) RE-AGR 557974/SP, Ag. Reg. em Recurso Extraordinário. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgamento: 26/02/2008. Órgão Julgador: Segunda Turma, Publicação no DJ-055, 28-03-2008.

e) AI-AGR 457914/SP. Ag. Reg. no Agravo De Instrumento. Relator Min. Cezar Peluso. Julgamento: 18/12/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação no DJ-036, de 29-02-2008.

f) AC-MC 1795/SP. Medida Cautelar Em Ação Cautelar. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 16/10/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ-142, de 14-11-2007. No mesmo sentido: AC 1044, MC-QO, AC 1052, AC 1061 QO, AC 1126 QO, AC 1178 MC-QO, AC 1235 MC-QO, AC 1284 QO, AC 1366 MC-QO, RE 357950, RE 358273, RE 489881, RE 390840. Decisões monocráticas: AC 204, AC 1179, MC.AC 1208, MC.AC 1999.

g) RE-AGR 487549/MG. AG.Reg. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento: 16/10/2007. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação no DJ-142, de 14-11-2007.

h) Re-ED 523943/SP. Emb. Decl. no Recurso Extraordinário. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 25/06/2007. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação no DJ-082, de 17-08-2007. No mesmo sentido: AC-MC-QO 1044/SP. Questão De Ordem Em Medida Cautelar Em Ação Cautelar. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 24/10/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação no DJ, 17-11-2006.

i) RE-AGR 419010 / RJ. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 15/08/2006. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação NO DJ 08-09-2006, p. 00041.

A ênfase que acabamos de registrar a respeito da jurisprudência uniforme do Supremo Tribunal Federal no tocante à inconstitucionalidade do § 1º, do art. 3º, da Lei n. 9.718, de 1998, com efeitos "ex tunc", isto é, desde a data de 01.02.1999, quando da entrada em vigor do referido dispositivo, tem o sentido de demonstrar que há assentamento uniforme pautado sobre a não vigência, em nosso ordenamento jurídico, da norma em questão, o que impossibilita, em homenagem ao princípio da legalidade tributária que, após o dia apontado, seja exigido o mencionado tributo de qualquer contribuinte.

Entendemos, na linha da doutrina contemporânea, que o controle de constitucionalidade gera extraordinárias conseqüências sociais, políticas e econômicas, pelo que os seus efeitos devem ser efetivados sob aspectos jurídicos imperativos, como, aliás, apregoados nos Estados Unidos, conforme revela o famoso e conhecido caso decidido pela Suprema Corte em 1.908 (Memorial Brandeis), quando a jurisprudência demonstrou a profunda vinculação entre a norma declarada inconstitucional e o fato, por este constituir a base de se fazer impor o valor da Constituição.

Por tal razão, o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADC n. 1, proclamou o entendimento de que

*"a convivência entre o sistema difuso e o sistema concentrado não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da*

*legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito".*

Em decorrência do fato demonstrado no sentido de que o Supremo Tribunal Federal, em dezenas de julgamentos, tem emitido pronunciamento pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 3º da Lei n. 9.718, de 1998, com efeitos "ex tunc", surge momento de se aplicar o art. 150, I, da Constituição Federal, que revela a imperatividade do postulado da legalidade tributária, pois,

*"o exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. Os princípios constitucionais tributários, assim, sobre representarem importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições", conforme pronunciamento do Min. Celso de Melo, no julgamento da ADI 712-MC, em 7-10-92, DJ de 19-2-93.*

Há de se considerar, em homenagem ao Estado Democrático de Direito, que os ditames postos na Constituição Federal devem ser preservados em todas as circunstâncias, pelo que as pretensões do poder tributante quando em desconformidade com a lei devem ser reprimidas em toda a extensão, sem qualquer condescendência.

Consideramos como sendo de grande relevo para a imposição em nossa ordem jurídica do que estamos afirmando a lição apregoada pelo Ministro Celso de Mello, no voto apresentado ao julgar o RE 346.094, no sentido de que:

*"...os desvios inconstitucionais do*

*Estado, no exercício do seu poder de tributar, geram, na ilegitimidade desse comportamento do aparelho governamental, efeitos perversos, que, projetando-se nas relações jurídico-fiscais mantidas com os contribuintes, deformam os princípios que estruturam a ordem jurídica, subvertem as finalidades do sistema normativo e comprometem a integridade e a supremacia da própria Constituição da República''.*

Temos, na mensagem citada, pela voz e autoridade de Celso de Mello, o valor da supremacia da Constituição ressaltado em grau de máxima potencialidade, harmonizando-se com a corrente que tem como integrante o Prof. Ivo Dantas que, ao escrever sobre esse importante tema, lembra, em sua obra *''O Valor da Constituição''*, Editora Renovar, 2ª. Ed., na parte introdutória, que

*''a necessidade de preservar-se o Valor da Constituição, justamente, em seu sentido jurídico, fez surgir, em alguns ordenamentos europeus, a consagração da denominada Justiça Constitucional, instituição idealizada por Hans Kelsen e que, por si só, justifica a tradicional Teoria da Divisão dos Poderes, pelo menos nos moldes em que esta foi concebida nos seus primórdios, razão pela qual, o desenvolvimento do trabalho, inicialmente, partirá da análise de alguns exemplos consagrados no Direito Constitucional Estrangeiro, com vistas ao Controle da Constitucionalidade''.*

Não devemos nos afastar do convencimento de que a vinculação dos agentes públicos que constroem o Estado Democrático de Direito com a obrigação de ser levado aos últimos patamares o cumprimento dos valores postos na Constituição Federal, tem sua base nas idéias construídas durante anos de que a Constituição deve ser vista como: a) tendo por objeto a garantia do *''status quo''* econômico e social de um país (teoria de Ernst Fosthoff); b) sendo o instrumento de governo (teoria de Hennis); c) visando o alcance do processo público (teoria de Peter Haberle); d) sendo determinador de ordem fundamental e de programa de ação que identifica uma ordem político social e o seu processo de realização (teoria de Baulin); e) via de constituir programa de integração e representação nacionais (teoria de Kruger); f) causa de legitimação do poder soberano (teoria de Burdeau) e g) veículo garantidor da ordem jurídica fundamental, material e aberta, de determinada comunidade (teoria de Hesse). Todas essas teorias foram estudadas por Inocêncio Mártires Coelho, na obra *''Curso de Direito Constitucional''*, em co-autoria com Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Editora Saraiva, 2ª. Edição, 2008, pp. 6 e seguintes.

A Constituição, em um Estado Democrático de Direito, significa a base fundamental da garantia das liberdades individuais que tem por função limitar a atuação estatal, especialmente, quando se está diante do exercício da competência de exigir tributos, competência esta que não pode ser exercida, de modo algum, fora dos limites da lei.

É relevante anotar que

*“Desde a primeira garantia positivada – o princípio da legalidade – seguiram-se muitas outras, que não bastam em si mesmas, já que é preciso instrumentalizar as garantias para tornar os direitos efetivos, como nos ensina Noberto Bobbio, na Era dos Direitos. Hoje, é o Estado e, mais precisamente, a Constituição que estrutura a Justiça. E é, também, a Constituição que guia as reformas processuais com vistas à superação da crise processual, já que ‘sem dúvida o moderno processo deve pensar no social, num processo com dimensão social.’ Muitas questões podem ser suscitadas pelo processo constitucional, até mesmo temas de relevância nacional, como a presença do ensino do direito nas escolas, com livros educativos que possibilitem melhoria na cidadania, pela percepção de direitos mínimos, como, por exemplo, a conscientização dos direitos políticos. Embora essa vertente seja educacional, estamos também diante do fenômeno do processo educacional civilizatório previsto e garantido constitucionalmente, garantia constitucional pouco propalada no Brasil”* (Eduardo Ribeiro Moreira, 'Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Investigador Convidado na Universidade Castilla la Mancha. Mestre e especialista em Direito. Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da pós-graduação da Universidade Candido Mendes. Membro do IAB, do IBDC, do IBEC e da ABDF', em artigo sob o título 'O NOVO APROVEITAMENTO DO MANDADO DE INJUNÇÃO', publicado na IBDC, n. 60.

Na verdade, o jurista do século XXI, volta-se para a prevalência da corrente doutrinária ligada ao

*“pensamento neoconstitucionalista – todo ele, inclusive a aplicação da teoria da argumentação – que permite uma revolução jurídica. Muitos poucos, externos ao direito, já tiveram a percepção de antever nas propostas jurídico-filosóficas e jurídicas transformadoras, uma*



**sábria opção de reestruturar, não só o direito, mas todo o Estado. A dificuldade do discurso jurídico não pode refrear a manifestação da intelectualidade, que, a seu tempo, abraçou a filosofia, a sociologia, a psicanálise e a economia. O conhecimento acerca do novo paradigma jurídico ainda é raro – presente apenas nos cursos de mestrado e doutorado em Direito – e um dos deveres é divulgar os muitos aspectos das novas teorias. A essência (no significado da palavra grega eidos) da revolução que o direito possa permitir, talvez ainda dependa de dois fazeres; primeiro, a unificação dos postulados neoconstitucionalistas em uma corrente comum agregada por seus elementos e, em segundo, a tradução dos mesmos para todos os interessados. Afinal, ser moderno é saber ser revolucionário e devidamente conservador ao mesmo tempo, como ensina Marshal Berman, no livro Tudo o que é Sólido Desmancha no Ar. Por fim, definido seu objeto, como segunda premissa, é importante, definir a linha de pesquisa que pode servir dentro do estudo do direito processual constitucional, já que o direito processual constitucional pode servir como a teoria geral que estabelece princípios e garantias que irão prevalecer no resguardo da constituição” (Eduardo Ribeiro Moreira, art. citado).**

Nesse campo, ao nosso entender, insere-se a hoje apregoada coisa julgada inconstitucional.

Nunca é demais ressaltar as lições do Ministro Celso de Melo que estão no voto proferido no RE 346.084, todas reafirmando o seu posicionamento de homenagem maior aos valores da Constituição, quando afirma:

**“O fundamento do poder de tributar - tal como tem sido reiteradamente enfatizado pela jurisprudência desta Suprema Corte (RTJ 167 661/675/676) - ' reside, em essência, no dever jurídico de estrita fidelidade dos entes tributantes ao que imperativamente dispõe a Constituição da República. O respeito incondicional aos princípios constitucionais evidencia-se como dever inderrogável do Poder Público. A ofensa do Estado a esses valores 'que desempenham, enquanto categorias fundamentais que são, um papel subordinante na própria configuração dos direitos individuais ou coletivos ' introduz, de um lado, um**

*perigoso fator de desequilíbrio sistêmico e rompe, de outro, por completo, a harmonia que deve presidir as relações, sempre tão estruturalmente desiguais, entre os indivíduos e o Poder. Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as observações que venho de fazer, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o Chief Justice John Marshall, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso 'McCulloch v. Maryland', que 'o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir' (RF 145 164 – RDA 34 132), eis que – como lembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre 'Os Limites do Poder Fiscal do Estado' (RF 82 547-562, 552) – essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, 'um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade do trabalho, de comércio e de indústria e com o direito de propriedade'".*

A seguir, o Ministro Celso de Mello destaca a importância do Poder Judiciário nesse contexto de fazer o valor da Constituição Federal, ao não admitir, por mínimo que seja, qualquer violação ao princípio da legalidade tributária. Eis a lição proferida:

*"Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais que, muitas vezes deslembadas da existência, em nosso sistema jurídico, de um verdadeiro 'estatuto constitucional do contribuinte', consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet. 1.466P, Rel. Min. Celso de Mello, 'in' Informativo do STF n. 125), culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, o exercício de atividades legítimas, o que só faz conferir permanente atualidade às palavras do Justice Oliver Wendell Holmes, JR ('The Power to tax is not the power to destroy while this Court sits'), em 'dictum' segundo o qual, em livre tradução, 'o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema', proferidas, ainda que como*

*'dissenting opinion', no julgamento, em 1928, do caso 'Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi EX Rel. Knox' (277 U. S. 218)."*

Em continuidade, enfatiza o Min. Celso de Mello:

*"É por isso que não constitui demasia reiterar a advertência de que a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos (ou ilicitudes) cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelas instâncias governamentais".*

Em conclusão: a reconhecida inconstitucionalidade de lei tributária, com efeitos *"ex-tunc"*, produz o efeito de tirar do mundo jurídico a exação questionada, determinar a devolução do que foi pago indevidamente e desconstituir qualquer decisão administrativa ou judicial que tenha reconhecido a sua cobrança. É o império da força da Constituição.

### 3.0 – A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL – CONCEITOS MODERNOS

É dever do Poder Judiciário, por provocação ou de ofício, no âmbito de uma relação jurídica formal, afastar a vigência e a eficácia de qualquer norma jurídica que, diretamente, viole preceito constitucional. Conseqüentemente, o ato legislativo por excelência pode perder a sua executividade por se opor a qualquer regra da Carta Magna. O mesmo ocorre com o ato administrativo praticado pelo Poder Executivo quando não compatível com a Constituição Federal. Se os atos típicos do Legislativo e do Executivo podem ser declarados inconstitucionais, não há qualquer proibição que o mesmo ocorra com a decisão judicial transitada em julgado e refletidora de solução de conflito em disparidade com a ordem constitucional.

O fenômeno da coisa julgada inconstitucional, até pouco tempo, era minimamente examinado pela Doutrina Jurídica. A pregação, contudo, do valor da Constituição em toda a extensão dos seus efeitos levou a que o referido tema fosse discutido e fixados novos horizontes a respeito, criando-se ambiente onde os aspectos da imutabilidade da decisão judicial não mais sujeita a recurso e do princípio da segurança jurídica passassem a ser vistos como não tendo

alcance absoluto.

Uma rápida análise da evolução das idéias sobre o assunto mostra-nos que, no início da década de 1990, em Portugal, o jurista Paulo Otero manifestou a sua preocupação sobre a coisa julgada inconstitucional, lembrando que havia, por parte dos estudiosos do direito, ausência de abordagem a respeito. Afirmou Paulo Otero que

*"as questões da validade constitucional dos atos do poder judicial forma objeto de esquecimento quase total, apenas justificando a persistência do mito liberal que configura o juiz como 'a boa que pronuncia as palavras da lei' e o poder judicial como 'invisível e nulo'"*.

Na época, Paulo Otero repetiu expressão utilizada por Montesquieu.

Nessa linha de pensar, Paulo Otero abre debate com a afirmação de que

*"os actos jurisdicionais, isto é, que sejam praticados por um juiz no exercício de suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos, que violem direitos absolutos ou os demais direitos fundamentais e a essência dos princípios integrantes da Constituição material não são actos inexistentes, meras aparências, antes se assumem como verdadeiras decisões jurídicas inconstitucionais"*.

Da obra *"Ensaio sobre a Coisa Julgada Inconstitucional"* (Lisboa: Lex, 1993), escrita por Paulo Otero, onde o assunto em análise foi amplamente discutido, destacamos os trechos abaixo mencionados que, pelas expressões contidas, abrem caminho para bem se compreender, na atualidade, os novos conceitos estabelecidos para a configuração jurídica, em patamar científico, dos efeitos da sentença transitada em julgado em confronto com postulados, princípios e regras de natureza constitucional.

Paulo Otero lembra que a vivência de um Estado Democrático de Direito impõe que o Poder Judiciário a ele se amolde, de sorte que

*"esse regime só pode ser de admissibilidade de controle das referidas decisões com fundamento em inconstitucionalidade e a sua inerente modificabilidade..."* ,

por não encontrar-se protegido pela intangibilidade das suas proclamações formais ao solucionar os conflitos que as partes lhe apresentam.

O pregado pelo citado jurista português não se afasta da

obediência ao princípio da segurança jurídica, conforme lembra na obra citada, p. 93:

*“A idéia da defesa da segurança jurídica e certeza da ordem jurídica constituem princípios fundamentadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como factor autónomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insuceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, senão mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição”.*

A verdade é que o tema “coisa julgada” tem motivado profundas reflexões na época contemporânea vivenciada pelo Direito, em face da necessidade de se buscar um sentimento de equilíbrio entre os princípios postos nas Constituições e nas legislações infraconstitucionais e os limites conceituais de Justiça, em face de fenômenos da realidade imposta pela natureza das coisas e pelos valores de moralidade, legalidade e verdade cultivados pela sociedade.

Essa nova visão do Direito Constitucional e do valor da Constituição como determinador da valorização da dignidade humana e da cidadania, tem impulsionado a adoção de uma postura não vinculada ao entendimento tradicional de que a coisa julgada tinha natureza absoluta, mesmo quando contrariasse dogmas constitucionais.

Por tais razões, a “coisa julgada” tem sido analisada pela doutrina contemporânea dentro de padrões que se inclinam por tê-la como inspiradora de segurança jurídica e de ser forma de estabelecimento de paz entre cidadãos em conflitos com seus semelhantes ou contra o Estado, quer envolvendo órgãos da administração direta, quer da administração indireta.

Uma análise atual das concepções doutrinárias sobre coisa julgada nos mostra os seguintes posicionamentos:

a) A coisa julgada tem por efeito principal “esgotar o ofício do juiz, é acabar a função jurisdicional”, afirma Ada Pellegrini (Direito Processual Civil, ed. 1974, pg. 81).

b) “Apresenta-se a res iudicata, assim, como uma qualidade da sentença, assumida em determinado momento processual. Não é efeito da sentença, mas a qualidade dela representada pela ‘imutabilidade’ do julgado e de seus efeitos”, registrou Humberto Theodoro Júnior (Coisa Julgada, verbete no Digesto do Processo, Vol. 2, Forense, pgs. 111).

c) *“Denomina-se coisa julgada material a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”*(Art. 467 do Código de Processo Civil).

d) *“A coisa julgada é qualidade dos efeitos da prestação jurisdicional entregue com o julgamento da res in judicium deducta, em virtude da qual esses efeitos se tornam imutáveis”* (José Frederico Marques, Elementos de Direito Processual Penal, III/78).

e) *“A sentença final de mérito, tornada inatacável pela coisa julgada, exaure a obrigação jurisdicional e, concomitantemente, o direito de exigirem as partes novo julgamento sobre o mesmo objeto”* (Hugo Rocco, Trattado di Diritto Processuale Civile, II/307).

f) *“Deve existir un momento enque se considere la decisión de un litigio como verdadera”* (Belling, citado por Tourinho Filho, Processo Penal, 4/250, 5ª ed.).

g) *“A autoridade da coisa julgada é um elemento indispensável de ordem pública e tem o mesmo fundamento que a autoridade das leis”* (Paula Batista, Teoria e Prática do Processo, § 121, nota 2).

h) *“Considerando o exame anteriormente feito, a respeito da função da verdade no processo, e partindo-se das premissas já lançadas, tem-se como razoável considerar que o instituto da coisa julgada representa critério de justiça para o processo civil. Eternizar-se a solução do conflito, na busca de uma verdade que, em sua essência jamais será possível dizer estar atingida, constitui certamente algo inaceitável, mormente em se considerando o perfil das relações sociais e econômicas da sociedade moderna. É, por isso, realmente indispensável colocar, em determinado momento, um fim ao litígio submetido à apreciação jurisdicional, recrudescendo a decisão judicial adotada. A este momento corresponde a coisa julgada”* (Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, Manual do Processo de Conhecimento, RT, pgs. 612 e 613).

i) *“A coisa julgada tem força de lei. Nesse sentido o art. 468: ‘A sentença que julgar total ou parcialmente a lide tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas’. Por ter força de lei, a coisa julgada material tem força obrigatória, não só entre as partes como também em relação a todos os juízes, que deverão respeitá-la. Preciso, parece-nos, assim, o conceito de coisa julgada material formulado por Betti: ‘força obrigatória e vinculante do acertamento de uma relação jurídica’.”* ( Moacy Amaral Santos, in Comentários ao

Código de Processo Civil, Forense, IV Vol, pgs. 460/461).

j) *“As palavras coisa julgada indicam uma decisão que não pende mais dos recursos ordinários, ou porque a lei não os concede (segundo lei das alçadas), ou porque a parte não usou deles nos termos fatais e peremptórios, ou porque já foram esgotados. O efeito de uma tal decisão é ser tida por verdade; assim, todas as nulidades e injustiças relativas, que porventura se cometessem contra o direito das partes, já não são susceptíveis de revogação”* (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, Tomo V, p. 172).

k) *“Coisa julgada material é a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito. Que se trate de sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, ou mesmo quando a demanda é julgada improcedente, no momento em que já não cabe recurso algum se institui entre as partes e em relação ao litígio que foi julgado, uma situação de absoluta firmeza quanto aos direitos e obrigações que os envolvem, ou que não os envolvem. Esse status, que transcende a vida do processo e atinge a das pessoas, consiste na rigorosa intangibilidade das situações jurídicas criadas ou declaradas, de modo que nada poderá ser feito por elas próprias, nem por outro juiz, nem pelo próprio legislador, que venha a contrariar o que foi decidido (Liebman): a garantia constitucional da coisa julgada consiste na imunização geral dos efeitos da sentença. A Constituição Federal estabelece que a lei não prejudicará a coisa julgada (art. 5º, inc. XXXVI) e o Código de Processo Civil manda que o juiz se abstenha de decidir a mesma causa, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, quando existir a coisa julgada material (art. 267, inc. V e § 3º). Com essa função e esse efeito, a coisa julgada material não é instituto confinado ao direito processual. Ela tem acima de tudo o significado político-institucional de assegurar a firmeza das situações jurídicas, tanto que erigida em garantia constitucional.”* (Cândido Rangel Dinamarco, Instituições de Direito Processual Civil, Vol. III, Malheiros, pgs. 303/304).

A ciência do direito é formada por proposições verdadeiras oriundas de investigações desenvolvidas pela via de um sistema lógico. Ela é a soma de conhecimentos práticos e humanos considerados de forma conjuntural e que visam regular as relações do homem com o seu semelhante e com entidades grupais estatais ou não.

A sua função é a de estudar normas jurídicas elaboradas

ou a serem lançadas no ordenamento legal em uma determinada época ou lugar.

O êxito da aplicação dos seus princípios e regras depende da interpretação que a eles empreenderem os juízes que irão aplicá-los e que atuam, de modo filtrado, porém, subordinados à sua consciência, aos seus conhecimentos e, em regra, a casos concretos.

A ciência jurídica enfrenta, muitas vezes, o perigo adotar, na conduta hermenêutica seguida para decifrar a vontade das normas por determinada maioria, ou por unanimidade de intérpretes, uma postura com condicionamentos não verdadeiros, o que cria uma falsa aparência de sua efetividade. Esse panorama, contudo, quando examinado em face de determinadas situações concretas, revela-se instável e passa a exigir novas reflexões e, conseqüentemente, aperfeiçoamento para o funcionamento das entidades jurídicas.

A ciência do direito é essencialmente normativa. Há, portanto, de ser vinculada à realidade do mundo que recebe a sua aplicação e ao estado das coisas.

A sua concretização não pode ser feita de modo que sejam transformados fatos não verdadeiros em reais, provocando, assim, choque com o racional e com a organização natural e material dos casos vivenciados pelo ser humano e pela sociedade.

Na época contemporânea não há lugar para imposição de idéias como as pregadas por Ernest Roguin, em 1923, em sua obra intitulada "*Ciência Jurídica Pura*" (F. Rouge, ed., 3 vols., Lausanne), de que o estudo das relações jurídicas deve ser feito com isenção total de qualquer consideração do justo ou do injusto, sem se considerar os aspectos objetivos e subjetivos dos fatos e das verdades que se vinculam ao âmbito desses fenômenos.

Na atualidade, a função da ciência jurídica é, além de impor regras ao comportamento individual e social do homem e do Estado, de garantir o fortalecimento das instituições responsáveis pelo desenvolvimento da pessoa humana e zelar pelo cumprimento dos desideratos contidos em entidades guardiãs de valores específicos, como são os que defendem a obediência rigorosa aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficácia, da publicidade, da impessoalidade e da justiça.

Se outro rumo for dado à ciência jurídica, que não o de buscar o justo, ela assumirá características de uma ciência triste, igualando-se ao que Carlyle, historiador inglês do século passado, considerou com referência à economia pública, por colocar o cientista diante de insolúveis e graves problemas sociais.

A ciência jurídica há de evidenciar, ao regular situações concretas existentes no mundo onde ela atua, a ocorrência de decisões justas e legais, revelando a expressão total do direito que ela encerra.

Um dos patamares a ser explorado, a fim de que essa situação apresente-se consolidada, é a vinculação absoluta que deve ter aos princípios da legalidade e da moralidade. Ambos com



destinações diversas, porém, interligados de modo absoluto.

Concebe-se a obediência ao princípio da moralidade na aplicação e interpretação do direito como sendo a mais relevante ação para determinar a estabilização das relações jurídicas.

A ele (princípio da moralidade) subordina-se qualquer conduta estatal ou privada. A ele submete-se a própria supremacia da lei. Esta, como pregou Montesquieu e os autores da Revolução Francesa, é o primado da razão, conseqüentemente da justiça. O direito, para eles, não é criação arbitrária, fruto de qualquer "volunté monentanée et capricieuse" (De L'esprit de Lois, cit., Livro II, cap. 4").

É a descoberta do justo pela razão dos representantes, pelo que, conseqüentemente, "*a lei não tem o direito de vedar senão as ações prejudiciais à sociedade*" (Declaração de 1789, art. 5º, primeira parte) (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, v. 1, Saraiva, 1990, p. 28-29).

Surge, em razão do acima afirmado, a concepção de que as leis, ao serem aplicadas pelo Poder Judiciário, estão diretamente vinculadas aos princípios da moralidade e da legalidade. O atuar desse Poder só desenvolver-se-á validamente, isso é, existindo com validade, eficácia e efetividade, quando não expressarem abusos e não ultrapassarem os limites por eles impostos.

Exige-se, assim, que o Poder Judiciário, instituição responsável pela aplicação coercitiva do direito, esteja mais inclinado ao cumprimento da moralidade e da legalidade do que o Executivo e o Legislativo, por lhe caber defender, como Poder Estatal, o rigorismo ético nos padrões de sua própria conduta e dos seus jurisdicionados.

O "*decisum*" emitido pelo Poder Judiciário deve exprimir confiança, prática de lealdade, de boa-fé e, especialmente, configuração de moralidade e legalidade. Não segue esse valor a sentença inconstitucional, mesmo transitada em julgado.

Esse culto à constitucionalidade e à moralidade das sentenças é reflexo dos sonhos democráticos que o povo deposita no exercício do poder e na legitimidade da atividade jurisdicional.

A nossa inspiração para esse pensamento decorre da lição de Diva Malerbi, in "*O Princípio da moralidade no direito tributário*", artigo publicado na obra com o mesmo nome, Pesquisas Tributárias – Nova Série-2, Coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, Editora Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, p. 57. A referida autora acrescenta, no que estou de pleno acordo, que:

*"Em conseqüência, a moralidade no contexto dos princípios erigidos à administração pública, guarda primazia, pois toda atuação estatal deve partir e buscar a dimensão ética. No Estado Democrático de Direito, a legalidade legítima da conduta administrativa é, simplesmente, legalidade moral. A moralidade do direito é, assim, o aperfeiçoamento das atividades da administração pública."*

Essas idéias são aplicáveis, de modo direto, à atuação do Poder Judiciário na função de dizer o direito em caso concreto e com reflexos nos fenômenos gerados pela coisa julgada.

A supremacia dos princípios da moralidade e da legalidade constitucional exige que o Estado, por qualquer um dos seus três poderes, atue de modo subordinado às suas regras e seja condutor dos valores a serem cumpridos pela organização social.

No particular, a decisão judicial, expressão maior de atuação do Poder Judiciário, deve demonstrar compatibilidade com a realidade das coisas e dos fatos naturais, harmonizando-se com os ditames constitucionais e ser escrava obediente da moralidade e da legalidade.

Nenhuma prerrogativa excepcional pode ser outorgada à sentença judicial que provoque choque com o sistema constitucional adotado pela Nação e que vá além dos comandos emitidos pelos princípios acima mencionados.

O “*decisum judicial*” não pode ter carga de vontade da pessoa que o emitiu. Ele deve representar a finalidade determinada pela lei, por ser essa configuração uma exigência da opção pelo regime democrático que fez a Nação.

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transitada em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade, que espelhe única e exclusivamente vontade pessoal do julgador, que espelha desencontro a realidade dos fatos e que esteja em desconformidade com a Constituição Federal.

A moralidade está ínsita em cada regra posta na Constituição e em qualquer mensagem de cunho ordinário ou regulamentar. Ela é comando com força maior e de carga imperativa, reinando de modo absoluto sobre qualquer outro princípio, até mesmo sobre o da coisa julgada. A moralidade e legalidade são valores que compõem a essência do direito. A sua violação, quer pelo Estado, que pelo cidadão, não gera qualquer tipo de direito. Este inexistente, por mais perfeito que se apresente no campo formal, se for expresso de modo contrário à moralidade e a legalidade.

Fazemos coro ao dizer de Carmem Lúcia Antunes Rocha de que

*“a exigência da moralidade administrativa firmou-se como um dos baluartes da confiança do povo no próprio Estado”, sendo “não apenas Direito, mas direito público subjetivo do cidadão: todo cidadão tem direito ao governo honesto” (Princípios Constitucionais da Administração Pública, Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 190).*

Interpretamos a lição de Carmem Lúcia como adequada e aplicada ao fenômeno sentencial e da coisa julgada. Estas entidades

processuais só se afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos, quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade. Além desses limites, elas inexistem porque recebem configurações que ultrapassam as perspectivas democráticas perseguidas pela Constituição Federal.

O Poder Judiciário, ao entregar a sentença ao mundo jurídico e ao reconhecer, por decurso de tempo, a sua força de coisa julgada, está atuando como Estado. Este

*“não é fonte de uma moral segundo suas próprias razões, como se fosse um fim e a sociedade um meio. O Estado é a pessoa criada pelo homem para realizar os seus fins numa convivência política harmônica. Quando e onde o Estado arvora-se em fonte de uma moral e transforma-se em um fim, não há, ali, qualquer Moral prevalecendo, pois o que em seu nome se pratica não pode ser assim considerado pela circunstância de que ali se estará a aplicar regras antidemocráticas, de voluntarismo do eventual detentor do Poder, sem preocupação com o ideário jurídico da sociedade”* (Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Princípios Constitucionais da Administração Pública*, Del Rey, Belo Horizonte, 1994, p. 191).

No âmbito dos pensamentos expostos e defendidos, ganha relevo a compreensão de que

*“o princípio da moralidade anteceda a todos os outros, já que, além de uma função sistêmica em nítida relação com uma função inibidora, tem uma função desconstitutiva que sustenta o fundamento mesmo do ordenamento jurídico brasileiro, como plasmado na Carta Constitucional de 1988. Daqui decorre que a participação jurisprudencial na manutenção do Estado de Justiça tem de ser particularmente ativa, no exato equacionamento na ordem jurídica integrada, sob a ótica da ordem jurídica positiva aferida em função da legalidade e da ordem jurídica moral, aferida em função da licitude, já que a sanção à imoralidade é a nulidade do ato do Poder Público”* (Maria Teresa de Almeida Rosa Cárcamo Lobo, in *“O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”*, artigo que compõe a obra coletiva *“O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”*, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins, Editora RT e Centro de Extensão Universitária, 1996, pgs. 73/74).

Incorporamos a tudo quanto foi exposto, a expressiva

mensagem que Jacy de Souza Mendonça ditou no *“Informe Liberal do Instituto Liberal de São Paulo”*, 1996, p. 1, no sentido de que

*“uma das características da nossa época é a preocupação com a correção do comportamento humano. Ela começou com uma tomada de consciência da extensão e gravidade de corrupção, na área política, nos meios policiais, no mundo dos negócios, nas atividades escusas como jogo, drogas e prostituição. Esse fenômeno faz renascer o interesse pelas regras morais de conduta, a ponto de elas serem colocadas acima das regras jurídicas”*.

Mais adiante, concluiu:

*“Tudo leva a crer que a ética será a disciplina estudada de nossa época”*.

Complementamos as afirmações alinhadas com o registro do posicionamento de Celso Bastos no sentido de que

*“não mais se admite reduzir moral jurídica a uma questão de legalidade (Doutrina do Desvio de Finalidade)”, pois “o princípio inculcado na atual Carta Magna, em seu art. 37, não deixa dúvidas quanto à autonomia da moralidade enquanto realidade jurídica”, conforme consta em artigo de sua autoria e que está no livro “O princípio da moralidade no Direito Tributário”, obra coletiva já referida, pg. 81.*

A seguir, adverte Celso Bastos:

*“Mas outras considerações devem ser feitas... Primeiramente, observe-se que o direito abarca regras que são indiferentes à moral. É o caso, bem elucidativo, de regras processuais temporais. É a parcela do direito indiferente à moral.” (artigo citado, pg. 81).*

Esclarece Celso Bastos que

*“o exemplo dessa norma, que não tem qualquer fundamento na moral, é de Miguel Reale” (apud Maria Sylvia Zanella di Prieto, p. 105, Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, S. Paulo, Atlas, 1991).*

Há, portanto, em face da influência dessas novas idéias, que se meditar sobre o alcance da coisa julgada quando atua em atrito com os princípios da moralidade, da legalidade e da realidade imposta pela natureza das coisas e das relações humanas e com outros princípios postos na CF.

Por tudo quanto exposto, defendemos que o conceito de coisa julgada deve ser revisitado e adequado às aspirações da cidadania contemporânea.

A entidade coisa julgada sempre foi entendida como

sendo a sentença que alcançou patamar de irretratabilidade, em face da impossibilidade de contra ela ser intentado qualquer recurso. Em concepção objetiva é a que firmou, definitivamente, o direito de um dos litigantes após ter sido apurado pelas vias do devido processo legal.

A sua força deve caracterizar pressuposto de verdade, certeza e justiça formadas ou afirmadas pelo *decisum* judicial, impondo estado de irrevogabilidade ou imodificabilidade para o que for assegurado.

A coisa julgada, em nosso ordenamento jurídico, possui proteção constitucional e infraconstitucional.

A Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXVI, estabelece que *“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”*.

É uma mensagem de carga indicativa no sentido de que a lei, em sua expressão maior, não há, ao entrar no mundo jurídico, de produzir eficácia, em nenhuma hipótese, que leve a causar qualquer diminuição aos limites da sentença trãnsita em julgado. Essa é a concepção tradicional que deve ser mantida quando a sentença alcança o patamar de coisa julgada sem violar a Constituição Federal.

O tratamento dado pela Carta Maior à coisa julgada não tem o alcance que muitos intérpretes lhe dão. A respeito, filiamo-nos ao posicionamento daqueles que entendem ter sido vontade do legislador constituinte, apenas, configurar o limite posto no art. 5º, XXXVI, da CF, impedindo que a lei prejudique a coisa julgada.

Essa interpretação do art. 5º, XXXVI, da CF, foi muito bem desenvolvida por Paulo Roberto de Oliveira Lima, Des. Federal no TRF da 5ª. Região, na Obra *“Teoria da Coisa Julgada”*, Ed. RT, pgs. 84/86, cujo teor do trecho respectivo transcrevemos:

*“Repetindo os textos anteriores, a atual Carta Magna, em seu art. 5º, inciso XXXVI, estabelece: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. A inserção da regra dentro do art. 5º da Constituição, atinente aos direitos e garantias individuais, de certa forma explica a desmedida extensão que alguns refletida ou irrefletidamente teimam em emprestar ao instituto.*

*Consoante se observa da leitura do dispositivo, a regra nele insculpida se dirige ao legislador ordinário. Trata-se, pois, de sobre-direito, na medida em que disciplina a própria edição de outras regras jurídicas pelo legislador, ou seja, ao legislar é interdito ao Poder legisferante ‘prejudicar’ a coisa julgada. É esta a única regra sobre coisa julgada que adquiriu foro constitucional. Tudo o mais no instituto é matéria objeto de legislação ordinária.*

*A interpretação do dispositivo*

constitucional não oferece dificuldades. Em princípio, utilizando-se do método gramatical de hermenêutica, poder-se-ia chegar a duas conclusões interpretativas absolutamente diferentes. A utilização dos demais métodos de hermenêutica, porém, deixa evidenciada a certeza do entendimento correto do dispositivo.

Realmente, apenas pela leitura apressada dos termos do anunciado inciso XXXVI, se poderia chegar a duas interpretações, quais sejam:

a) 'A lei não pode prejudicar a coisa julgada', ou seja, a lei não pode atribuir ao instituto da coisa julgada estrutura e limites que lhe emprestem menor amplitude. O instituto da coisa julgada, valioso aos olhos da Constituição, mereceria do legislador infraconstitucional toda a atenção, de modo a preservar-lhe a extensão. Assim, seria inconstitucional toda disposição infraconstitucional que de qualquer forma diminuísse a importância do instituto, reduzisse sua incidência ou dificultasse sua formação. Por muito maior razão seria inconstitucional o dispositivo que admitisse o ataque à coisa julgada, criando remédio jurídico-processual hábil a desconstituí-la. Enfim, por esta interpretação, a Constituição protegeria o instituto da coisa julgada.

b) 'A lei não pode prejudicar a coisa julgada', ou seja, a lei não pode alterar o conteúdo do julgado, após a formação da coisa julgada. Editada a sentença sobre determinado caso concreto, é irrelevante que a lei disciplinadora do tema seja alterada, dado que a solução prescrita pela sentença, ainda que tenha de produzir seus efeitos no futuro, é intocável, não se lhe podendo opor comando diferente, ainda que editado por lei. O bem jurídico da 'quietude', da 'segurança' e da 'paz' foi valorizado de tal forma pelo legislador constituinte, que este interditou ao legislador ordinário editar normas agressoras a casos já decididos pelo Judiciário. Nova disciplina jurídica do fato somente incidirá para os casos não julgados. Assim, seria marcadamente inconstitucional o dispositivo que desobrigasse os devedores de pagar aos credores (moratória), na parte em que eventualmente estabelecesse sua aplicação aos casos julgados. Enfim, por esta interpretação, a Constituição protegeria o teor do julgado.

Das duas interpretações literais (gramaticais) possíveis, a segunda é aquela que efetivamente corresponde à mensagem legal. Observe-se, por primeiro, que o referenciado inciso XXXVI não proíbe a lei de prejudicar o 'instituto da coisa julgada', mas, sim, de malferir a 'coisa julgada'. Assim, mesmo a interpretação gramatical tende a prestigiar o segundo entendimento. A Constituição interdito o ataque ao comando da sentença, protegendo a imutabilidade do julgado, tornando-o imune a alterações legislativas subseqüentes.

A igual solução chega-se através da interpretação sistemática. É que a proteção da coisa julgada foi estabelecida na Carta Política, em dispositivo único que trata cumulativamente da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, prescrevendo-lhes idêntico regime jurídico. E é fora de questão que a Constituição não visou defender o "instituto" do direito adquirido, nem o do ato jurídico perfeito. Em qualquer dos casos, o desejo do constituinte foi o de impedir que lei nova tivesse o condão de alterar direito já adquirido ou ato jurídico já celebrado. Trata-se, aqui, do princípio da não surpresa e da irretroatividade da lei. A lei, sabe-se, somente incide sobre fatos ocorridos após sua vigência, daí porque as relações jurídicas formadas sob o império da lei anterior devem ser resolvidas segundo os seus comandos. Aliás, a própria fenomenologia do surgimento dos direitos assegura essa irretroatividade que é decorrência lógica inarredável da essência do sistema. É que a existência de direitos subjetivos pressupõe a do fato jurídico (*lato sensu*), e a deste, a da regra jurídica. Sem a regra jurídica previamente vigente, para incidir quando da ocorrência da concreção do suporte fático hipotético, não há nem incidência, nem fato jurídico, nem relação jurídica. E sem estes antecedentes lógicos e cronológicos, não há direito, nem dever, nem pretensão, nem obrigação, nem ação, nem exceção.

Também assegura a correção da segunda tese a observação dos institutos processuais que sempre conviveram com a regra constitucional em comento. Prevalecesse a primeira tese (proteção constitucional da amplitude do instituto da coisa julgada) e a ação rescisória seria

*inconstitucional, dado que se trata de remédio jurídico que tem como único objetivo destruir a coisa julgada. Da mesma forma também seria inconstitucional o instituto da revisão criminal, dado que a revisão pode ser requerida a qualquer época, não se lhe podendo opor o instituto da coisa julgada.*

*Consoante se observa, é perfeitamente constitucional a alteração do instituto da coisa julgada, ainda que a mudança implique restringir-lhe a aplicação, na criação de novos instrumentos de seu controle, ou até na sua supressão, em alguns ou todos os casos.*

*O que a Carta Política inadmite é a retroatividade da lei para influir na solução dada, a caso concreto, por sentença de que já não caiba recurso.*

*De outra parte, qualquer alteração no instituto mesmo da coisa julgada, determinando seu enfraquecimento ou dilargando as hipóteses onde se admite o ataque ao julgado, não incide no que pertine às sentenças já transitadas em julgado, visto que também, neste particular, rege a lei vigente ao tempo em que o trânsito em julgado se deu.*

*Como se vê, a proteção constitucional da coisa julgada é mais tímida do que se supõe, sendo perfeitamente compatível com a existência de restrições e de instrumentos de revisão e controle dos julgados. A proteção constitucional da coisa julgada não é mais do que uma das muitas faces do princípio da irretroatividade da lei.”*

Esse entendimento conceitual a respeito da coisa julgada baseia-se em uma realidade processual formada pelo pronunciamento do juiz e sobre o qual não mais cabe recurso.

O fator tempo tem sua importância para definir a caracterização da coisa julgada, importância essa que é relativa e que produz o mencionado efeito em face de duas circunstâncias: o esgotamento das vias recursais permitidas pelo ordenamento jurídico ou o conformismo da parte vencida por não se pronunciar no prazo devido contra a condenação que lhe foi imposta.

O exame das manifestações doutrinárias sobre a coisa julgada revela, em síntese, o que passamos a expor.

Pontes de Miranda, em sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, Tomo V, Forense, 1974, argumenta que sem razão Adolf Merkl (Die Lehre von der Rechtskraft, 17) quando pretendeu livrar o conceito da *res judicata* dos seus postulados ético-políticos e de bases



de direito natural, pois, seria *“fonte de perturbações lamentáveis que se pudesse, sem prazo preclusivo, volver a discutir o que foi julgado sem mais haver recurso, mesmo em outro processo”*(pg. 127).

Na seqüência do desenvolvimento das suas idéias, esclarecendo a conceituação de coisa julgada e a sua diferenciação com os efeitos da sentença, Pontes de Miranda lembra às fls. 134, da mesma obra, que

*“Contra a sentença que transitou em julgado não cabe exceção.”* (*‘nulla contra eam exceptio opponi potest’*, Antônio da Gama, *Decisionum Supremi Senatus Lusitaniae*, p. 110, n. 6)”.  
Adverte, a seguir, Pontes de Miranda:

*“Se nula a sentença, nada se pode pensar quanto à res iudicata, porque está exposta à declaração de nulidade ( decisão constitutiva), como a sentença inexistente é declarável como tal (não existe)”*.

Valendo-se de doutrinação de Silvestre Gomes de Morais (*Tractatus de Executionibus*, IV, 174), que frisou *‘sententia nulla non est sententia’*, Pontes de Miranda defende, também, que está bem posto o art. 741, I, do Código de 1973,

*“segundo o qual os embargos do devedor se podem fundar na falta ou nulidade da citação no processo de conhecimento, se a ação lhe ocorreu à revelia”* (pg. 134, ob.cit).

Por fim, Pontes de Miranda critica a confusão sempre existente sobre o tema. Afirma a respeito:

*“Efeito de coisa julgada, entre outros, é o de não mais, noutra processo, se discutir e julgar o que se discutira e julgara (coisa julgada material, que não é efeito da res iudicata). É preciso que nunca se confundam existência, validade e eficácia. A sentença que põe fim ao processo é coisa julgada. O fazer ‘direito entre as partes’ não é o segundo efeito da sentença; é o primeiro”* (pgs. 134 e 135, ob. cit).

A sentença é a afirmação concreta da vontade da lei. Aplicada ao fato, conforme ensinado por Chiovenda e lembrado por Moacyr Amaral Santos, in *“Comentários ao Código de Processo Civil”*, IV Vol, Forense, pg. 425:

*“Daí ensinar Chiovenda, e com ele grande parte da doutrina, que a sentença é a afirmação da vontade da lei aplicada ao caso concreto. A lei possui uma vontade, uma ordem, um imperativo. Essa vontade, ordem, imperativo, que em abstrato se contém na lei, é posta pelo juiz em situação de ser aplicada ao caso decidido. Na sentença há a afirmação, de modo concreto, da vontade contida na lei. Assim, o*

*preceito contido na sentença é a afirmação da vontade da lei, declarada pelo juiz, como órgão do Estado”.*

Essa força da sentença alcança estágio de coisa julgada, portanto, autoridade de lei entre as partes, pelo que os seus efeitos devem prestar homenagem absoluta aos princípios da moralidade, da legalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade e do justo.

Considere-se, desde logo, que a coisa julgada não abrange os motivos da sentença, a verdade dos fatos ou a apuração de questões prejudiciais, salvo, no referente a estas, se existir declaração incidente, expedida com obediência ao art. 470, do CPC.

Influi para a pretensão deste estudo a questão de não transitar em julgado a verdade dos fatos, isto é, a impossibilidade de se ter como imutável a decisão expedida pelo juiz com referência aos fatos, especialmente, quando essa manifestação viola a realidade natural das coisas, a situação fática verdadeira e princípios constitucionais.

Wellington Moreira Pimentel, na sua obra “Comentários ao Código de Processo Civil”, Vol. III, RT, pgs. 563 e segs, lembra que

*“A verdade dos fatos, vale dizer, a apreciação sobre os fatos que o juiz haja feita, sobre os quais terá lastreado a sentença, também não faz coisa julgada”.*

O referido autor explica, a seguir, que

*“O princípio secundum allegata et probata iudex judicare debet impõe que o juiz julgue segundo a prova dos autos, o que, entretanto, não o coloca a salvo dos erros e enganos na sua apreciação. É tal a fabilidade da justiça humana – dizia Neves de Castro – e tão variada a ordem de circunstâncias que podem comprometer a justiça dos julgamentos, que um magistrado de Toulousa, Fermat, querendo imitar Pascal não duvidou que um dia a análise do caso pudesse ser aplicada à apreciação dos julgamentos” (Francisco Augusto das Neves e Castro, Teoria das Provas, 2ª. edição, anotada por Pontes de Miranda).*

Adverte, ainda, Wellington Moreira Pimentel (pg. 564, ob.

cit):

*“A verdade dos fatos se incluída entre os limites da coisa julgada, tornando-se a verdade legal, pode não resistir ao cotejo com a real verdade dos fatos. Se bem que a autoridade da coisa julgada se faça em favor do ideal de segurança das relações jurídicas, um dos que o Direito busca alcançar, parece evidente que aquela estaria comprometida irremediavelmente se, com a imutabilidade da*

*sentença, ficasse a verdade dos fatos em que aquela se fundamentou, desafiando a verdade real”.*

A autoridade da coisa julgada tem sido justificada pela doutrina com base em dois fundamentos. O primeiro é de natureza política. O segundo de ordem jurídica.

Moacyr Amaral Santos, em sua obra *Comentários ao Código de Processo Civil*, IV Vol. Coleção Forense, pp. 461/462), resumiu, com propriedade, os fundamentos supra indicados.

Explica o primeiro, o de ordem política, do modo seguinte:

*“A verdadeira finalidade do processo, como instrumento destinado à composição da lide, é fazer justiça, pela atuação da vontade da lei ao caso concreto. Para obviar a possibilidade de injustiças, as sentenças são impugnáveis por via de recursos, que permitem o reexame do litígio e a reforma da decisão. A procura da justiça, entretanto, não pode ser indefinida, mas deve ter um limite, por exigência de ordem pública, qual seja a estabilidade dos direitos, que inexistiria se não houvesse um termo além do qual a sentença se tornou imutável.”*

O fundamento de ordem jurídica, explica Moacyr Amaral Santos, é analisado de modo controvertido pela doutrina. Esta procura explicá-lo de vários modos, adotando teorias variadas, a saber:

a) da presunção da verdade contida na sentença (Ulpiano, Pothier e outros);

b) a da ficção da verdade ou da verdade artificial (Savigny);

c) a da força legal, substancial da sentença (Pargenstecher);

d) a da eficácia da declaração contida na sentença (Hellwig, Binder, Stein,);

e) a da extinção da obrigação jurisdicional (Ugo Rocco);

f) a da vontade do Estado (Chiovenda e doutrinadores alemães);

g) a de que a autoridade da coisa julgada está no fato de provir do Estado, isto é, na imperatividade do comando da sentença onde se concentra a força da coisa julgada (Chiovenda);

h) a teoria de Liebman que vê na coisa julgada uma qualidade especial da sentença.

Essas teorias sobre a coisa julgada devem ser confrontadas, na época contemporânea, quando ela ultrapassar os limites da moralidade, o círculo da legalidade, transformar fatos não verdadeiros em reais e violar princípios constitucionais, com as características do pleno Estado de Direito que convive impelido pelas linhas do regime democrático e que há de aprimorar as garantias e os anseios da cidadania.

Não se pode deixar sem uma meditação mais aprofundada, em face das teorias existentes para justificar a força da coisa julgada, algumas observações que têm sido feitas, na atualidade, pela doutrina, no sentido de limitar os seus efeitos, em razão de alguns acontecimentos sentenciados rasgarem os princípios da moralidade e da legalidade, enfrentarem disposições constitucionais e violarem regras básicas que comandam a natureza das coisas.

Eduardo Silva Costa, advogado, escreveu no jornal “A Tarde”, do Estado da Bahia, de 1.09.2000, interessante artigo intitulado “Justiça e DNA”. O seu conteúdo exige reflexões sobre a extensão da coisa julgada, em face de fenômenos científicos hoje presentes na vida do ser humano e que não podem deixar de ser reconhecidos pelo direito. O mencionado autor escreveu:

*“Um acórdão do Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, proferido em maio de 1998, pode animar o espírito crítico dos doutos no âmbito da ciência jurídica. A matéria nele versada envolve dois valores constitutivos do Direito ou, se preferir, do ordenamento jurídico: a segurança e a justiça. Deve-se primazia no caso à segurança, em razão da existência da coisa julgada.*

*Na ementa do acórdão expõe-se a suma da questão do seguinte modo:*

*‘Seria terrificante para o exercício da jurisdição que fosse abandonada a regra absoluta da coisa julgada... Se, fora dos casos nos quais a própria lei retira a força da coisa julgada, pudesse o magistrado abrir as comportas dos feitos já julgados para rever as decisões, não haveria como vencer o caos social que se instalaria. A regra do art. 468 do Código de Processo Civil é libertadora’.*

*E no fecho da ementa lê-se: ‘Assim, a existência de um exame pelo DNA posterior ao feito já julgado, com decisão transitada em julgado, reconhecendo a paternidade, não tem o condão de reabrir a questão com uma declaratória para negar a paternidade, sendo certo que o julgado está coberto pela certeza jurídica conferida pela coisa julgada’.*

*Sob o aspecto formal, o acórdão apresenta-se regular, isto é, nele se fez incidir a norma processual, de modo que foi cumprida a lei. Observada a lei na sua inteireza e rigidez pelo Tribunal, seria de louvar-se sem nenhuma restrição ou ressalva o veredicto firmado no acórdão.*

*Contudo, há de considerar-se no acórdão que ele contempla duas realidades que se contrapõem:*

*uma representada pela coisa julgada, a que o julgador, atento ao preceito legal, confere o caráter de dogma – incontestável, indefectível; a outra, expressa no dado científico da existência de exame pelo DNA, hoje proclamado como meio, também incontestável, indefectível, de certificação ou não de paternidade e que no caso se concluiu pela negativa. A decisão fixou-se na coisa julgada, que, como significante da segurança jurídica, importou a definitividade do veredicto no processo anterior, afirmador de uma paternidade enganosa, tanto assim que veio a ser infirmada pela conclusão de exame científico. É ao assentar a inexecutabilidade e tal conclusão diante da coisa julgada, o acórdão em questão acabou por encerrar na sua contextura o antagonismo da segurança com a justiça: considerou a justiça um minus em face da segurança, antepôs este valor àquele, em razão da ‘certeza jurídica conferida pela coisa julgada’.*

*Ora, a só consideração pelo acórdão da segurança como um plus em face da justiça, tornando impraticável no processo a realização desta, vem a ser a perpetração de uma injustiça. O acórdão, ao mencionar ‘a existência de um exame pelo DNA’, deixa implícito que esse meio de prova é atualmente decisivo, pela certeza científica que contém, na apuração de paternidade questionada. Portanto, a decisão admitiu a conclusão científica, mas recusou-a por reputar a sobreposição do valor segurança ao valor justiça.*

*Então, emerge daí um autêntico conflito, criado pelo acórdão mesmo, entre a segurança jurídica e a justiça. Por isso mesmo, sem que se preconize desautorizar-se a coisa julgada, ‘a santidade da coisa julgada’, como caracteriza Radbruch, o que seria um sacrilégio jurídico, é de lembrar-se, com o mesmo Radbruch, que a ‘segurança jurídica é uma forma de justiça’ e assim o embate desta com aquela ‘representa um conflito da justiça com ela mesma’, donde advertir o grande jus filósofo, que ‘esse conflito não pode resolver-se de um modo unívoco’”.*

O autor termina o artigo com as seguintes indagações:

*“Deverá prevalecer no caso aqui comentado a segurança jurídica, mesmo que importe grave injustiça? Será que a idéia de segurança jurídica deve comportar a negação da idéia de justiça, só*

*para não se desacatar a coisa julgada?"*

Os comentários do autor terminam sem resposta. Enfrentamos, porém, as perguntas com as afirmações que passamos a registrar:

a) A grave injustiça não deve prevalecer em época nenhuma, mesmo protegida pelo manto da coisa julgada, em um regime democrático, porque ela afronta a soberania da proteção à cidadania.

b) A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se impor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição.

c) A sentença, ato do juiz, não obstante atuar como lei entre as partes, não pode ter mais força do que as regras Constitucionais.

d) A segurança jurídica imposta pela coisa julgada há de imperar quando o ato que a gerou, a expressão sentencial, não esteja contaminado por desvios graves que afrontem o ideal de justiça.

e) A segurança jurídica da coisa julgada impõe certeza. Esta não se apresenta devidamente caracterizada no mundo jurídico quando não ostentar, na mensagem sentencial, a qualidade do que é certo, o conhecimento verdadeiro das coisas, uma convicção sem qualquer dúvida. A certeza imposta pela segurança jurídica é a que gera estabilidade. Não a que enfrenta a realidade dos fatos. A certeza é uma forma de convicção sobre determinada situação que se pretende objetiva, real e suficientemente subjetiva. Ela demonstra evidência absoluta e universal, gerando verdade.

f) Há de prevalecer o manto sagrado da coisa julgada quando esta for determinada em decorrência de caminhos percorridos com absoluta normalidade e legalidade na aplicação do direito material e do direito formal.

g) A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado.

h) Os valores absolutos de legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto esse é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.

No contexto formado pela doutrinação acima alinhada, firmamos, desde logo, o entendimento de que as sentenças transitadas em julgado, porém, injustas, contrárias à moralidade, à realidade dos fatos, aos postulados, aos princípios e às regras constitucionais, com ofensa direta a esse conjunto de valores, com destaque para as que

**impõem obrigação tributária com base em lei, mesmo posteriormente, julgada inconstitucional, devem ser desconstituídas e produzem efeitos de revitalizar as situações existentes quando do tempo da propositura da ação e devolução, se for o caso, de quantias que, com base em lei inconstitucional, foram pagas**

**Temos convicção em defender o posicionamento acima anotado, porque estamos certos de que o avanço das relações econômicas, a intensa litigiosidade do cidadão com o Estado e com o seu semelhante, o crescimento da corrupção, a instabilidade das instituições e a necessidade de se fazer cumprir o império de um Estado Democrático de Direito centrado no cumprimento da Constituição que o rege e das leis com ela compatível, a necessidade de um atuar ético por todas as instituições políticas, jurídicas, financeiras e sociais, tudo isso submetido ao controle do Poder Judiciário, quando convocado para solucionar conflitos daí decorrentes, são fatores que têm feito surgir uma grande preocupação, na atualidade, com o fenômeno produzido por sentenças injustas, por decisões que violam o círculo da moralidade e os limites da legalidade, que afrontam princípios da Carta Magna e que teimam em desconhecer o estado natural das coisas e das relações entre os homens.**

**A sublimação dada pela doutrina à coisa julgada, em face dos fenômenos instáveis supracitados, não pode espelhar a força absoluta que lhe tem sido dada, sob o único argumento que há de se fazer valer o império da segurança jurídica.**

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

**A sentença não pode expressar comando acima das regras postas na Constituição, nem violentar os caminhos da natureza, por exemplo, determinando que alguém seja filho de outrem, quando a ciência demonstra que não o é. Será que a sentença, mesmo transitada em julgado, tem valor maior que a regra científica? É dado ao juiz esse 'poder' absoluto de contrariar a própria ciência? A resposta, com certeza, é de cunho negativo.**

**A sentença transitada em julgado, em época alguma, pode, por exemplo, ser considerada definitiva e produtora de efeitos concretos, quando determinar, com base exclusivamente em provas testemunhais e documentais, que alguém é filho de determinada pessoa e, posteriormente, exame de DNA comprove o contrário.**

**Deve ser sempre lembrado que os fatos originariamente examinados pela sentença nunca transitam em julgado (art. 469, II, CPC). Podem, conseqüentemente, ser revistos em qualquer época e produzirem novas situações jurídicas, em situações excepcionais.**

**A sentença não pode modificar laços familiares que**

foram fixados pela natureza. Não pode impor obrigação tributária com base em lei considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

No primeiro exemplo referido, há de ser considerada a fragilidade das provas testemunhais e documentais em confronto com a certeza da prova pericial representada pelo DNA, em razão da credibilidade que lhe dá a Ciência.

Outro aspecto há de ser meditado. É o limite da força da sentença trãnsita em julgado e que reconhece, de modo definitivo, a ausência de alguém para efeito de sucessão patrimonial, de acordo com as regras dos arts. 1.159 a 1.169, do CPC.

Sabido é que, conforme dispõe o art. 1.167, do CPC, “a sucessão provisória cessará pelo comparecimento do ausente e converter-se-á em definitiva: I – quando houver certeza da morte do ausente; II – dez (10) anos depois de passada em julgado a sentença de abertura da sucessão provisória; III – quando o ausente contar oitenta (80) anos de idade e houverem decorridos cinco (5) anos das últimas notícias suas”.

E se o ausente, após todo o cumprimento dessas regras formais, comparecer, em qualquer época posterior, perante o Juiz, comprovando a sua existência? É possível considerar-se como válida e eficaz a sentença que o reconheceu como morto para fins de sucessão patrimonial? Tem o juiz, pela via da sentença judicial transitada em julgado, força de determinar a morte de alguém, quando esse alguém está vivo?

A sentença persistirá? Evidentemente que não.

Por essa razão é que o art. 1.168, do CPC, permite ação do presente para reaver os bens que lhe foram tomados pela sentença ou o ressarcimento dos prejuízos.

Lembramos que essa última possibilidade só estará aberta se o usucapião não houver gerado domínio dos bens para terceiros. Essa, porém, é uma situação específica e regida por princípios diferentes dos que aqui estão sendo examinados.

Cresce, portanto, de modo geométrico, a preocupação da doutrina e da jurisprudência com sentenças inconstitucionais revestidas de injustiças, por serem violadoras dos princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da dignidade humana, da valorização da cidadania, do princípio de que nenhum tributo pode ser exigido senão com base em lei harmônica com a Carta Magna.

Registramos que, por especial gentileza do Prof. Arruda Alvim, chegou ao nosso conhecimento, doutrinação de Gustav Boehmer, contida na obra de sua autoria “*El Derecho através de la jurisprudencia – su aplicación y creación*” (traduzida por José Puig, como, também, por ele anotada), Bach, Casa Editorial – Urgel, 51 bis, Barcelona. O mencionado autor expressou profunda preocupação com sentenças injustas. Em capítulo intitulado “*Significado de la cosa juzgada*”, após defender a sua imposição, abre espaço para dizer:

“*Por supuesto que no se deve desconocer que la no*



*aplicación de una ley que todavía subsista formalmente puede quebrantar igualmente la seguridad jurídica y defraudar la confianza de los miembros de la comunidad en la 'santidad' de los mandamientos jurídicos del Estado y la obligación que legamente incumbe al juez. Pero es preferible, por un lado, tolerar la denegación de un derecho que se há pedido y con cuyo reconocimiento se contaba, que la privación del que ya há sido reconocido y en cuya posesión inatacable ya se confiaba. Una confianza sólo merece protección cuando está justificada. En la subsistencia de disposiciones legales que se hallan en abierta contradicción con postulados fundamentales de la moralidad y la justicia debe confiarse menos que en la obligatoriedad de una decisión judicial alcanzada por medios erróneos, pero que procesalmente ya no es impugnable”.*

Em capítulo seguinte, pgs. 96 a 97, sugere o autor acima citado, que:

*“Por supuesto que no deja discutir-se que una sentencia firme substancialmente injusta, que reconoce o deniega injustamente el derecho que se há ejercitado, tenga fuerza creadora de Derecho para dar nacimiento ou para destruir la relación jurídica concreta que há sido objeto de la litis. La llamada teoría de la fuerza de cosa juzgada de Derecho material (materiellrechtliche Rechtshrafttheorie), dominante hasta el comienzo del siglo XX, que sostenía esta concepción há sido combatida desde entonces con importantes razones. Especialmente se le há opuesto que es inconciliable com la generalmente reconocida fuerza de cosa juzgada 'relativa', que limita a las partes en el proceso. Por supuesto que si trata de simples pretensiones de entrega cuya eficacia de Derecho material no va más allá de las partes, la fuerza de cosa juzgada de la sentencia injusta se manifiesta com el hecho de que el actor adquiere un crédito inexistente contra el demandado o pierde el que existía. Pero tan pronto están en discusión derechos absolutos, la atribución injusta de una pretensión de propiedad ou de un derecho hereditario, no significa que el acton también adquiera frente a terceras personas la propiedad o el derecho hereditario y pueda contar con ello, y la sentencia que injustamente rechaza la demanda*

*tampoco puede significar que el actor pierde el derecho que se le deniega incluso en relación com terceros y que ya no puede hacerlo valer frente a ellos”.*

**Enfatiza, ainda, o mencionado doutrinador, que:**

*“La fuerza de cosa juzgada de sentencias materialmente injustas tiene, sin embargo, sus límites. Ya Kohler pronunció la célebre afirmación: ‘Debe hacerse pleno honor a la cosa juzgada y reconocerse totalmente la importancia social de una sentencia firme, pero no hay que exagerar las cuestiones jurídicas haciendo de ellas un tabú sagrado’. También la apelación a la intangibilidad de decisiones estatales puede representar el ejercicio abusivo de un derecho. Determinar en qué casos esto sucederá, es un problema extremadamente delicado. Contanto más motivo sucederá así cuando el camino que la misma ley deja abierto para obtener la anulación de una sentencia firme injusta e través del procedimiento de revisión aparece muy rigurosamente delimitado, tanto objetiva como temporalmente, en el vigente Derecho alemán. Pero, como tantas veces sucede en el Derecho material, también es característico de este caso que una estabilización legal demasiado mesquina de las reglas de Derecho formal da lugar, por reacción, a que el jus aequum penetre en la jurisprudencia apoyado en la autorización legal de las normas legales de equidad. La concreta configuración jurídica en ocasiones va más allá de lo que todavía es compatible con la confianza de los interesados y del pueblo en la constancia de la jurisprudencia y con la función del Estado dedicada de manera fundamental a mantener el carácter intangible de los preceptos jurídicos formales y de las decisiones judiciales que hayan adquirido firmeza. Precisamente cuando se trata del derrocamiento de sentencias firmes se han manifestado de manera especial los peligros que implica la lucha del jus aequum contra el jus strictum.”*

Podem ser consideradas como sentenças injustas, ilegais, inconstitucionais, ofensivas aos princípios da legalidade, da moralidade, dos que formam o Estado Democrático de Direito e atentatórias, em consequência, à Constituição, por exemplo, as seguintes:

1) a declaratória de existência de preclusão quando esse fenômeno processual inexistir por terem sido falsas as provas em tal

sentido;

2) a expedida sem que o demandado tenha sido citado com as garantias exigidas pela lei processual;

3) a originária de posição privilegiada da parte autora que, aproveitando-se de sua própria posição de monopólio e do estado de necessidade do réu, demanda a este por razão de um crédito juridicamente infundado;

4) a baseada em fatos falsos depositados durante o curso da lide;

5) a reconhecedora da existência de um fato que não está adequado à realidade;

6) a sentença conseguida graças a um perjúrio ou a um juramento falso;

7) a ofensiva à soberania estatal;

8) a violadora dos princípios guardadores da dignidade humana;

9) a provocadora de anulação dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ;

10) a que estabeleça, em qualquer tipo de relação jurídica, preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 1º e 3º, da CF);

11) a que obrigue a alguém a fazer alguma coisa ou deixar de fazer, de modo contrário à lei;

12) a que autorize a prática de tortura, tratamento desumano ou degradante de alguém;

13) a que julga válido ato praticado sob a forma de anonimato na manifestação de pensamento ou que vede essa livre manifestação;

14) a que impeça a liberdade de atuação dos cultos religiosos;

15) a que não permita liberdade na atividade intelectual, artística, científica e de comunicação;

16) a que consagra a possibilidade de violação ao direito da intimidade, da vida, da honra e da imagem das pessoas;

17) a que abra espaço para a quebra do sigilo da correspondência;

18) a que impeça alguém de associar-se ou de permanecer associado;

19) a que torne nenhuma a garantia do direito de herança;

20) a que inviabilize a aposentadoria do trabalhador;

21) a que reduza o salário do trabalhador, salvo o caso de convenção ou acordo coletivo;

22) a que autorize a empresa, por motivos de dificuldades financeiras, a não pagar o 13º salário do trabalhador;

23) a que não conceda a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno;

24) a que não permita ao servidor público e aos trabalhadores em geral o gozo de férias anuais remuneradas;

25) a que não reconheça como brasileiros natos os nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seus país;

26) a que estabeleça distinção entre brasileiros natos e naturalizados, além dos casos previstos na CF;

27) a que permita a brasileiros naturalizados exercerem os cargos de Presidente da República, Presidente da Câmara de Deputados, Presidente do Senado Federal, ser Ministro do SFT, ser oficial das Forças Armadas e outros cargos(art. 12, § 3º );

28) a que proíba a União executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e fazendária – XXI, do art. 21;

29) a que autorize alguém a assumir cargo público descumprindo os princípios fixados na CF e nas leis específicas;

30) a que ofenda, nas relações jurídicas de direito administrativo, o princípio da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade;

31) a que reconheça vitalício no cargo o juiz com, apenas, um ano de exercício ;

32) a que atente contra os bons costumes, os valores morais da sociedade, que reconheça casamento entre homem e homem, entre mulher e mulher;

33) a que, no trato de indenização de propriedade pelo poder publico, para qualquer fim, não atenda ao princípio da justa indenização;

34) a que considere eficaz e efetiva dívida de jogo ilícito.

Estes e outros são exemplos de sentenças que nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituída, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça.

No campo tributário, elencamos que são inconstitucionais, entre outras, de modo absoluto, as sentenças transitadas em julgado, mesmo depois de decorrido o prazo de ação rescisória, que:

a) Reconhecerem a constitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718, de 1998, tendo em vista as inúmeras decisões já prolatadas pelo STF pela inconstitucionalidade, com efeitos “ex tunc”.

b) Divergirem da Súmula Vinculante de número 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. Esta decisão tem efeito “ex nunc”. A sentença só será inconstitucional se prolatada após

a publicação da Súmula.

c) Contrariarem a Súmula n. 67 do STF: “É inconstitucional a cobrança do tributo que houver sido aumentado após o orçamento, mas antes do início do respectivo exercício financeiro”.

d) Não obedecerem ao disposto na Súmula n. 70 do STF que considera “inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”.

e) Tomarem posicionamento contrário ao determinado na Súmula n. 83 do STF: “São inconstitucionais o imposto de cessão e a taxa sobre inscrição de promessa de venda de imóvel, substitutivos do imposto de transmissão, por incidirem sobre ato que não transfere o domínio”.

f) Não estiverem de acordo com a Súmula 668 do STF: “É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”

g) Entenderem ser constitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão ‘intervivos’ de bens imóveis – ITBI com base no valor venal do imóvel, por colisão com a Súmula n. 656 do STF.

h) Idem as que não reconhecerem que a imunidade prevista no art. 150, VI, ‘d’, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais periódicos, por divergência com a Súmula n. 657 do STF.

i) Decidirem em desacordo com a Súmula n. 536 do STF: “São objetivamente imunes ao imposto sobre circulação de mercadorias os produtos industrializados, em geral, destinados à exportação, além de outros, com a mesma destinação, cuja isenção a lei determinar”.

j) Não acolherem a Súmula n. 537 do STF: “É inconstitucional a exigência de imposto estadual do selo, quando feita nos atos e instrumentos tributados ou regulados por lei federal, ressalvado o disposto no art. 15, § 5º, da Constituição Federal de 1946”.

Relacionamos, apenas, dez casos de manifesta inconstitucionalidade de leis tributárias, não obstante termos tantos outros revelados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para demonstrar como o poder tributante atua além do princípio da legalidade e agredindo, no campo da tributação, fortemente a

Constituição Federal, o que caracteriza atentado gritante ao Estado Democrático de Direito. Esse panorama exige, como defendido no curso da fundamentação que estamos desenvolvendo, com apoio dos doutrinadores citados, uma nova postura conceitual sobre o alcance da coisa julgada tributária.

#### 4.0 – A COISA JULGADA MATERIAL EM DIREITO TRIBUTÁRIO E OS EFEITOS PRODUZIDOS PELA LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL

Marco Aurélio Greco e Helenilson Cunha Pontes, em obra intitulada *“Inconstitucionalidade da Lei Tributária – Repetição de Indébito”*, publicada pela Dialética, apresentam aprofundado estudo sobre a coisa julgada em matéria tributária e os seus efeitos. Pela excelência dos fundamentos desenvolvidos, passamos a transcrever o que pensam:

*“A sentença é lei entre as partes. Todavia, o conteúdo e o alcance de tal lei, a teor do art. 486 do Código de Processo Civil, decorrem dos limites da lide e das questões decididas em seu bojo. Logo, a existência, o conteúdo e o alcance da coisa julgada dependem inelutavelmente da verificação da natureza e dos limites da lide. Os limites da lide são definidos, fundamentalmente, pelo pedido do autor da ação. Neste sentido, a análise dos termos em que o pedido é deduzido em juízo é essencial para a definição da dimensão assumida pela sentença, sobretudo naquelas onde a causa de pedir funda-se na invalidade constitucional do dispositivo normativo (legal ou infralegal) que embasa a exigência tributária. A eficácia da sentença, embora fundada no reconhecimento da inconstitucionalidade/ilegalidade de uma exigência tributária, pode diferir dependendo dos termos em que o autor deduzir seu pedido, haja vista o fato de que a coisa julgada não pode superar o âmbito definido por este. O Juiz deve decidir a lide nos limites em que foi proposta (art. 128 e 460 do CPC); logo, a força de sua decisão não pode assumir uma dimensão não requerida pelo autor” (pg. 84, ob. cit).*

Importante destacar a conclusão fixada pelos autores acima citados no sentido de que a força da decisão do juiz não pode assumir dimensão maior do que a requerida pelo autor.

Por força desse entendimento, sugerem os doutrinadores referidos que se torna

*“...importante verificar, caso a caso, se a ação judicial, que tenha como fundamento a inconstitucionalidade/ilegalidade de um ato*

*normativo estatal, teve, ou não, o seu pedido limitado a determinado fato, período ou operação concreta, isto é, se o seu pedido foi dirigido não a um fato determinado, mas à relação jurídica subjacente à norma jurídica cuja validade se debate”.*

Na verdade, opinam Marco Aurélio e Helenilson Cunha, com absoluta razão, que, em

*“ suma, cumpre deixar claro que, em matéria tributária, o objeto da prestação jurisdicional tanto pode ser uma certa e específica relação obrigacional (circunscrita no tempo e identificada a partir de fatos certos e determinados), como, em tese, pode ser a relação jurídica formada pelas situações jurídicas de potestade e sujeição que existe em função da vigência da lei e do exercício de certa atividade pelo contribuinte, com perfil que a subsuma à hipótese de incidência tributária”.*

Após outras considerações, os autores em destaque lembram que

*“o pronunciamento judicial que declara a inconstitucionalidade incidenter tantum (se proferido pelo Supremo Tribunal Federal e ensejar expedição de ofício ao Senado Federal para o fim de suspensão da execução do ato normativo) emite juízo conclusivo quanto a um elemento constante que compõe a situação-tipo. Assim, caso o pedido formulado no caso concreto tenha tido por objeto esta situação, coisa julgada poderá alcançar integralmente situação-tipo, até que sobrevenha alteração legislativa ou de fato que atinja o objeto sobre o qual o Poder Judiciário se pronunciar”.*

Os raios da fundamentação acima apresentada vinculam-se ao suscitado pelos mencionados autores, ob. cit, p. 111, no entendimento de que

*“transitada em julgado a decisão do STF que pronuncia a inconstitucionalidade da norma (e sem ato geral que estenda os efeitos daquela decisão a todos os destinatários da mesma norma), o contribuinte, que possua coisa julgada individual em sentido contrário, poderá ingressar com ação revisional para que o Poder Judiciário reconheça que aquela decisão gerou uma alteração na situação de direito, que altera a eficácia da coisa julgada individual relativamente aos fatos geradores posteriores à decisão do STF, cujo efeito é o de retirar a presunção de constitucionalidade de que era*

*dotada a norma impugnada até aquele momento”.*

Com aceitável propriedade, lembram, a seguir, os doutrinadores destacados que

*“em abono deste entendimento, cabe lembrar a regra do artigo 10 da Medida Provisória n. 2.180-35, norma que alterou o Código de Processo Civil, segundo o qual se considera inexigível o título judicial fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas como incompatíveis com a Constituição Federal. Vale dizer, se o título judicial é inexigível, a coisa julgada que lhe dá fundamento jurídico também não poderá gerar efeitos futuros. Logo, os fatos geradores posteriores à decisão do STF submetem-se, em princípio, à decisão que for proferida pelo Poder Judiciário na ação revisional a ser proposta pelo contribuinte”.*

Como destacado, ganha cada vez mais intensidade a convicção de que a ação ordinária revisional da sentença inconstitucional trântita em julgado ganha corporificação em nosso ordenamento jurídico, na linha do pregado por Pontes de Miranda que a intitulou de *“querella nulitatis”*.

Aos fundamentos até então desenvolvidos, não podemos deixar de acrescentar os alinhados por Andrei Pitten Velloso (Juiz Federal na 4ª Região, Doutorando em Direitos e Garantias do Contribuinte pela Universidade de Salamanca (Espanha), Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS - e Professor de Direito Tributário na Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina. Ex-Procurador da República. Membro do Comitato di Redazione da Rivista di Diritto Tributario (Giuffrè) e do Instituto de Estudos Tributários (IET), em artigo intitulado *“A outorga de efeitos a leis tributárias inconstitucionais”*, pela visão contemporânea que apresenta sobre o assunto. Eis o que escreveu:

*“As leis tributárias inconstitucionais são nulas ab initio. Não produzem quaisquer efeitos válidos na esfera jurídica. E, por conseqüência, os recolhimentos por elas impostos não de ser restituídos, mediante compensação ou repetição do indébito. É irrelevante o quantum a ser restituído, bem como sua repercussão imediata no Erário, por se tratar de valores exigidos injustamente dos contribuintes, em afronta à Lei Maior. Quanto mais vultosos forem tais valores, tanto mais nítidas e expressivas serão as repercussões fáticas dos atos lesivos à supremacia da Constituição e aos direitos*



subjetivos dos contribuintes. Portanto, exigir que sejam restituídos significa demandar o respeito à ordem jurídica, às liberdades fundamentais, ao direito de propriedade e à Justiça, em sua acepção jurídico-constitucional. Não implica, de forma alguma, uma lesão ao Erário, mas tão-somente a tutela de direitos violados pelo Estado, mediante a restituição de valores tomados ilegitimamente dos cidadãos-contribuintes, que jamais deveriam ter ingressado nos cofres públicos.

Essa é a correta e tradicional concepção do Supremo Tribunal Federal, aplicada reiteradamente nos inúmeros julgados em que pronunciou a invalidade de leis contrárias às limitações constitucionais ao poder de tributar, aos quais sempre atribuiu efeitos *ex tunc*. Fê-lo consciente de não lhe incumbir a função de 'guarda dos interesses fazendários', senão a de 'guarda da Constituição' (art. 102, caput, da CF), expondo em relevantes precedentes que 'razões de Estado não podem ser invocadas para legitimar o desrespeito à supremacia da Constituição'.

Sem embargo, julgado recente do Plenário veio a se contrapor a essa firme jurisprudência. Após pronunciar a inconstitucionalidade da ampliação dos prazos de decadência e prescrição das contribuições de seguridade social por lei ordinária (arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91), o STF deliberou modular os efeitos da pronúncia do vício jurídico: por ampla maioria, externou a impossibilidade de os contribuintes que quitaram, até a data do julgamento (11.06.2008), créditos constituídos ou exigidos dentro do segundo quinquênio (a ampliação dos prazos, vale destacar, foi de cinco para dez anos) postularem a repetição do indébito, a menos que tenham ajuizado ações judiciais ou apresentado solicitações administrativas até tal data (REs 556664, 559882, 559943 e 560626).

Destarte, os contribuintes que observaram os prazos de decadência e prescrição ampliados inconstitucionalmente pela Lei de Custeio da Seguridade Social (Lei 8.212/91) e quitaram os seus débitos não poderão postular a repetição do indébito. Por outro lado, os sonegadores e os inadimplentes, que não seguiram o determinado pela lei supramencionada, foram beneficiados pela

**declaração de inconstitucionalidade, no que concerne aos diversos anos que transcorreram entre a edição da Lei 8.212/91 e a decisão do STF, pois, como exposto no voto do relator, Ministro Gilmar Mendes: "créditos pendentes de pagamento não podem ser cobrados, em nenhuma hipótese, após o lapso temporal quinquenal". Não há uma patente desigualdade, uma gritante afronta à ética governamental, uma desvelada injustiça nessa decisão?**

**Excluir do manto da Constituição os cidadãos cumpridores das obrigações instituídas pela legislação tributária enquanto se tutelam os maus pagadores e os sonegadores, representa a derrocada dos pilares do Estado Democrático de Direito, o extermínio da ética estatal, a negação do que há de mais essencial às noções de igualdade e justiça.**

**Poder-se-ia argumentar que se ressalvou o direito dos contribuintes que, a despeito de terem quitado seus débitos, estavam questionando-os na esfera administrativa ou judicial. Contudo, o postulado da supremacia da Constituição não está à mercê do questionamento administrativo ou judicial das exigências tributárias: impõe-se de forma inexorável a todos os atos estatais, com a única peculiaridade da necessidade de serem observados, no caso da repetição do indébito, os prazos prescricionais estabelecidos pelo CTN.**

**Não há como deixar de consignar que esta ressalva certamente produzirá conseqüências nocivas, levando a que, sempre quando editada uma lei em possível desarmonia com a Lei Maior, todos os contribuintes recorram até as últimas instâncias na esfera administrativa e/ou ingressem em massa com demandas no Poder Judiciário, para não deixarem de estar ao abrigo da Constituição. Essa enxurrada de impugnações administrativas e de ações judiciais acabaria afetando a todos, haja vista prejudicar seriamente a celeridade na tramitação dos feitos e, conseqüentemente, a efetividade da justiça. □**

**Ademais, a outorga de efeitos a leis tributárias inconstitucionais representa um evidente incentivo à inconstitucionalidade, pois é consabido que nem todos os contribuintes questionam judicialmente as exações que o Fisco lhes impõe. Dessa forma, a**

*ofensa à Constituição seria um excelente negócio para o Governo, que, sempre sedento de recursos financeiros, teria ao seu alcance mais uma fonte de receitas: os tributos inconstitucionais. □*

*Oxalá o STF se conscientize do seu equívoco e retome a sua remansosa jurisprudência, assentada em premissas lapidarmente expostas pelo Ministro Celso de Mello: "Nada compensa a ruptura da ordem constitucional. Nada recompõe os gravíssimos efeitos que derivam do gesto de infidelidade ao texto da Lei Fundamental. A defesa da Constituição não se expõe, nem deve submeter-se, a qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, muito menos a avaliações discricionárias fundadas em razões de pragmatismo governamental. A relação do Poder e de seus agentes, com a Constituição, há de ser, necessariamente, uma relação de respeito" (ADI 2.010 MC). Desse ato de humildade científica e respeito à Constituição depende a subsistência dos direitos fundamentais dos contribuintes."*

## **5.0 – REFLEXÕES DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA SOBRE A COISA JULGADA QUANDO FORMADA COM OS VÍCIOS ACIMA APONTADOS, ESPECIALMENTE O DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

Passamos, agora, a registrar pronunciamentos de dois consagrados doutrinadores que acolhem a tese da coisa julgada inconstitucional e, conseqüentemente, a produção de efeitos desconstitutivos em favor do contribuinte.

Humberto Theodoro Júnior, em parecer apresentado sobre tema de desapropriação indireta, onde há discussão de valores que estão sendo exigidos além da realidade, antes de discutir o mérito da questão, assinalou sobre o objetivo primordial do processo no nosso ordenamento jurídico. Disse:

*"Com efeito, é importante ressaltar, desde logo, que o processo deixa de ser tratado apenas com o frio método de compor litígios, para se transformar veículo de satisfação do direito cívico e fundamental de todos à tutela jurisdicional. Visto como garantia de acesso à Justiça, no mais amplo e irrestrito sentido, devido processo legal apresenta-se como o processo justo, isto é, o instrumento que não apenas serve à composição de litígios, mas que assegura a melhor mais justa solução do conflito, segundo os padrões éticos e os anseios gerais de justiça do meio*

social.

*Os operadores do direito processual, juízes e tribunais, têm, portanto, sobre suas costas, uma relevantíssima missão, que é o encargo de tornar realidade a atual garantia de pleno acesso à Justiça pelas vias do devido processo legal e do processo justo. Dentro de tal ótica o que se reclama do processo é o resultado com toda sua carga de eficácia e justiça para tutelar o direito do litigante que tem em seu favor a ordem jurídica. Não são suficientes, para esse mister, a ciência técnica e a erudição dos aplicadores da lei processual. Muito mais do que tecnicismo, revela-se decisivo o espírito público, a compreensão social do drama vivido no momento da operação jurisdicional e o propósito de fazer com que a aplicação do direito, pelo ato de julgar, corresponda, ao máximo, à garantia fundamental do processo eficaz e justo.*

*O aplicador da lei, como é óbvio, não pode se contentar em reproduzir perante os fatos a norma da lei, em seu teor literal, e não pode, simploriamente, se desculpar dos gravames éticos que porventura venha com isto provocar sob o falacioso pretexto de o justo-absoluto não integrar a missão da ordem jurídica positiva.*

*Na verdade, a experiência nos ensina que o bom juiz só muito raramente enfrenta o dilema de aplicar uma regra legal incompatível com o justo, em seu sentido ético. Àquele que se ocupa de usar os poderes processuais para dar efetividade às aspirações de justiça da sociedade, encontra sempre um meio de superar o aparente conflito entre a norma positiva e o justo. Basta, na quase totalidade das situações, o emprego dos meios corretos de interpretação da lei, para se lograr uma adequada definição, que se revele idônea à concretização do justo. ”*

trabalho: Mais adiante, lembra Humberto Theodoro, no mesmo

*“O juiz contemporâneo está sujeito a um pacto político-moral de atuar como agente do poder por meio de decisões submetidas invariavelmente a uma exigência de legitimidade e nessa qualidade não pode se eximir da responsabilidade pelos resultados inadequados dos julgamentos que profere imputando por inteiro ao legislador a “justiça ou*

*injustiça de sua decisão” (Modesto Saavedra, ‘ Interpretation judicial del derecho y democracia’, AJURIS, 68/300). Muito pelo contrário, cabe ao juiz responder pelo injusto que de sua sentença decorre para as partes. Por isso, vê-se obrigado ‘a adotar uma posição de mediador entre a lei e seus destinatários, ou seja, entre o propósito do legislador e as expectativas do cidadão’ (Idem, ibidem). Nesse mister de mediador e de conciliador, pode ser levado a ponderar aquilo que o técnico, o doutrinador, não alcança de ordinário, porque movido apenas pelo ‘interesse cognitivo’. Ao juiz afetam os dados de angústia e urgência daquele que tem de submeter sua vida a regra legal e, por isso, tem, muitas vezes de forçar a hermenêutica para descobrir um sentido para a norma diante do drama concreto que a especulação do estudioso apenas não alcançaria (SAAVEDRA, ob. cit., loc. cit).”*

Em capítulo seguinte, Humberto Theodoro registra o seu pensamento sobre o direito positivo e os preceitos morais:

*“O ordenamento jurídico, embora prescindida de outro apoio para impor-se que a autoridade de onde emana, nunca se desvencilhou, nem mesmo literalmente, dos princípios éticos, pois sem se conectar com eles não se pode pretender alcançar o justo, pelo o qual a lei se propõe a lutar.*

*A justiça é anterior ao Direito e é em seu nome que historicamente se forjam os ordenamentos jurídicos. É um dado ético antes que jurídico. Daí que, sob a forma de princípio, o justo penetra todo o sistema jurídico e se faz presente como a maior força influente sobre os métodos e critérios de interpretação e aplicação das normas jurídicas.*

*Aos princípios morais a todo instante recorrem não só os intérpretes como o próprio legislador. Até mesmo a Lei Maior deles se vale para estruturar o Estado e traçar as regras e garantias fundamentais. Assim, a Carta Magna, de início, assenta nosso Estado Democrático de Direito, entre outros fundamentos, sobre o da ‘dignidade humana’ (C. Fed., art. 1º. inc. III), dado eminentemente ético e mesmo ponto de partida para estruturação de todo arcabouço de princípios da moral. Coerente com esse propósito, a declaração dos direitos e garantias fundamentais, que se insere no art. 5º, traduz um grande elenco de princípios dominados pela*

**essência ética. Aliás, a leitura de todo o texto constitucional brasileiro evidencia a ostensiva valorização dos fundamentos éticos da Nação e do Estado, em todas as suas dimensões, sendo altamente expressivo o disposto no § 2º, do art. 5º, que, a pretexto de encerrar a declaração dos direitos e garantias fundamentais, aduz: ‘Os direitos e garantias expressas nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.’**

**Mas, é no art. 37 da Constituição vigente que se consagrou com todo destaque quais seriam os fundamentos da atuação da Administração Pública e ali o legislador maior teve o cuidado de especificar a sua sujeição obrigatória ao princípio da moralidade.**

**Para não ficar apenas na declaração programática, a Constituição conferiu a todo e qualquer cidadão a legitimidade para mover a ação popular visando a anular o ato lesivo à moralidade administrativa (art. 5º, LXXIII), além de conferir institucionalmente ao Ministério Público a ação civil pública (art. 129, III), cujo procedimento se aplica nas responsabilizações por danos morais e patrimoniais público (Lei n. 7.347, de 24.7.85). e que se completou pela Lei n. 8.429, de 2.6.92, onde se traçou as normas processuais de repressão à improbidade administrativa dos agentes públicos, e, mais uma vez, se atribuiu ao Ministério Público a legitimidade para demandar a reparação dos danos oriundos dos atos imorais praticados na Administração Pública.**

**Faz parte, portanto, da ideologia de nosso regime constitucional a valorização dos princípios éticos e a condenação firme da improbidade.**

**Na ordem jurídica privada nunca foi diferente. Embora redigido o Código Civil numa época de exacerbado positivismo, que conduziu seus redatores a evitar a enunciação genérica de máximas morais em seu texto, sempre se reconheceu que todo o arcabouço de nosso direito privado se apoiava, entre outros, sobre os princípios éticos da submissão aos bons costumes, de tal sorte a prevalecer, por exemplo, a nulidade do negócio jurídico de objeto imoral, e a reprimir-se o enriquecimento sem causa e qualquer forma de locupletamento indevido.”**

A homenagem que prestamos às lições acima de Humberto Theodoro, acolhendo-as em toda a sua plenitude, deve-se ao fato de que não concebemos o reconhecimento da força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não aceitamos, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorne ilegalmente patrimônios, obrigue o contribuinte a pagar tributos inconstitucionais, portanto, indevidos, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa e que a Constituição Federal não pode ser desrespeitada.

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

Ora, sendo o Judiciário um dos poderes do Estado com a obrigação de fazer cumprir esses objetivos, especialmente, o de garantir a prática da justiça, como conceber como manto sagrado, intocável, coisa julgada que faz o contrário?

A resposta está no afirmado por Luiz Vicente Cernicchiaro, no artigo *“Direito Alternativo”*, in Rev. Forense, n. 7, julho/97, p. 36-37, citado por Humberto Theodoro no parecer já referido:

*“a lei precisa ajustar-se ao princípio. Em havendo divergência urge prevalecer a orientação axiológica. O Direito volta-se para realizar valores”, pois , “O Direito é o trânsito para concretizar o justo... O Judiciário tem importante papel político.... As decisões corretas devem estar finalisticamente orientadas para o justo...Lei iníqua, impeditiva de realização plena do Estado de Direito Democrático, precisa ser repensada. O juiz, repita-se, deve recusar aplicação à lei iníqua, injusta. Impõe-se-lhe invocar princípios. Só assim, a interpretação será sistemática. Criar, se necessário, a norma para o caso concreto”.*

Merece ser registrado, em complementação ao já exposto, tendo em vista que a nossa preocupação é com os reflexos da coisa julgada, o que Paulo Roberto de Oliveira Lima escreveu, na obra Teoria da Coisa Julgada, já citada, pgs. 10 e 11:

*“No que respeita à coisa julgada, a própria legislação carece de alterações para dar ao instituto novas cores, sem o que arrisca-se a própria eficiência do Direito. Às alturas a que se eleva o valor da isonomia, não permite mais que o sistema*

*jurídico, em homenagem à segurança, mantenha decisões díspares para casos iguais, rompendo com vários cânones constitucionais, em holocausto a intangibilidade da coisa julgada. Magoa fundo a noção de justiça, v. g, que determinado contribuinte pague certa exação, porque vencido em ação onde argüiu a inconstitucionalidade do tributo, quando todos os demais (ou muitos, ou alguns, ou outro) venceram suas demandas e livraram-se do ônus tributário. Quando as soluções díspares tornam-se definitivas, porque a parte sucumbente não cuidou de recorrer, mitiga o sentimento de injustiça a consciência da parte de que contribuiu para o desenlace. Não assim quando a disparidade resultou de alteração da orientação jurisprudencial. Os casos são numerosíssimos, deixando o Judiciário em posição absolutamente desconfortável. Até porque aqui o resultado da demanda vai depender do momento em que foi ajuizada. Neste último lustro, a comunidade jurídica assistiu surpresa e impotente, a formação de coisas julgadas em processos idênticos, com soluções antagônicas. Assim, quanto ao reajuste de 147,07%, reclamado pelos aposentados em setembro de 1991; quanto ao saque do FTGS mercê da alteração do regime de emprego de celetista para estatutário; quanto ao reajuste de 84,32% reclamado por empregados particulares e servidores públicos, em março de 1990. Nestes casos e em vários outros, as decisões judiciais, inclusive as dos tribunais superiores, ora sufragaram uma tese, ora a outra, criando coisas julgadas intangíveis e garantindo direitos a uns e negando a outros, sem embargo de estarem todos na mesma e inalterada situação. Casos há, e não são poucos, onde servidores da mesma repartição e no exercício dos mesmos cargos e funções recebem remunerações diferentes, justo porque uns venceram e outros perderam suas demandas. Nestes casos, olvida-se o princípio constitucional da isonomia, maltrata-se a regra magna da prevalência do interesse público sobre o privado, aniquila-se o princípio do Direito Administrativo de que todos devem, na mesma medida, contribuir para a manutenção do Estado, espanca-se o valor psicossocial da justiça, tudo em louvor à coisa julgada.*



*Diante dos reclamos da sociedade perplexa, o jurista responde, sem pontadas de consciência, que o Direito somente se preocupa com a formação de coisas julgadas antagônicas quando os comandos decorrentes das decisões restam impossibilitados. Se os comandos referem-se a pessoas diferentes, há mera contradição lógica entre os julgados, sendo, no entanto, ambos perfeitamente exeqüíveis. Assim, no caso do exemplo, nada impede que alguns servidores recebam o reajuste de 84,32% e outros não. As duas sentenças, a que concede o reajuste e a que o nega, são exeqüíveis, na medida em que cada uma se refere a um servidor específico. Problema insuperável somente ocorreria se as duas sentenças se referissem ao mesmo servidor, hipótese afastada pelo instituto da coisa julgada.”*

Esses laços da coisa julgada com os princípios da moralidade, da legalidade, da igualdade e com os preceitos da Constituição Federal têm sido compreendidos, de modo cuidadoso, pela jurisprudência.

Colhendo a doutrina acima, nos mesmos passos como posta, é de ser lembrado que no trato, por exemplo, de desapropriação, onde presentes estão o interesse público e o do particular, tudo sob o comando do princípio constitucional da justa indenização, os pronunciamentos jurisprudenciais são no sentido seguinte:

a) *“Desapropriação. Indenização (atualização). Extravio de autos. Nova avaliação. Coisa julgada. Não ofende a coisa julgada a decisão que, na execução, determina nova avaliação para atualizar o valor do imóvel, constante do laudo antigo, tendo em vista atender à garantia constitucional da justa indenização, procrastinada por culpa da expropriante. Precedentes do STF. Recurso extraordinário não conhecido” (RE n. 93.412-SC, rel. Min. Rafael Mayer, RTJ 102/276).*

b) *“O deferimento de nova avaliação em sede de liquidação, em casos excepcionais, conforme entendimento da Suprema Corte, não encontra obstáculo na coisa julgada” (AG. n. 75.773, DJU, de 3.5.79, p. 3.496, rel. Min. Leitão de Abreu; RE n. 68.608, RTJ 54/376, 1ª. Turma; Ag. n. 47.564 – Pleno, DJU, de 26.09.69, p. 44.063).*

c) *“Desapropriação. Terrenos da atual Base Aérea de Parnamirim, em Natal, RN. Liquidação de sentença. Determinação de nova avaliação. Hipóteses em que o STF tem admitido nova avaliação,*

*não obstante, em decisão anterior, já transitada em julgado, se haja definido o valor da indenização. Diante das peculiaridades do caso concreto, não se pode acolher a alegação constante do recurso extraordinário de ofensa, pelo acórdão, ao artigo 153, § 3º, da Constituição Federal, em virtude do deferimento de nova avaliação dos terrenos. O aresto teve presentes fatos e circunstâncias especiais da causa, a indicarem a injustiça da indenização, nos termos em que resultaria da só aplicação da correção monetária, a contar da Lei n. 4.686/1965, quando a primeira avaliação aconteceu em 1957. Critério a ser seguido na nova avaliação. Decreto-Lei n. 3.365/1941, artigo 26. Questão que não constitui objeto do recurso extraordinário da União. Relativamente aos juros compensatórios, havendo sido fixado, em decisão transitada em julgado, o percentual de 6% a. a., não caberia, no acórdão recorrido, estipular seu cálculo à base de 12% a. a. A incidência do percentual de 6% a. a. dar-se-á a partir da ocupação do imóvel. Nesse ponto, o acórdão ofendeu o artigo 153, § 3º, da Lei Maior. No que respeita aos honorários advocatícios, estabelecidos em quantia certa, à vista da primitiva avaliação, não vulnera o artigo 153, § 3º, da Carta Magna, o acórdão, ao estipular novo critério para seu cálculo, em determinando nova avaliação do imóvel expropriado. Conhecido, apenas, em parte, do recurso extraordinário, quanto aos juros compensatórios, para, nesta parte, dar-lhe provimento". (RE n. 105.012, rel. Min. Néri da Silveira).*

d) Outros precedentes do Colendo Supremo Tribunal Federal seguem a mesma orientação, não considerando ofensiva à coisa julgada a decisão que determina se atualize o valor do imóvel desapropriado quando se trate de laudo antigo e a expropriante procrastinou o pagamento da indenização. Conferir: RE n. 65.395, Pleno, RTJ n. 52/711; RE n. 68.606, 1ª. T., RTJ n. 54/376; RE n. 78.506, 1ª. T., RTJ n. 73/892; ERE n. 54.221, Pleno, RTJ n. 34/91.

e) O Ministro Soares Muñoz, ao proferir voto (vista) no RE n. 93.412-SC, afirmou:

*"A doutrina moderna a respeito da coisa julgada restringe os seus efeitos aos fatos contemporâneos, ao momento em que foi prolatada a sentença. A força da coisa julgada material, acentua James Goldschmidt, alcança a situação jurídica no estado em se achava no momento da decisão, não tendo, portanto, influência sobre os fatos que venham a*

*correr depois”* (in Derecho procesual civil, p. 390, tradução espanhola de 1936).

O tema suscita vários questionamentos. Há impossibilidade física no âmbito deste trabalho enfocá-los em toda a extensão que possuem.

Apresentamos, contudo, de forma esquematizada, uma síntese das nossas convicções sobre a matéria, dividindo-as em dois campos.

No primeiro, assentamos o entendimento de que:

a) o princípio da força da coisa julgada é de natureza relativa;

b) a coisa julgada não pode sobrepor-se aos princípios da moralidade e da legalidade;

c) o Poder Judiciário, ao decidir a lide pelos juízes que o integram, cumpre missão estatal de natureza absoluta, com função destinada a aplicar, de modo imperativo, as estruturas que sustentam o regime democrático;

d) a sentença judicial, mesmo coberta com o manto da coisa julgada, não pode ser veículo de injustiças;

e) o “decisum” judicial não pode produzir resultados que materializem situações além ou aquém das garantidas pela Constituição Federal;

f) a carga imperativa da coisa julgada pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipulem obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para pessoas jurídicas, que não sejam amparadas pelo direito;

g) a regra do respeito à coisa julgada é impositiva da segurança jurídica, porém, esta não se sobrepõe a outros valores que dignificam a cidadania e o Estado Democrático;

h) a garantia da coisa julgada não pode ser alterada pela lei para prejudicar, em homenagem ao princípio da não retroatividade;

i) os fatos apurados pela sentença nunca transitam em julgado, por a decisão referir-se a eles com as características de tempo, modo e lugar como foram apurados;

j) a coisa julgada não deve ser via para o cometimento de injustiças, de apropriações indébitas de valores contra o particular ou contra o Estado, de provocação de desigualdades nas relações do contribuinte com o fisco, nas dos servidores com o órgão que os acolhe, porque a Constituição Federal não permite que a tanto ela alcance;

k) em tema de desapropriação, o princípio da justa indenização reina acima do garantidor da coisa julgada;

l) a sentença trãnsita em julgado pode ser revista, além do prazo para rescisória, quando a injustiça nela contida for de alcance que afronte a estrutura do regime democrático por conter apologia da quebra da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição

Federal e às regras da natureza;

m) a segurança jurídica imposta pela coisa julgada está vinculada aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem seguir todo ato judicial.

No segundo campo, a nossa compreensão está vinculada às proposições que passamos a enumerar:

1) Tratando-se de acórdão que manteve a decisão que julgou líquidos os cálculos em execução de sentença, o ataque a ele teria de fazer-se com base na alegação de que esses cálculos foram contra a coisa julgada, e não com a invocação de dispositivos que poderiam ser pertinentes contra a sentença exeqüenda(RE 270902/RJ).

2) Alegadas ofensas ao princípio da coisa julgada relacionadas com a natureza jurídica da TRD implicam o exame prévio da legislação infraconstitucional, sendo, assim, alegações de ofensa indireta ou reflexa à Carta Magna, não dando margem, pois, ao cabimento do recurso extraordinário (Agrg-261267-STF).

3) A má interpretação de normas processuais sobre os limites da coisa julgada não implica em que se tenha decidido questão de natureza constitucional(RE 178207-MA).

4) Lei nova não pode alterar a coisa julgada.

5) O conflito entre o princípio da intangibilidade da coisa julgada (art. 5º, XXXVI,) e de outro lado o da preservação da moralidade do ato indenizatório é resolvido pela regra da conformação com a regra constitucional da indenização (CF, art. 5º XXIV), onde busca determinar a obediência ao justo preço.

6) Deve sempre o intérprete ao se deparar com conflito entre os princípios da coisa julgada e outros postos na constituição averiguar se a solução é possível pela aplicação do super princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo prevalecê-los no caso concreto, conduzindo a uma solução justa e ética e nunca aquela que acabaria por consagrar uma iniquidade, uma imoralidade, uma inconstitucionalidade.

7) O art. 125, III, CPC, impõe ao juiz o dever de prevenir e reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça, mesmo que, para tanto conseguir, tenha de não aplicar os efeitos da coisa julgada.

8) Quando se põem em contraste os princípios da coisa julgada e da indenização, o STF tem dado prevalência ao último: “ a jurisprudência do STF não acolhe a invocação da coisa julgada, para que se possa atingir a meta da indenização justa (RTJ, 136/1.3000). Reavalia-se o bem expropriado, diante das circunstâncias relevantes do caso concreto porque estas indicavam, na ótica da Suprema Corte ‘ a injustiça da indenização’ que restou fixada nos termos da coisa julgada.” Palavras de Carlos Mário Velloso:

*“Também aqui não custa repetir, é uma Constituição que estamos interpretando, vale dizer, estamos interpretando um ato normativo superior a todos os outros, justamente o*

*que empresta validade a estes, motivo pelo qual bem lembrou o Prof. Fábio Konder Comparato, em trabalho que desenvolveu em torno das normas constitucionais, o sentido e o alcance dessas normas superiores não pode ser entendido da mesma maneira que o das leis às quais empresta validade; ou que o conteúdo e a força normativa vinculante das normas constitucionais possam ser obtido com o emprego do mesmo método ou raciocínio que se usa para a compreensão das normas jurídicas fundadas na Constituição” (RTJ 136,1/302).*

9) A decisão que, de modo incidental, resolve uma questão prejudicial no processo, não faz coisa julgada.

10) “*Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores*” - Súm. 239-STF . Consagrou-se, na referida Súmula, orientação restritiva da coisa julgada em matéria tributária, de modo a excluir os motivos e fundamentos da sentença dos seus efeitos.

11) A sentença que julga liquidação por artigos e por arbitramento faz coisa julgada.

12) A alegação de decadência ou prescrição do direito do autor, em medida cautelar, faz coisa julgada (art. 810). Há divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

13) Nas causas relativas ao estado de pessoa, se foram citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

14) Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalece a primeira. A segunda não nasceu porque ofendeu à primeira, sendo, portanto, inconstitucional. Há divergência: Corrente que entende prevalecer a segunda coisa julgada: Barbosa Moreira, Moniz de Aragão, Pontes de Miranda e alguns tribunais de apelação, como o de S. Paulo e do Rio de Janeiro.

15) A caracterização do fenômeno da coisa julgada acarreta, se a mesma lide for repetida, a extinção do processo (art. 267, V, CPC).

16) O STJ entendeu de negar efeito as conseqüências jurídicas de transação, possibilitando a revisão daquilo que fora por ela abrangido e que já produzira para as partes o efeito da coisa julgada, por ter havido ofensa ao art. 1.030 do Cód. Civil( RST 97/198). (Art. 1030 – A transação produz efeitos de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.).

17) A coisa julgada em incidente de falsidade produz efeitos só entre as partes. Interpretação do art. 395, do CPC.

18) Em ação de consignação em pagamento a coisa julgada diz, apenas, com a suficiência ou insuficiência da oferta (RSTJ 98/231 – Julgada improcedente a consignatória , por ter-se insuficiente a oferta, não corrigida monetariamente, a coisa julgada não abrange mais que o reconhecimento daquela insuficiência – 3ª. Turma, Eduardo

Ribeiro). O autor pode mover outra ação para a consignação da quantia exata.

19) Procedimentos de jurisdição voluntária (emancipação, sub-rogação, alienação de bens de menores, extinção de usufruto e de fideicomisso, alienações judiciais, separação consensual, etc.) não conduzem a existência de coisa julgada material, pois, conforme o art. 1.111, do CPC, a sentença pode ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

20) É possível a existência da coisa julgada na ação divisória, em relação ao antecessor dos recorridos, refletindo-se nestes os respectivos efeitos, se foi ele citado para a demanda – RTJ 118/667.

21) A coisa julgada nas Ações Coletivas em defesa do consumidor tem os limites impostos pelo CDC, art. 103: *“Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de prova, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81 (casos de interesses ou direitos difusos – defesa coletiva – os transindividuais.)*

22) O momento da parte alegar existência de coisa julgada é na contestação – art. 301, VI, do CPC. Pode, porém, alegar em qualquer tempo, arcando, porém, com as custas (art. 22) se não o fizer na contestação. Ela pode ser reconhecida de ofício.

23) Deve ser feito o registro da sentença transitada em julgado no registro público, conforme o caso (Lei do Registro Público, arts. 13-I, 29-VI, VIII e § 1º, a, b e d, 32 § 4º, 40, 57, 58, 76 § 5º, 88, 89 a 96, 97 a 102, 104 e 109 a 113(registro civil das pessoas naturais); art. 127, VI(no registro de títulos e documentos); art. 167-I, ns. 23 a 226, 27 e 34, art. 167, II, ns. 9, 12, 14 e 15, arts. 198 a 204, 213, 216, 221-IV, 225, 226, 233-I, 264 § 2º e 288(registro de imóveis).

24) A sentença trânsita em julgado que trata de direitos disponíveis permite que as partes convençionem diversamente do decidido pelo Poder Judiciário.

25) A colheita de novas provas não permite o ingresso de nova ação, para discutir a mesma lide, quando há trânsito em julgado a respeito (STJ – RTJ 94/829), salvo situações extraordinárias que impossibilitaram o apanhado das provas durante a lide ou acontecimentos imorais que só posteriormente foram chegados ao conhecimento das partes.

26) Se transitou em julgado a sentença referente a uma ação de indenização por dano material, nada impede que a parte promova outra ação reivindicando, apenas, dano moral – STJ – Resp 143.568-SP.

27) O Juiz não pode decidir novamente as questões já decididas e relativas à mesma lide, salvo: a) se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de

direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença: b) nos demais casos previstos em lei. Obs. 1) A coisa julgada não impede que lei nova passe a reger diferentemente os fatos ocorridos a partir de sua vigência(STF). 2) A eficácia da sentença declaratória perdura enquanto estiver em vigor a lei em que se fundamentou, interpretando-a. (STJ). 3) Alimentos podem ser revistos. 4) A coisa julgada não impede que se atualizem prestações vencidas após a sentença, embora não prevista nesta qualquer atualização (STF). 5) O juiz pode homologar acordo para pagamento parcelado da dívida, mesmo após sentença de mérito que julgara procedente a ação (STJ).

28) A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Obs. 1) – Lei n. 9.494, de 10.9.97 – art. 2º-A (introduzido pela MP 1.984-12, de 10.12.99: “A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. *Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra entidades da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do DF e dos Municípios, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.*”

29) A sentença que dá pela procedência de ação de investigação de paternidade não faz coisa julgada contra terceiro que, não tendo sido parte no processo, alega ser o verdadeiro pai e move declaratória visando à nulidade e reforma do assento de nascimento feito com base naquela decisão.

30) O ordenamento jurídico positivo abre exceção ao princípio da coisa julgada ao permitir a repropositura de ação popular, ação civil pública e ação coletiva para a defesa de direitos difusos ou coletivos, quando tiverem sido julgadas improcedentes por falta ou insuficiência de provas – (LAP 18, LACP 16, CDC 103 I e II).

31) A inclusão de correção monetária, na liquidação, mesmo não concedida na sentença, não está atingida pela coisa julgada – RTJ 81/123, 81/315, 84/561).

32) A coisa julgada na substituição processual alcança o substituído. O que foi discutido é a relação jurídica de direito material.

33) A coisa julgada não atinge o assistente simples. Ele não é parte no processo. Fica, apenas, jungido aos efeitos da sentença, não podendo rediscutir, em processo futuro, a justiça da decisão (art. 55, CPC), salvo se alegar e comprovar a exceção de má gestão processual.

34) A coisa julgada atinge o litisconsorte assistencial.

35) O adquirente de coisa litigiosa não é terceiro. Ele fica

atingido pela coisa julgada .

36) A coisa julgada material produz efeitos tão somente quanto ao pedido, isto é, somente a lide é protegida pela coisa julgada material. Em face desse efeito, a decisão sobre a lide torna-se imutável e indiscutível, tanto no âmbito do processo onde ela foi discutida e recebeu decisão, quanto em qualquer outro processo contemporâneo ou futuro.

37) Só as sentenças de mérito (art. 269, CPC) são acobertadas pela autoridade da coisa julgada. Esse posicionamento do ordenamento jurídico significa que as sentenças, por exemplo, de extinção do processo, sem julgamento de mérito (art. 267, CPC), não fazem coisa julgada material. Elas são atingidas, apenas, pela coisa julgada formal e envolvidas pelo fenômeno denominado de preclusão.

38) *“O efeito de uma tal decisão é ser tida por verdade; assim, todas as nulidades e injustiças relativas, que porventura se cometessem contra o direito das partes, já não são susceptíveis de revogação”* (Pontes de Miranda).

39) Coisa julgada formal: a imutabilidade da decisão dentro da relação jurídico-processual, ou seja, denomina-se coisa julgada formal a especial condição da decisão de não comportar mais recursos, tornando-se, por isso mesmo, a palavra final do Judiciário no processo (Paulo Roberto de Oliveira Lima).

40) *“Coisa julgada formal é a inimpugnabilidade da sentença no processo em que foi proferida. Entende ser equívoca a denominação de coisa julgada formal, por, na verdade, ocorrer é a preclusão, especialmente, porque esse tipo de coisa julgada, o formal, não é protegido pela CF – art. 5 XXXVI. Este dispositivo abrange, apenas, a coisa julgada material”*. (Nelson Nery).

41) Em regra, a coisa julgada formal ocorre simultaneamente com a coisa julgada material. Há, porém, situações em que isso não acontece. Exs. – em caso de sentença contra a Fazenda Pública: se o particular não recorrer – ocorre a coisa julgada formal (preclusão), mas a coisa julgada material só vai acontecer com o reexame necessário da sentença pelo tribunal (art. 475, CPC). Idem nos casos das sentenças proferidas com base no art. 267, CPC.

42) Efeito da coisa julgada não é efeito da sentença (Liebman), mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar a extensão de sua eficácia, consoante as diferentes categorias das sentenças.

43) *“Sem embargo da opinião contrária da doutrina dominante, é lícito concluir ser a coisa julgada um dos efeitos da sentença, ainda que se constitua em qualidade que torna imputável o comando inserido na decisão”* Paulo Roberto de Oliveira Lima (Teoria da Coisa Julgada, pg. 24).

A sentença inconstitucional é uma ficção jurídica. Não tem apoio na Constituição Federal. Surge no ordenamento como fator de desequilíbrio social e de desprestígio para as funções



harmonizadoras do Poder Judiciário.

#### **6.0 – O PENSAMENTO CONTEMPORÂNEO (DEZEMBRO DE 2008) DE PREDOMINANTE CORRENTE DOUTRINÁRIA SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL E OS SEUS EFEITOS.**

Os debates que a respeito da coisa julgada inconstitucional estão sendo desenvolvidos acompanham o processo de transformação vivenciado pelas instituições que compõem a Ciência do Direito, em razão da necessidade de revisão de muitos dos seus conceitos para que se configure harmonia entre a realidade vivenciada pelos anseios da sociedade atual e a concretude dos efeitos produzidos pela legislação quando aplicada na solução de casos reais.

O aplicador do Direito não pode conviver afastado da evolução do querer plasmado na Constituição que rege os destinos da cidadania, especialmente, quando o comando nela contido expressa postulados que valorizam o Estado Democrático de Direito, com diretivas fortalecendo os valores sócias do trabalho, da dignidade humana, da moralidade, da legalidade, da eficiência, da impessoalidade, da sociabilidade, entre tantos outros.

Consagrado está no ordenamento jurídico brasileiro que os atos e decisões praticados pelos Poderes Públicos devem guardar respeito absoluto aos ditames da Constituição. Esta, na feliz expressão de José Souto Borges Maior, por si só, imprime segurança. Ela é a segurança jurídica determinadora de que os ditames maiores do Estado Democrático de Direito instituído por vontade soberana dos constituintes, delegados da vontade popular, sejam absolutamente respeitados.

O Poder Executivo quando pratica atos administrativos ou decide conflitos nos limites da sua competência, se exercer tais atribuições de modo contrário ao ditado pelos postulados, princípios e regras explícitos e implícitos da Constituição Federal, submete-se aos efeitos do controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário. Este afasta o ato ou a decisão do mundo jurídico, se a tanto provocado for.

O Poder Legislativo não está, como é plenamente sabido, isento desse controle no exercício da sua missão de legislar. As emendas constitucionais aprovadas por esse Poder quando promulgadas são passíveis de controle de constitucionalidade; as leis complementares e as leis ordinárias sancionadas ou promulgadas são, também, sujeitas ao controle de constitucionalidade. As medidas provisórias emitidas pelo Poder Executivo não estão imunes ao controle da constitucionalidade. Do mesmo modo as leis delegadas, os decretos legislativos e as resoluções.

O Poder Judiciário quando emite decisões que vão de

encontro à Constituição Federal, quer violando qualquer um dos seus postulados, quer descumprindo os seus princípios, quer diretamente obscurecendo as suas regras, está, também, submetido, ao controle da constitucionalidade. Não há nenhum dispositivo na Lei Maior que o isenta desse controle, nem esse privilégio pode ser concebido no círculo formativo de um regime democrático.

O controle de constitucionalidade dos atos administrativos, das leis e das decisões judiciais, por quaisquer meios processuais permitidos pela formatação legal instituída, não infringe o Princípio da Separação dos Poderes. Ele é necessário para fortalecer o Princípio Democrático Representativo, por ser via de garantia da vontade soberana do povo manifestada no texto da Carta Maior, fazendo com que haja integral respeito aos seus ditames. A respeito é a lição de Thomas Cooley:

*“O Poder Judiciário, tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do Poder Legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não poderem conciliar. Nesse caso, como o Poder Legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”.* (COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 142).

Ora, nada mais claro e preciso para o fortalecimento da democracia e do crescimento da confiança nos Poderes, que a prática de seus atos e decisões apresente conformidade com os ditames da Constituição Federal.

Inconcebível, em face dessas idéias hoje vigorantes no Estado Democrático de Direito, a continuidade do pensamento de que a coisa julgada é intangível, mesmo quando constituída em evidente confronto com postulados, princípios e regras da Constituição Federal.

O que todo cidadão espera do Poder Judiciário é a defesa integral da supremacia constitucional. Nunca a sua violação ao emitir decisões judiciais. A atividade judiciária, pela nobreza contida no seu exercício, deve imprimir o máximo de segurança jurídica. Esse patamar só será alcançado se ela configurar de modo explícito a harmonia dos seus efeitos com as linhas mestras materializadas no texto da Constituição Federal.

O intérprete e aplicador do direito não podem deixar de ter como bússola, na prática de suas atividades, quer doutrinárias quer jurisdicionais, a força da Constituição por ela ter origem no Poder do Povo, pelo que nenhum Poder está acima dela.

Em conseqüência, em um Estado Democrático de Direito não há realização plena dos ideais por ele concebido quando o Poder Judiciário, ao proferir suas decisões judiciais, pretende ficar acima dos limites determinados pela Carta Magna do País.

A missão dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, especialmente deste, é fazer prevalecer a força da Constituição. Esta, sozinha, por si, nenhum efeito produz. A eficácia e efetividade dos seus postulados, dos seus princípios e das suas regras dependem da atuação de todos os Poderes, com destaque, do Poder Judiciário.

Em assim sendo, não é concebível, sob o simples argumento da intangibilidade da coisa julgada, aceitar-se descumprimento da Constituição Federal.

Em conclusão, afirmamos juntamente com outros autores, que nenhum órgão do Estado, situe-se ele no Poder Judiciário, ou no Poder Executivo, ou no Poder Legislativo, está imune, sob qualquer pretexto, à força da Constituição.

Passamos a demonstrar, com esforço de objetividade, conclusões de doutrinadores sobre o assunto. A nossa intenção é a de incentivar, do modo mais profundo e científico possível, o debate, a fim de que a Ciência do Direito solidifique as suas teorias sobre a coisa julgada inconstitucional, atentatória aos desígnios da natureza, afrontosa à moralidade privada e pública, injusta em seus efeitos.

Insistimos nesse campo de desenvolvimento de reflexões sobre o assunto pelo temor de que os equívocos do passado no fixar a imutabilidade da coisa julgada com as características acima apontadas tornem-se verdade, gerando insegurança nas relações jurídicas e descrença na força da Constituição de um Estado Democrático de Direito.

Entre os inúmeros estudiosos do assunto em questão, destacamos as conclusões e pensamentos de:

6.1 – Carlos Valder do Nascimento, em sua obra *“Por Uma Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional”*, Editora Lumen Júris, 2005, para chegar as conclusões que serão anunciadas, examinou, com intensidade, de modo prioritário, os assuntos seguintes:

- a) *“Considerações Propedêuticas Acerca da Coisa Julgada Inconstitucional”*.
- b) *“Coisa julgada inconstitucional”*.
- c) *“Insubstancialidade da Coisa Julgada”*.
- d) *“Panorama Pós-moderno da Legitimação Normativa: Valor Justiça e Controle dos Atos Públicos”*.
- e) *“Escola Clássica do Positivismo Jurídico”*.
- f) *“Crise da Teoria Constitucional e a*

- Contribuição de John Rawls e Jürgen Habermas*".
- g) *"O Direito na Ótica do Pós-Positivismo"*.
  - h) *"Pressupostos Constitucionais e Processual da Coisa Julgada"*.
  - i) *"A Função Jurisdicional, e Inconstitucionalidade dos Atos Públicos"*.
  - j) *"A Decisão Judicial e Seus Fundamentos no Plano da Validade"*.
  - k) *"Contribuições ao Estudo da Coisa Julgada Inconstitucional: Estudos Doutrinários"*.
  - l) *"Dogmatismo da Não Relativização e da Eficácia da Coisa Julgada Inconstitucional: Um Contraponto."*
  - m) *"Segurança Jurídica, Justiça da Sentença e Sentença Inconstitucional"*.
  - n) *"Hermenêutica Constitucional: Ponderação de Interesses, os Princípios da Razoabilidade, da Proporcionalidade e o Fenômeno Jurídico"*.
  - o) *"Instrumentos Processuais de Controle da Decisão Inconstitucional"*.

Carlos Valder do Nascimento, ob. cit., fls. 188, com base no que expôs, seguindo o esquema acima apontado, conclui o que passamos a registrar, com destaque, apenas, a alguns pontos centrais do que doutrina:

- a) *"Pode-se colher da ordem jurídica os elementos imprescindíveis à análise do controle das atividades típicas dos Poderes do Estado: administrativas, legislativas e judiciárias, todas sujeitas ao controle da sociedade"*.
- b) *"As regras atinentes à coisa julgada são regras no plano da legislação ordinária que, inclusive, por expressa previsão constitucional, não podem contrariar ou promover modificações no referido instituto que tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas, nos termos do Código de Processo Civil"*.
- c) *"Não existe nenhum choque entre o princípio da segurança jurídica e a aplicação de outros princípios que estão acima daquele, sendo presente que o caráter absoluto atribuído à coisa julgada não resiste aos primados da moralidade e da legalidade"*.
- d) *"O princípio da segurança jurídica deve ceder diante de princípios fundantes do ordenamento constitucional, quando se sabe que o*

**processo não realiza o direito de modo perfeito, em toda a sua plenitude”.**

**e) “Há de prevalecer em qualquer situação à supremacia da Constituição, afastando resistências conservadoras, aferradas ao legalismo comprometedor da justa aplicação do direito”.**

**f) “Nas sentenças nulas, os vícios inerentes ao conteúdo de inconstitucionalidade por eles veiculados podem ser atacados, sem necessidade de observância de tempo ou de procedimento específico, já que decretam a inexigibilidade do título executivo sentencial, por força do parágrafo único do art. 741, do Código de Processo Civil, acrescentado com a redação dada pelo art. 10, da Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001”.**

**g) “Mesmo que não houvesse a recente regra introduzida no Código de Processo Civil expressa em seu art. 741, parágrafo único, nada impediria que, por ocasião dos embargos, o juiz examinasse a questão da inconstitucionalidade da sentença considerada nula, independentemente de qualquer pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal, nos aspectos difuso ou concentrado”.**

**h) “Se há ressalvas no que pertine à autoridade da coisa julgada, tanto no âmbito criminal quanto civil, que autorizam a revisão criminal e a rescisão da sentença, lícito é admitir que a coisa julgada inconstitucional pode ser objeto de ação declaratória em busca de sua desconstituição, por não se compatibilizar com o ordenamento constitucional positivo”.**

**i) “A res judicata tem força de lei entre as partes, de maneira que não pode ser modificada por lei ordinária, cuja sentença enfrentou o mérito, assim transitando em julgado”.**

**j) “A tese da relativização da coisa julgada ganha corpo, captando a simpatia dos juristas europeus e brasileiros, a partir da percepção de que não se pode acolher um entendimento que não seja consentâneo com a realidade dos fatos. Daí, ser intolerável que a decisão jurisdicional, de carga lesiva, não possa ser revertida, mesmo em situação extraordinária, a pretexto do seu caráter de absolutividade”.**

**h) “Não resta dúvida a respeito da**

*subsistência da denominada querela nullitatis no direito brasileiro, de natureza autônoma, que busca a impugnação da sentença inquinada de nulidade, independentemente de manejo do procedimento recursal, como bem lembrado linhas antes por José Cretella Neto. Pode ser acionada contra vícios insanáveis que se sobreponham à formação da coisa julgada, nem se resolvem com a preclusão temporal”.*

*i) “A argüição de inexigibilidade do título sentencial pode ser processada em sede exceção de pré-executividade, mesmo que a decisão já tenha sido transitada em julgado. Havendo petição de nulidade relativa aos requisitos da execução, seu processamento, independentemente de formalidade, deve verificar-se em qualquer grau de jurisdição. Tem natureza suspensiva já que afeta o processo de execução”.*

**6.2 – O Professor Ivo Dantas (Doutor em Direito Constitucional, Livre Docente em Direito Constitucional, Livre Docente em Teoria do Estado), no artigo “Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência”, publicado na Revista Fórum Administrativo, maio de 2002, pgs. 588 e seguintes, após dedicada e aprofundada análise sobre o tema, afirma, no final, o que passamos a citar:**

*“Diante deste raciocínio, podemos chegar às seguintes conclusões, a partir das quais novos aspectos poderiam ser analisados, desde que aceite a trilogia da Tese, Antítese e Síntese. São elas:*

*a) se a inconstitucionalidade significa inexistência da lei e/ou ato, não se poderá falar em Coisa Julgada por encontrar-se esta fundamentada em algo que não existe. A expressão Coisa Julgada Inconstitucional, neste caso, a rigor, seria utilizada mesmo reconhecendo-se a contradição intrínseca que representa. Teria, possivelmente, um sentido mais retórico, que científico;*

*b) sendo a Coisa Julgada calcada em norma inconstitucional, não se há de falar em relativização ou flexibilização da Coisa Julgada Inconstitucional, razão pelo qual, os meios processuais utilizáveis para a sua impugnação apenas irão reconhecer, através de novo pronunciamento, que a decisão rescindenda, juridicamente, nunca existiu, por estar calcada em*

**Inconstitucionalidade. Na prática, contudo, sem a rescisão, e como foi dito com base em Pontes de Miranda, 'a eficácia da sentença rescindível é completa, como se não fosse rescindível';**

**c) como a Arguição de Inconstitucionalidade poderá ser feita a qualquer tempo, em qualquer instância ou Tribunal, neste caso não se aplicaria o elemento tempo, ou seja, não se há de falar em Decadência, Preclusão e/ou ainda Prescrição;**

**d) se, por qualquer motivo, a Ação Rescisória for apontada como ilegítima em razão do tempo, a saída seria o uso do Mandado de Segurança ou da Ação Declaratória de Nulidade Absoluta da Sentença, em razão da inconstitucionalidade em que se encontra fundamentada. Vale lembrar que esta última hipótese já foi aceita pelo STF no Recurso Extraordinário n. 97.589, de 17.11.1881, Rel. Min. Moreira Alves (v. u., DJU, 3.6.1983), dentro do prazo da Ação Rescisória;**

**e) não se há de falar neste caso (e a repetição é didaticamente necessária) em atentado à segurança jurídica, vez que esta não se poderá assentar no nada, no inexistente;**

**f) dizendo de forma objetiva: lei ou ato eivados de inconstitucionalidade, não geram direitos nem deveres, pelo que o ato judicial inconstitucional não faz coisa julgada, da mesma forma que não faz o ato jurídico perfeito ou direito adquirido”.**

**6.3 – O Professor e Juiz Federal Francisco Barros Dias, em trabalho de sua autoria intitulado “BREVE ANÁLISE SOBRE A COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL”, defende que:**

**a) “é imprescindível uma posição da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, sobre o instituto da coisa julgada, quando violadora da Constituição, em face da perplexidade que provoca a diversidade de julgados contraditórios, especialmente quando há, entre eles, um que afronta a Constituição”;**

**b) “da forma como a jurisprudência vem tratando a ação rescisória, tal remédio jurídico não é suficiente para corrigir uma decisão tida como inconstitucional, depois do trânsito em julgado”;**

**c) “o nosso sistema jurídico está embasado em diversos princípios que dão**

sustentação ao ordenamento, como os da hierarquia das normas, o democrático, os da legalidade, isonomia e separação de Poderes, os quais deverão ser observados pelo julgador ao aplicar a norma”;

d) “a sentença que afronta um princípio constitucional, deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente”;

e) “há de ser entendida como de perplexidade, a situação de um jurisdicionado que vai ao Judiciário e se depara com uma decisão contrária à Constituição e não tem como remediar esse erro, o que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido em sua real função”;

f) “como forma de se corrigir, o quanto antes, mesmo sem necessidade de reforma da lei ou da Constituição, essa suposta omissão instrumental, seria a jurisprudência aceitar a ação rescisória com fundamento da inconstitucionalidade do julgado e sem prazo de decadência, ou a forma mais prática e eficaz da ação declaratória de inexistência da coisa julgada inconstitucional, a qual não encontraria qualquer óbice em nosso ordenamento jurídico. Ao contrário, com o mesmo se compatibiliza e harmoniza”.

6.4 - José Maria Tesheiner, em sua obra “Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil”, Editora RT, 2001, pp. 237 e 238, merece ser destacado, na parte, em que comenta os limites da proteção constitucional da coisa julgada. Escreveu que:

a) “A Constituição estabelece que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Em essência, o que aí se veda é a lei retroativa, isto é, lei posterior para reger fatos passados. A revisão da sentença, por fato superveniente, em relação jurídica continuativa não ofende a Constituição”.

b) “Também não ofende a Constituição a ação rescisória, pois não há retroatividade quando se rescinde a sentença, proferindo-se novo julgamento, com base na mesma legislação existente no tempo da rescisão rescindida. Nem se precisa lançar mão do argumento de que a própria Constituição contém



*referência à ação rescisória”.*

*c) “A ação rescisória poderia ser perpétua, sem com isso violar-se a Constituição. Se entendesse essencial a existência de prazo, estar-se-ia a interpretar a Constituição como se ela apenas protegesse a chamada coisa soberanamente julgada, isto é, as sentenças de mérito que não apenas transitaram em julgado como se tornaram irrevocáveis pelo decurso do tempo. Mas a proteção constitucional a coisa julgada é mais ampla. Não se limita a proteger as sentenças irrevocáveis, mas toda e qualquer sentença que haja produzido coisa julgada material”.*

**6. 5 – Eduardo Talamini, escrevendo sobre “Coisa Julgada e Sua Revisão”, obra publicada pela Editora Revista dos Tribunais, 2005, dedica todo um capítulo ao exame das sentenças inexistentes e ineficazes. Defende o autor que o reconhecimento da sentença inexistente pode ser buscado pela “actio nullitatis”. São seus os registros seguintes:**

*“A actio nullitatis destina-se à constatação da inexistência da sentença. É exercitável ‘a qualquer tempo’, pois, sendo precipuamente declaratória, não está sujeita a prazos de prescrição ou decadência. Estão legitimados a formulá-la tanto o vencido quanto o vencedor, cujo interesse pode residir na eliminação da incerteza criada pela aparência de sentença. É de competência do juiz de primeiro grau (rectius: do juiz com competência originária para a causa objeto da sentença inexistente)”.*

**O mencionado autor, no capítulo onde analisa “as sentenças inexistentes e ineficazes (em confronto com as sentenças nulas e injustas)”, tece “críticas à noção de inexistência jurídica como categoria autônoma e relevante”, analisa as “razões para aceitação da categoria” e a sua “eficácia e ineficácia”. A seguir, aborda, de modo sistemático, os assuntos seguintes:**

- a) “sentenças justas e injustas”;**
- b) “as razões da especial relevância da inexistência jurídica no processo civil”;**
- c) “sentenças inexistentes: configuração lógico-jurídica, importância prática e tutela constitucional”;**
- d) “sentença sem dispositivo”;**
- e) “ato proferido em procedimento em que falta pressuposto de existência processual”;**
- f) “regime jurídico de averiguação da sentença**

*juridicamente inexistente”;*

*g) “sentenças inexistentes e relativização da coisa julgada”.*

Eduardo Talamine, ob. citada, arremata o capítulo acima mencionado, afirmando:

*“Considerando-se o panorama aqui exposto, evidencia-se que há muitos defeitos de forma e conteúdo que, apesar de gravíssimos, não implicam a inexistência da sentença. Em tais casos, não será aplicável o regime delineado nos itens anteriores. Vale dizer: tratando-se de sentença de cognição exauriente ‘de mérito’, estará presente a autoridade da coisa julgada material, a qual em princípio apenas poderia ser derrubada mediante a ação rescisória (observados seus rigorosos pressupostos de cabimento e prazo de propositura) ou algum outro instrumento típico (ex. art. 741, par. Ún.). É nesse terreno – alheio às sentenças inexistentes – que se põe o problema da ‘relativização da coisa julgada1”.*

*Em certo sentido, os doutrinadores que sustentam um rol significativamente mais amplo de sentenças inexistentes (atribuindo tal condição a situações que a rigor se enquadram no núcleo conceitual mínimo desse tipo de ato) desenvolvem, por esse caminho, uma teoria de ‘relativização da coisa julgada’. Ou, em outra perspectiva: mediante a própria negação de que haja a coisa julgada, tais doutrinadores eliminam o problema da quebra da coisa julgada”.*

Eduardo Talimini, ob. cit., pp. 402 e 403, apresenta, a seguir, as suas conclusões sobre a análise minuciosa que faz sobre a doutrina da relativização da coisa julgada. Ei-las:

*a) “Confirma-se a necessidade, já antes destacada, de definir o exato sentido e alcance dos conceitos e categorias pertinentes ao tema (coisa julgada e seus limites, existência jurídica e nulidade da sentença, etc.). ..... Portanto, convém descartar soluções que, diante de situações em que rigorosamente há coisa julgada mas não parece razoável mantê-la, em vez de enfrentar a questão da quebra da coisa julgada, optam pela ampliação ou adaptação de outros conceitos, mediante formulações destinadas a sustentar que não haveria coisa julgada”.*

*b) “É indispensável que o exame do*

tema se faça à luz da Constituição”.

c) “No entanto, não é possível a adoção de critérios meramente ‘estruturais’. O problema da sentença inconstitucional não tem como ser reduzido a uma simples questão de compatibilidade hierárquica, nos moldes usualmente adotados para a lei e o ato administrativo”.

d) “É necessária a consideração dos valores constitucionais envolvidos. Mas é também preciso identificar critérios para tanto. A proporcionalidade não é um fundamento adicional, um argumento de reforço, em favor da relativização da coisa julgada. Antes, é o único caminho para o legítimo exame da questão”.

e) “Por outro lado, cumpre também investigar se o balanceamento dos valores fundamentais para a ‘relativização’ da coisa julgada é tarefa exclusiva do legislador ou também atribuída ao órgão jurisdicional”.

f) “Sendo também tarefa do julgador, tão importante quanto definir a possibilidade de quebra da coisa julgada é a identificação do instrumento processual pelo qual isso deve ser feito”.

6.6 – Genaro R. Carrió e Alejandro D. Carrió, doutrinadores argentinos, escreveram em 1983, a obra intitulada “*El Recurso Extraordinario por Sentencia arbitraria – En La Jurisprudencia de la Corte Suprema*”, terceira edição atualizada, editada por Abeledo Perrot – Buenos Aires, Argentina, em dois volumes.

Da doutrinação exposta pelos autores acima enfocados, destacamos algumas afirmações, no intuito de bem demonstrar a necessidade de ser quebrado, com base em teorias científicas, o mito do absolutismo da sentença transitada em julgado, quando diretamente oposta aos postulados, princípios e regras constitucionais, ou, na afirmação contida na obra citada “sentença arbitrária”.

Eis os trechos que apresentamos para meditação do leitor:

a) “En el Capítulo II tratamos de distinguir entre el ‘ámbito de aplicación excepcional’ de él. Este último gira en torno de la noción de sentencia arbitraria. En ese mismo capítulo procuramos dar un cierto encuadre normativo al recurso extraordinario por sentencia arbitraria. Esto es, al remedio federal de la ley 48 art. 14, cuando opera en su ámbito de aplicación excepcional. El encuadre normativo más plausible,

**según la formulación de la Corte, es la garantía de la defensa en juicio (debido proceso legal adjetivo). Una sentencia arbitraria no satisface los requisitos del debido proceso adjetivo porque no es en verdad una sentencia en los términos de la Constitución. Esto nos permitió ver (capítulo III) que lo que realmente hace la Corte cuando utiliza como herramienta la noción de sentencia arbitraia y, valendose de ella, opera con el recurso extraordinario dentro del ámbito excepcional de éste, es descalificar pronunciamientos o decisiones que vienen rotulados como sentencias. Los descalifica en cuanto tales porque, a juicio de la Corte, no llegan a ser sentencias en términos que satisfagan los reclamos de la Constitución Nacional” (pp. 315/315, ob. cit., vol. 1 ).”**

**b) “Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:**

**(I) omiten considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas; ou (2) resuenvén cuestiones no planteadas.**

**(II) A los Fundamentos de la decisión, y dentro de ellos.”**

**c) Al establecimiento del fundamento normativo. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que: (3) fueron dictadas por jueces que, al dictar-las, se arrogaron en papel de legisladores y no se sintieron limitados por el orden jurídico; o (4) prescinden del texto legal sin dar razón plausible alguna; o (5) aplican preceptos derogados ou aún no vigentes; o (6) dan como fundamento pautas de excesiva amplitud, en substitución de normas positivas directamente aplicables.**

**d) Al establecimiento del fundamento no normativo (o de hecho). Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que:**

**(7) prescinden de prueba decisiva; o (8) invocan prueba inexistente; o (9) contradicen abiertamente otras constancias de los autos.**

**e) Al establecimiento del fundamento normativo, del fundamento de hecho, o al tránsito de ellos a la conclusión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que: (10) hacen afirmaciones dogmáticas que sólo constituyen un fundamento aparente; o (11) incurren**

em excessos formalistas o rituales; o (12) son autocontradictorias.

f) A los efectos de la decisión. Así, hay sentencias que han sido descalificadas por arbitrarias en razón de que: (13) pretenden dejar sin efecto decisiones anteriores firmes” (pp. 58 e 59, do Vol. I, ob. cit)”.

6.7 – Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, na magnífica obra denominada “O Dogma da Coisa Julgada – Hipóteses de Relativização”, publicada pela Editora Revista dos Tribunais, 2003, analisam o tema desdobrando-o nos capítulos seguintes:

“Sobre a Coisa Julgada”.

“Sobre as Sentenças que não Transitam em Julgado”.

“Sobre os Pronunciamentos Judiciais que, em Virtude de sua Natureza, Não Transitam em Julgado”.

“Uma Interpretação mais Abrangente das Hipóteses de Cabimento da Ação Rescisória”.

“Sobre o Termo Inicial da Contagem do Prazo para Ação Rescisória”.

“Mecanismos Processuais de Supressão ou Correção das Decisões Judiciais Inexistentes ou Nulas, Transitadas em Julgado”.

A obra referida mereceu prefácio de Humberto Theodoro Júnior. Este eminente professor e doutrinador, no mencionado pronunciamento, enfatiza o que entendemos ser necessário destacar:

“Em passado recente a intangibilidade da coisa julgada se revestia de uma mística auréola de santidade, como, entre muitos, registrava José Luiz Vazquez Sotelo. Escassos, por isso, eram, aqui e alhures, ensaios que se voltavam, por exemplo, para o problema da desconformidade de uma sentença transitada em julgado e a Constituição. E o que prevalecia, mesmo no transcendente domínio da ordem constitucional, era o critério de somente contemporizar com o rompimento da res iudicata nos acanhados limites da ação rescisória. Dessa maneira, até mesmo às ofensas à Lei Maior, quando cometidas pela sentença contra a qual não se pudesse manejar a rescisória, tornar-se-iam perene e irrecorríveis, mercê da intransponibilidade da barreira criada pela coisa julgada.

Ergueram-se, no entanto, vozes de inconformismo no seio da doutrina constitucional contra esse exagero de ‘santificação de um fenômeno que haveria de

**conduzir a sentença a um nível de autoridade superior ao da própria Constituição. Carlos Vadler do Nascimento, por exemplo, escreveu sobre o tema e coordenou uma coletânea de estudos recentes sobre a 'coisa julgada inconstitucional', onde se penetrou não só no direito pátrio, mas também em obras especializadas do direito constitucional europeu.**

**A tese que vem ganhando corpo é a de que o fenômeno da inconstitucionalidade se reduz a uma relação de validade: se o ato de poder – qualquer que seja ele – é conforme à Constituição, vale; se não o é, não vale. É pelo mecanismo da nulidade, portanto, que se resolve o problema do ato inconciliável com a ordem constitucional”.**

**Destacamos, ainda, o que Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina afirmam na apresentação da obra:**

**“Trata-se, isto sim, de uma certa desmistificação da coisa julgada. Ao que parece o instituto da coisa julgada, tal qual vinha sendo concebido pela doutrina tradicional, já não corresponde mais às expectativas da sociedade, pois a segurança que, indubitavelmente, é o valor que está por detrás da construção do conceito da coisa julgadas, já não mais se consubstancia em valor que deva ser preservado a todos os custos, à luz da mentalidade que vem prevalecendo”.**

**Os autores referidos analisam, pp. 39 e segs. da obra citada, o fenômeno da “Coisa julgada e violação à Constituição Federal”.**

**Afirmam a respeito:**

**“Em princípio nos parece que, em linhas gerais, o regime jurídico a que se submete a sentença que ofende a Constituição Federal é o da rescindibilidade, idêntico àquele ao qual se submete a sentença que ofende a lei (art. 485, inc. V, do CPC).**

**Pensamos também, conforme constou do item 2.1, que as sentenças que são inconstitucionais porque acolhem pedidos inconstitucionais, são sentenças (estas sim!) que não transitam em julgado por que foram proferidas em processos instaurados por meio de mero exercício de direito de petição e não de direito de ação já que não havia possibilidade jurídica do pedido”.**

**A seguir, os mencionados autores examinam**

**“a sentença proferida com base em**

*lei e posterior ação declaratória de inconstitucionalidade julgado procedente”, a “sentença baseada na não-incidência de determinada norma, porque considerada inconstitucional incidenter tantum, e sentença, posterior, de procedência de ação declaratória de constitucionalidade” e os “embargos à execução com base na inconstitucionalidade da lei em que se baseia a sentença exeqüenda”.*

Ressaltamos, ainda, da referida obra o trecho, pp. 237 e 238, onde está afirmado:

*“É impossível fechar-se os olhos à realidade de que o Código de Processo Civil hoje não pode mais ser pressuposto como algo que se assemelhe a um sistema, no sentido mais rigoroso da expressão. Trata-se de lei que vem passando por um profundo processo de reforma e cujas feições definitivas ainda não se completaram, até porque não houve tempo para que a doutrina e a jurisprudência amadurecessem certos aspectos das novidades e problemas por estas criados.*

*Portanto, as zonas de penumbra são incontáveis e tendem a multiplicar-se na exata proporção da quantidade e da velocidade das alterações que se vão introduzindo no texto da lei.*

*Em face desse quadro pensamos que pode ser absolutamente desastrosa a insistência em manter o raciocínio orientado exclusivamente pelo método clássico de pensar.*

*Um dos autores deste ensaio fez minucioso estudo, com vivo entusiasmo e interesse, e o correlato empenho em classificar os vícios de que podem padecer o processo e a decisão neste proferida.*

*Uma das conclusões a que chegou foi a de que há um grupo de sentenças que seriam juridicamente inexistentes, ou porque padecem de um grave defeito intrínseco, que as desfigura como sentença, que compromete sua natureza de ato sentencial (com p. ex., a falta de decisum) ou porque teriam herdado certos vícios do processo em que foram prolatadas (como, p. ex., a ausência de citação do réu ou de um dos réus, caso de litisconsórcio necessário).*

*Na esteira do que entende a doutrina mais qualificada e felizmente boa parte da jurisprudência, estas sentenças não têm aptidão para transitar em*

*julgado e, portanto, não devem ser objeto de ação rescisória, já que não está presente o primeiro dos pressupostos de cabimento daquela ação: sentença de mérito transitada em julgado. Em nosso entender, pode-se pretender, em juízo, a declaração no sentido de que aquele ato se consubstancia em sentença juridicamente inexistente por meio de ação de rito ordinário, cuja propositura não se sujeita a limitação temporal”.*

#### **7.0 - CONCLUSÕES MAIS RECENTES APRESENTADAS POR DOUTRINADORES QUE TÊM ESTUDADO A COISA JULGADA EM SUA VISÃO NO SÉCULO XXI.**

Continuamos a apresentar as manifestações de autores contemporâneos sobre a coisa julgada inconstitucional e a decorrente de sentenças arbitrárias, inexistentes ou nulas, seguindo a linha de pensamento até aqui exposta.

Com o intuito de que os registros alcancem o maior número possível de doutrinadores, limitamo-nos, apenas, a mencionar as suas conclusões:

-> Flávia Sapucahy, Advogada e Pós--graduanda em Direito Processual Civil pela ESA, São Sebastião – SP, em artigo publicado na Internet, [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551), sob o título *Relativização da Coisa Julgada*, após exposição das suas idéias, apresenta as conclusões a seguir registradas:

*“As nulidades se perpetuam na sentença com o advento da coisa julgada em seu bojo. No entanto, existem nulidades tão graves que não podem ser admitidas pelo ordenamento jurídico, não podem ser sanadas quanto menos perpetrada no mundo dos fatos. A qualquer tempo devem ser alegadas. Impugnar-se-á decisão incompatível com a Constituição Federal. Este é o pensamento principal do concluído em nosso estudo. Tem-se como linha mestra de raciocínio que devem ser seguidas a risca as regras constitucionais, sempre em busca da verdade real, do direito justo sobre as formas processuais e preclusões.*

*Extrai-se, deste pensamento, que a sociedade atual exige um regramento no sentido de alterar o dogma da coisa julgada, e ampliá-lo, excepcionalmente, em casos específicos cuidadosamente analisados pelo magistrado evitando o uso dos Recursos Extraordinário e*



*especial. Devendo haver tolerância e compreensão do magistrado de primeiro grau no sentido de examinar a ação de querela nullitatis, em ações de sua competência. Para que haja apenas uma decisão sobre o assunto, e não intermináveis recursos, pois a mentalidade dos Tribunais tem sido, acertadamente, no sentido da excepcional relativização da coisa julgada.*

*O que se propõe é a mudança de mentalidade, é que a comunidade jurídica abra seu leque de possibilidades e faça valer os direitos inerentes aos cidadãos. Propõe-se resolver o problema, muitas vezes criado pela própria administração pública em prejuízo da sociedade. É um antídoto contra injustiças, contra ingerências, e a favor da família como entidade familiar e relativo ao estado de pessoas. É o zap, guardado na manga que deve ser utilizado apenas em casos de extrema necessidade, e o Estado, através da jurisdição, deve sucumbir a ele.*

*Contudo, se a nulidade for argüida no momento oportuno, nada teríamos que discutir acerca da relativização da coisa julgada. Se o Poder Judiciário trabalhasse de tal forma que as nulidades não ocorressem, seria o ideal. Se os advogados e o ministério público atentassem corretamente aos vícios processuais, o processo seria incólume. Se as partes não jogassem “sujo”, nada disso aconteceria. Mas são só utopias. E infelizmente, como são só utopias, teremos que conviver com todos estes problemas jurídicos por muitos e muitos anos”.*

-> Fausto FRANÇA JÚNIOR, em artigo denominado “A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF”, publicado via Internet “Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 3, nº 113. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>> Acesso em: 8/mai/2006”, ao defender a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental para atacar coisa julgada inconstitucional, firma as conclusões a seguir anunciadas:

*“Restaria apenas afastar um argumento que certamente se apresentará contra a tese aqui defendida do cabimento da ADPF como meio de controle de coisa julgada inconstitucional violadora de preceito fundamental, qual seja, o de que tal uso configuraria violação ao princípio da segurança jurídica decorrente da coisa julgada e do papel de pacificação social que a mesma em tese exerce.*

**Na verdade, a problemática não seria contra a tese do presente trabalho, mas sim contra a própria tese da coisa julgada inconstitucional, porque a alegação pura e simples de segurança jurídica acima de qualquer outro valor acabaria por inviabilizar a tese da invalidade da coisa julgada formada com vício de constitucionalidade.**

**O fato é que a coisa julgada formada em contrariedade à Carta Política não cumpre sua função. Não gera pacificação social porque a pecha da inconstitucionalidade lhe atinge em ponto fundamental, gerando muitas vezes sim revolta e desprestígio ao Poder Judiciário.**

.....

**Data vênua, o valor segurança jurídica e a conseqüente força de encerrar o litígio, não pode servir de pretexto para eternizarem-se injustiças e ferir-se o princípio da isonomia, entre outros.**

**Mais uma vez, valemo-nos do magistério dos mestres que primeiro enfrentaram a problemática da coisa julgada inconstitucional e refutaram a invocação da segurança jurídica, entre eles, destacam-se os argumentos de JOSÉ AUGUSTO DELGADO(24) , quando leciona que ""a injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto este é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual.""**

**Calha o registro, todavia, mais uma vez, de que não se quer aqui defender o uso indiscriminado de ADPF's contra sentenças transitadas me julgado, como se fora a argüição uma última tentativa de modificação do acórdão, um recurso a mais. Não.**

**É preciso ficar claro que a coisa julgada com o vício da inconstitucionalidade não é a regra, muito pelo contrário, são situações pontuais.**

**Esse caráter extraordinário da desconstituição de coisa julgada marcada pela inconstitucionalidade é**

**citado por doutrinadores como CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO , com o qual encerramos o nosso trabalho**

**"Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças flagrantes, fraudes e infrações à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral."**

**Enfim, ao nosso juízo, mostra-se plenamente compatível como objeto e com os fins do §1.º do art. 102 da CF a utilização da arguição de preceito fundamental como meio para desconstituição de coisa julgada violadora de preceito fundamental".**

**-> Está. Ainda, publicado na Internet trabalho jurídico no site [www.pge.ac.gov.br/biblioteca/revista/revista3/CoisaJulgada.pdf](http://www.pge.ac.gov.br/biblioteca/revista/revista3/CoisaJulgada.pdf), sem autor registrado, que apresenta as seguintes conclusões sobre a coisa julgada inconstitucional:**

**"É imprescindível uma posição da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, sobre o instituto da coisa julgada, quando violadora da Constituição, em face da perplexidade que provoca a diversidade de julgados contraditórios, especialmente quando há, entre eles, um que afronta a Constituição.**

**Da forma como a jurisprudência vem tratando a ação rescisória, tal remédio jurídico não é suficiente para corrigir uma decisão tida como inconstitucional, depois do trânsito em julgado.**

**O nosso sistema jurídico está embasado em diversos princípios que dão sustentação ao ordenamento, como os da hierarquia das normas, o democrático, os da legalidade, isonomia e separação de Poderes, os quais deverão ser observados pelo julgador ao aplicar a norma.**

**Destarte, a sentença que afronta um princípio constitucional, deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente.**

**Há de ser entendida como de perplexidade, a situação de um jurisdicionado que vai ao Judiciário e se depara com uma decisão contrária à Constituição e não tem como remediar esse erro, o**

que leva o órgão estatal a sofrer pesadas críticas e ser, logicamente, incompreendido em sua real função.

---

Diante do panorama aqui descrito, há necessidade de uma tomada de posição, quer no campo jurisprudencial, quer no campo legal.

A visão que se deve ter da coisa julgada inconstitucional deve ser outra. Jamais se poderá dispensar o mesmo tratamento a um caso julgado que se coaduna com a Constituição, com a outra coisa julgada que afronta a Carta Magna.

Não se pode alegar a inexistência do instrumento no ordenamento jurídico e põe-se fim a qualquer argumento que diga respeito à necessidade da criação de um meio jurídico indispensável ao atendimento da discrepância aqui apontada.

Conclui-se, portanto, que os procedimentos são construídos a partir da combinação das diversas técnicas de cognição, a coisa julgada material possui, como requisitos fundamentais para a sua ocorrência: natureza jurisdicional do provimento, cognição exauriente, análise de mérito e preclusão máxima (coisa julgada formal).

A coisa julgada comum caracteriza-se pela limitação inter partes de seus efeitos, pela inevitabilidade e por ser pro et contra. As demandas coletivas possuem regime de produção da coisa julgada material próprio, sendo pro et contra, secundum eventum probationis, erga omnes e com possibilidade de extensão, in utilibus e secundum eventum litis, pela ampliação ope legis do objeto do processo, dos efeitos da decisão, nas demandas coletivas em ações civis públicas, para as causas individuais.

O regime da coisa julgada material nas demandas de paternidade é o comum, a despeito da existência de exame genético de DNA. É possível, entretanto, a rescisão de julgado, em demanda investigatória ou negatória, que se não tenha valido do exame genético pericial, com fundamento em violação a literal disposição de lei, ou por prova falsa. Não é possível a rescisão com base em documento novo.

**É indispensável, de lege ferenda, que se imponha às demandas investigatórias o regime da coisa julgada secundum eventum probationis, como homenagem ao princípio da adequação.**

**O devido processo legal e a sua instrumentalidade não podem ser vistos em si mesmos.**

**Seria incabível a interpretação do instrumento processual, tão importante na consecução do estado democrático de direito, a fim de aniquilar os anseios por um processo de feição humana, na qual o intérprete, como operador do direito a quem compete uma visão crítica e sistêmica, é constantemente chamado a exercer a sua sensibilidade ao valor do justo, do constitucional e do socialmente legítimo.**

**No dizer de Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra Nova Era do Processo Civil “Os princípios devem conviver harmoniosamente na ordem constitucional e processual na busca de soluções equilibradas.”**

**-> Mei Lin Lopes Wu Bandeira aborda o tema sob o ângulo da “Relativização da coisa julgada pela inconstitucionalidade superveniente”, artigo publicado via Internet, <http://www.acmpce.org.br/revista/ano5/n11/artigos08.php>, acessado em 08.05.2006. As conclusões apresentadas ditam que:**

**“Ex post factum, podemos extrair as seguintes idéias básicas a respeito do tema:□**

**1) A coisa julgada é princípio e não regra constitucional;□**

**2) Como princípio, pode ser relativizada quando em confronto com outro princípio constitucionalmente tutelado de maior ou igual valor no caso concreto apresentado;□**

**3) O conceito constante do art. 467 do CPC corresponde ao de coisa julgada formal;□**

**4) O conceito de coisa julgada material é dado pela doutrina;□**

**5) O legislador infraconstitucional não conta com um “cheque em branco” conferido pelo Poder Constituinte no sentido de definir com ampla e irrestrita liberdade o conteúdo da coisa julgada e, conseqüentemente, dos modos de sua desconstituição sem que seja adequadamente preservado o núcleo constitucional mínimo do instituto;□**

**6) Os relativistas entendem que o**

valor JUSTIÇA deve sempre prevalecer, mesmo em prejuízo do valor segurança; □

7) Parte da doutrina reage a referido entendimento ao argumento de que o mesmo não passa de um falso silogismo e que, aquilo que se pretende ser a exceção inevitavelmente se tornará a regra, tornando ainda mais ineficaz a tutela jurisdicional prestada; □

8) Não há que se admitir ação rescisória fora do prazo legal de 02 anos, ainda que fundada na inconstitucionalidade superveniente do julgado; □

9) A ação rescisória fundada na inconstitucionalidade superveniente do julgado deverá ter como um de seus fundamentos a alegação de inaplicabilidade da Súmula 343 do STF em matéria constitucional

10) Após o prazo da ação rescisória, serão cabíveis embargos à execução (art. 741, parágrafo único, CPC), bem como ação declaratória de ineficácia (não é invalidade!) do título judicial.

Por derradeiro, é possível concluir ainda que a relativização da coisa julgada evidencia uma tendência irreversível de aproximar o direito processual do direito material, numa visível revisitação dos institutos processuais, movimento integrante das chamadas 'ondas renovatórias do direito processual'. □

De lege ferenda, constata-se que o tema merece ser abordado de forma mais científica, objetiva e explícita no ordenamento, urgindo, ademais, seja repensado o art. 485 do CPC de modo a harmonizá-lo com os novos paradigmas processuais, caracterizados, notadamente, pela economia, celeridade e efetividade da tutela jurídica processual jurisdicional a ser prestada pelo Estado-Juiz."

-> Virgínia Prenholatto Pereira, ao escrever sobre "A Flexibilização da Coisa Julgada", artigo publicado na Internet, site <http://www.uva.br/icj/artigos>, acessado em 08.05.2006, analisa a concepção de Paulo Otero e de Cândido Rangel Dinamarca. Afirma:

"A concepção de Paulo Otero.

Este autor português, em sua obra *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, faz distinção entre inexistência e inconstitucionalidade das decisões judiciais, centrando no ponto de vista do

**alargamento do princípio a toda atividade do Poder Público, estabelecendo tipologias dos casos e da espécie, tipificando dentre as situações elencadas as principais modalidades de inconstitucionalidade do caso julgado, dando destaque 'a decisão judicial cujo conteúdo viola direta e imediatamente um preceito ou um princípio inconstitucional. Destacando a possibilidade da impugnação do caso julgado, como se vê:**

**'A idéia da defesa da segurança e certeza da ordem jurídica constitui princípios fundadores de uma solução tendente a limitar ou mesmo excluir a relevância da inconstitucionalidade como factor autónomo de destruição do caso julgado. No entanto, se o princípio da constitucionalidade determina a insusceptibilidade de qualquer acto normativo inconstitucional se consolidar na ordem jurídica, tal facto poderá fundamentar a possibilidade, se não mesmo a exigência, de destruição do caso julgado desconforme com a Constituição.'**

**Mesmo colocando em relevo o princípio da segurança jurídica, sua concepção teórica é no sentido da possibilidade da desconstituição do caso julgado desconforme a Constituição, de sorte a atingir os atos jurisdicionais que 'reúnem um mínimo de identificabilidade das características de uma acto judicial, isto é, que seja praticado por um juiz no exercício de suas funções, obedecendo aos requisitos formais e processuais mínimos'. A regra é, pois o carácter relativo da coisa julgada, não se podendo desfigurar a segurança e a certeza de ordem jurídica que encarna, porém permitindo sua destruição em ação autónoma.**

**A concepção de Cândido Rangel Dinamarco.**

**O ilustre jurista, em seu estudo intitulado 'Relativizar a Coisa Julgada Material' desenvolve uma visão sistemática, utilizando-se de critérios objetivos, ao apontar a prevalência de certos valores garantidos constitucionalmente 'tanto quanto a coisa julgada, os quais devem prevalecer mesmo com algum prejuízo para a segurança das relações jurídicas'. Mencionando no seu estudo, a coisa julgada delinqüente, citando Eduardo Couture, que se preocupava com a repercussão da fraude nas situações jurídicas das pessoas, ainda mais quando os resultados da conduta fraudulenta estivessem**

reforçados pela autoridade da coisa julgada, dizendo 'que a consagração da fraude é o desprestígio máximo e a negação do direito, fonte incessante de descontentamento do povo e burla a lei'. E ainda, 'se fecharmos os caminhos para desconstituição das sentenças passadas em julgado, acabaremos por outorgar uma carta de cidadania e legitimidade à fraude processual e às formas delituosas do processo'.

Traz a luz diversas situações, enfatizando os precedentes jurisprudenciais dos nossos Excelso Tribunais, ressaltando, que se tratavam exclusivamente de casos em que se questionavam indenizações a serem pagas pelo Estado, 'notando-se até uma preocupação unilateral pela integridade dos cofres públicos, mas o tema proposto é muito mais amplo, porque a fragilização da coisa julgada como reação a injustiças, absurdos, fraudes ou transgressão a valores que não comportam transgressão, é susceptível de ocorrer em qualquer área das relações humanas que são trazidas à apreciação do Poder Judiciário. Onde quer que se tenha uma decisão aberrante de valores, princípios, garantias ou normas superiores, ali ter-se-ão efeitos juridicamente impossíveis e portanto não incidirá a autoridade da coisa julgada material - porque, não se concebe imunizar efeitos cuja efetivação agrida a ordem jurídica constitucional'.

Finalmente, o referido autor assegura, baseado na posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que a ação autônoma por este articulada é a mesma proposta por Piero Calamadre, que o instrumento 'adequado contra sentença nula..', aquela que ofende os princípios constitucionais, '...será a ação declaratória negativa de certeza, mediante a qual, sem aportar modificação alguma ao mundo jurídico, far-se-á o caráter negativo que o conteúdo da sentença trouxe consigo desde o momento de sua concepção'".

A autora citada conclui:

"O princípio da imutabilidade da sentença soberanamente julgada deve ser repensado, sob pena de em nome de ele eternizar-se injustiças. O ponto central olvidado por estes doutos juristas é a ofensa à Constituição pelo decisum desconforme às normas e aos princípios expressos na Carta Maior.

A coisa julgada está calcada na segurança,



**estabilidade e certeza jurídicas, quando existe apenas uma infração à norma infraconstitucional, não se podendo dizer daquela que viola diretamente norma constitucional. Os princípios que fundamentam a coisa julgada não são suficientes para mantê-la com caráter de imutabilidade, pois foi a lei maior que restou violada. Se fosse possível conceber esse anacronismo, comprometer-se-ia todo o sistema jurídico.**

**A sentença passada em julgado é relevante e deve ser prestigiada, porém é vulnerável à própria atividade do Poder Judiciário e não guarda, por conseguinte, o caráter de intangibilidade que se lhe quer emprestar. Assim, para que se fale na tutela da intangibilidade da coisa julgada e, por conseguinte, na sua sujeição a um regime excepcional de impugnação, é necessário que se investigue sua adequação à Constituição.**

**Na lição de Paulo Otero, 'o princípio da imodificabilidade do caso julgado foi pensado para decisões judiciais conformes com o Direito ou, quando muito, decisões meramente injustas ou ilegais em relação à legalidade ordinária. A imodificabilidade do caso julgado apenas pode concorrer em pé de igualdade com o princípio da constitucionalidade dos actos jurídico-públicos quando essa imodificabilidade ou insindicabilidade seja consagrada constitucionalmente (...)'.**

**'Em todas as restantes situação, o princípio da imodificabilidade do caso julgado não tem força suficiente para limitar ou condicionar o princípio da constitucionalidade das decisões judiciais'.**

**Há, no campo doutrinário, muitos outros autores estudando as novas configurações jurídicas da coisa julgada inconstitucional ou quando proveniente de sentenças arbitrárias, nulas ou inexistentes. Não obstante o crescimento dessa corrente, há de ser examinado posicionamento insistindo , por aplicação do princípio da segurança jurídica, na defesa da imutabilidade, em qualquer situação, da coisa julgada absoluta, isto é, a que não mais pode ser atacada pela via da ação rescisória.**

**Entre os, ainda, ligados à corrente tradicional, destacamos OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, que, em Coisa Julgada Relativa , artigo publicado na Revista Jurídica 316, fevereiro/ 2004, pp. 7 e segs., afirmou:**

**'Nossa era notabiliza-se por uma ampla e compulsiva destruição do que fora, na véspera, acolhido com entusiasmo Karl Marx: frase célebre: 'a modernidade faz com que tudo o que seja sólido desmanche no ar'.**

**Neste quadro cultural de mudanças, não há surpresa de se verificar que a instituição da coisa julgada, tida como sagrada na primeira modernidade, entre em declínio – é fenômeno que preside o mundo moderno.**

**O dogma da coisa julgada substancial foi exigência primordial para impor segurança jurídica e âncora que possibilitou a construção do mundo industrial.**

**O mundo moderno, contudo, constitui-se a partir da crença na eterna mudança (Immanuel allerstein, in The end of words as we know it), praticada sob o império do racionalismo.**

**Deve se insistir na busca de explicação para a contradição entre a exigência de segurança jurídica e sua respectiva eliminação pela redução do alcance da coisa julgada.**

**É perigoso, na tentativa de relativizar a coisa julgada, a perigosa indeterminação do pressuposto de ter a sentença cometido grave injustiça ou séria injustiça. Esse posicionamento acabaria com a res judicata.**

**Pretender que a coisa julgada seja desconsiderada quando a sentença seja injusta não é, seguramente, um ideal de modernidade.**

**A injustiça da sentença nunca foi e, a meu ver, jamais poderá ser fundamento para afastar o império da coisa julgada.**

**Exigir que a coisa julgada seja eficaz somente quando não se confrontar com algum princípio constitucional ou com princípios normativos de grau inferior é submetê-la a uma premissa impossível de ser observada”.**

**-> Ao afirmado por Ovídio Baptista, apresentamos a doutrinação, em sentido contrário, de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR E JULIANA CORDEIRO DE FARIA. Estes autores, em trabalho sobre o tema, firmaram as conclusões que passamos a registrar:**

**“Em regra, as nulidades dos atos processuais, como bem observa Liebman "podem suprir-se ou sanar-se no decorrer do processo (...) ainda que não supridas ou sanadas, normalmente não podem mais ser argüidas depois que a sentença passou em julgado. A coisa julgada funciona como sanatória geral dos**

vícios do processo” .

Advertem, igualmente, os notáveis processualistas chamados à colação que

*"há, contudo, vícios maiores, vícios essenciais que sobrevivem à coisa julgada", afetando a eficácia de seus efeitos. Assim, contemplando vício grave como verdadeiramente o é a inconstitucionalidade , a res iudicata é "coisa vã, mera aparência e carece de efeitos no mundo jurídico.*

*Nestas hipóteses, dá-se o que a doutrina denomina nulidade ipso iure, 'tal que impede à sentença passar em julgado'. E por isso que 'em todo tempo se pode opor contra ela' .*

*Qualquer que seja o sistema processual contemporâneo e por maior que seja o prestígio que se pretende conferir à coisa julgada, impossível será recusar a possibilidade de superveniência de sentenças substancialmente nulas, mesmo depois de esgotada a viabilidade recursal ordinária e extraordinária. À parte prejudicada pela nulidade absoluta, ipso iure, não poderá a Justiça negar o acesso à respectiva declaração de invalidade do julgado. Destaca, a propósito, Calamandrei :*

*'Lã verdad es que ninguna legislación, ni siquiera las dominadas por el principio germánico de la validez formal de la sentencia, ni tampoco las modernamente inspiradas en la aceleración del término de las litis y en al alacanzar con mayor rapidez la certeza sobre el fallo, pueden sustraerse a las leyes de la razón y de la lógica; y en obediencia a éstas, debe la ciencia admitir, aunque se en la medida más restringida, que aun después de la preclusión de los medios de impugnación, subsistan sentencias afectadas por la nulidad insanable.'*

*É diante dessa inevitável realidade da nulidade ipso iure, que às vezes atinge o ato judicial revestido da autoridade da res iudicata, que não se pode, em tempo algum, deixar de reconhecer a sobrevivência, no direito processual moderno, da antiga querela nullitatis, fora e além das hipóteses de rescisão expressamente contemplados pelo Código de Processo Civil. Para Calamandrei, há sem dúvida uma série de casos que a lei não menciona e que nem mesmo é possível prefixá-los todos num elenco fechado e restrito, nos quais, em verdade, a sentença é inidônea materialmente, 'si direbbe quasi fisicamente, a passare in giudicato'. Diante desse*

*tipo de julgado visceralmente nulo para Calamandrei – ‘il decorso del termine per sperimentare i mezzi di impugnazione non può avere l'effetto di sanare la nullità e di precludere l'esercizio della ordinaria azione dichiarativa della nullità insanabile’.*

*Por força de igual raciocínio, Ovidio A. Baptista da Silva, é levado a concluir que a virtude sanatória dos recursos e da coisa julgada ‘não poderia, por exemplo, tornar uma sentença contendo dispositivo impossível ou incerto, isenta de uma tal nulidade’, de tal modo a tornar-se indispensável o cabimento de uma ulterior ação ordinária de natureza declaratória. E essa nova ação, como é lógico, ‘não estará sujeita a nenhum prazo preclusivo’, e, mesmo que a parte não tenha ventilado o tema no recurso, a omissão não impedirá o exercício da ação de nulidade, em qualquer tempo . Pouco importa, portanto, que o prazo de aforamento da ação rescisória (CPC, art. 495) tenha se exaurido antes de o interessado resolver ingressar em juízo com a argüição de nulidade ipso iure da sentença que, como no caso sub examine, esteja contaminada de insuperável inconstitucionalidade.*

*Com efeito, segundo pacífica orientação em sede doutrinária, ‘a parte prejudicada pela sentença nula ipso iure ou inexistente, para se furtar aos seus devidos efeitos, não precisa usar a via especial da ação rescisória’. Para tanto, poderá:*

*a) opor embargos quando a parte vencedora intentar execução da sentença; ou*

*b) propor qualquer ação comum tendente a reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa, inclusive uma ação declaratória ordinária, como sobrevivência da antiga ‘querela nullitatis’.*

*Muito embora não haja necessidade de se valer da ação rescisória para obter o reconhecimento do vício sério (nulidade) que contamina a decisão judicial, força é lembrar que “não será correto omitir-se o tribunal de apreciar a questão, se a parte lançar mão da ação do art. 485 do Código de Processo Civil. É que as nulidades ipso iure devem ser conhecidas e declaradas independentemente de procedimento especial para esse fim, e podem sê-lo até mesmo incidentalmente em qualquer juízo ou grau de jurisdição, até mesmo de ofício segundo o princípio contido no art. 146 e seu parágrafo único*

do Código Civil.

*Em semelhante conjuntura, a ação rescisória deverá ser conhecida para declarar-lhe a nulidade absoluta e insanável, eis que, na lição de Pontes de Miranda 'é o ensejo que se lhe oferece, segundo os princípios'.*

*Em suma, a respeito da coisa julgada inconstitucional podem ser extraídas as seguintes conclusões:*

**1. O vício da inconstitucionalidade gera a invalidade do ato público, seja legislativo, executivo ou judiciário.**

**2. A coisa julgada não pode servir de empecilho ao reconhecimento da invalidade da sentença proferida em contrariedade à Constituição Federal.**

**3. Em se tratando de sentença nula de pleno direito, o reconhecimento do vício de inconstitucionalidade pode se dar a qualquer tempo e em qualquer procedimento, por ser insanável. O vício toma, assim, o título inexigível, nos exatos termos do parágrafo único do art. 741 do CPC, introduzido pela Medida Provisória n.º 2.18035/2001.**

**4. Não se há de objetar que a dispensa dos prazos decadenciais e prescricionais na espécie poderia comprometer o princípio da segurança das relações jurídicas. Para contornar o inconveniente em questão, nos casos em que se manifeste relevante interesse na preservação da segurança, bastará recorrer-se ao salutar princípio constitucional da razoabilidade e proporcionalidade. Ou seja, o Tribunal, ao declarar a inconstitucionalidade do ato judicial, poderá fazê-lo com eficácia ex nunc, preservando os efeitos já produzidos como, aliás, é comum no direito europeu em relação às declarações de inconstitucionalidade. É o que se acha atualmente previsto, também no direito brasileiro, para a declaração de inconstitucionalidade, seja no processo de 'arguição de descumprimento de preceito fundamental' (Lei n. 9.882/99, art. 11), seja na ação direta de inconstitucionalidade (Lei n. 9.868/99, art. 27)".**

A insistência com que estamos destacando os pronunciamentos doutrinários sobre o tema tem por objeto demonstrar o avanço da concepção, de modo positivo, do reconhecimento de

sentença inconstitucional transitada em julgado e a negatividade dos efeitos produzidos.

Por último, enveredamos as nossas meditações para a análise da convicção de que a desconstituição da sentença inconstitucional transitada em julgado pelos remédios processuais adequados não afeta a segurança jurídica e presta homenagem maior ao princípio da legalidade tributária.

## 8.0 – O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A SENTENÇA INCONSTITUCIONAL.

O princípio da segurança jurídica tem sido motivo de investigação bem acentuada não só pelo fenômeno do grande número de leis que são consideradas inconstitucionais, como, também, pelas imprevisibilidades das decisões judiciais, especialmente, no campo do Direito Tributário.

Temos opinião firmada na defesa da supremacia dos postulados da legalidade e da segurança jurídica nas relações de natureza tributária, conforme fundamentos dispostos em pareceres emitidos e artigos publicados. Uma síntese das razões que desenvolvemos na defesa do princípio da legalidade tributária e da flexibilização da coisa julgada inconstitucional está expressa em trecho de minha autoria que integramos ao presente estudo. Escrevi a respeito:

*A autoridade fiscal, sob pena de responsabilidade administrativa, penal e civil, deve obediência rigorosa aos postulados da legalidade e da segurança jurídica. Em nenhum momento o Estado lhe outorga autorização para violar os referidos postulados, considerados como sendo sobreprincípios, por receberem interpretação que conduz a efetividade e eficácia integrais da carga que possuem.*

*No instante em que o fisco entende de, por vontade própria, exigir o pagamento de tributo cuja lei que determinava a sua cobrança foi declarada inconstitucional, passa a ser legislador por criar ficção expressa em convencimento particular, tudo em afronta aos postulados da legalidade tributária e da segurança jurídica nas relações entre contribuinte e Estado.*

*O postulado da legalidade tributária funciona, em nosso ordenamento jurídico, como um dogma de suprema grandeza, por a tanto lhe prestigiar o art. 150, I, da Constituição Federal, ao proclamar: “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao*

**Distrito Federal e aos Municípios:**

**I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;.....”.**

**A segurança jurídica é outro valor que deverá ser rigorosamente obedecido por todos os agentes públicos, por decorrer de postulados que compõem o Estado Democrático de Direito e encontrar-se expressamente garantido, para todos os cidadãos, em quaisquer relacionamentos que se envolvam, no Preâmbulo da Carta Magna de 1988, ao determinar:**

**“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.**

**O valor segurança vem expresso no preâmbulo acima citado, logo após o valor liberdade, a expressar a potencialidade com que deve ser concebido. No instante em que o fisco, sem qualquer apoio legal, por mera ficção construída, impõe autuação tributária a qualquer contribuinte, ele está atingindo mortalmente o postulado da segurança jurídica, pela instabilidade que provoca na vida da pessoa jurídica ou da pessoa física, conforme o caso.**

**O alcance de um patamar de tal nível, como estamos a demonstrar, no círculo da aplicação do Direito, envolve a valorização que há de ser dada aos postulados e aos princípios em convivência harmoniosa com as regras jurídicas.**

**É sempre conveniente lembrar, como o fez Daniel Sarmiento, com base em lição de Celso Antônio Bandeira de Melo e Karl Larenz, a distinção existente entre Princípios e Regras Jurídicas. O mencionado autor descreveu a referida distinção do modo seguinte:**

**“Conforme a doutrina mais autorizada, as normas jurídicas que compõem o ordenamento positivo podem assumir duas configurações básicas: regras**

*(ou disposições) e princípios.*

*Os princípios, na acepção clássica, constituem os mandamentos nucleares do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam. Revestem-se de um grau de generalidade e de abstração superior ao das regras, sendo, por conseqüência, menor a determinabilidade do seu raio de aplicação. Ademais, os princípios possuem um matiz axiológico mais acentuado do que as regras, desvelando mais nitidamente os valores jurídicos e políticos que condensam.*

*Os postulados e os princípios assumem no ordenamento múltiplas funções: por um lado, operam como alicerces do sistema jurídico, cimentando as suas diferentes partes e fornecendo a pauta de valores nas quais o intérprete deve se basear para solução das questões mais controvertidas (função hermenêutica); por outro, na ausência de regras cuidando da hipótese, os princípios podem também exercer a função de normas de conduta, regulando imediatamente o comportamento dos seus destinatários (função regulativa). Segundo Canotilho, eles também ‘ podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo , por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito.’*

Sobre o princípio da legalidade tributária, temos afirmado que ele é a maior garantia que a Constituição Federal concede ao contribuinte. Em face dele, o tributo só pode ser exigido se todos os elementos formadores da sua obrigação estiverem presentes em um texto legal. A respeito do tema que estamos enfrentando, não há nenhum texto legal permitindo que o tributo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal possa ser cobrado do constituinte, mesmo que exista sentença anterior à decisão da Corte Maior com trânsito em julgado. Esta, supervenientemente, tornou-se inconstitucional, portanto, sem nenhuma eficácia e efetividade para o mundo jurídico. Estamos insistindo nesse ponto por ele ser crucial para o entendimento do que está em exame e em debate.

A doutrina, conforme demonstra Rodrigo Aiache Cordeiro, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP e Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade



Presbiteriana Mackenzie-SP, em trabalho  Inserido na internet em 26/6/2006, acessado em 20.09.2008, no site [www.boletimjuridico.com.br](http://www.boletimjuridico.com.br), conceitua o princípio da legalidade como sendo o:

*“comando geral e abstrato que, aprovado pelo Poder Legislativo, inova o ordenamento jurídico, disciplinando, em nível imediatamente infraconstitucional, relações entre particulares e atividades públicas.”*

A seguir, lembra o mencionado autor, que

*“o conceito acima é relevante em razão de, em nosso ordenamento jurídico, vigorar o Princípio da Legalidade – explicitamente preconizado no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal – cujo conteúdo estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, somente através das espécies normativas elaboradas consoante as regras do processo legislativo constitucional se podem criar obrigações”.*

Afirma, também, que

*“há quem diga – como fazem Celso Bastos e Ives Gandra Martins – que o Princípio da Legalidade tem mais característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei”.*

Reafirma o mesmo autor que

*“ao lado da função de garantia, tal princípio tem, também, a finalidade de combater o poder arbitrário do Estado, eis que ‘com o primado da lei, cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.’”*

Em passo seguinte, invocando o pensamento de José Afonso da Silva, Rodrigo Aiache Cordeiro, no trabalho citado, registra que

*“o princípio da legalidade é nota essencial do Estado Democrático de Direito. É, também, por conseguinte, um princípio basilar do Estado Democrático de Direito [...], porquanto é da essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se ao império da lei, mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca de igualização das condições dos socialmente desiguais. Toda sua atividade fica*

*sujeita à lei, entendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de divisão de poderes em que ela seja o ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição. É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.”*

referido que Concordamos integralmente com o autor já tantas vezes

*“é salutar, ainda, lembrar que, ao lado dos objetivos de garantia do indivíduo e de combate contra arbitrariedades dos administradores, o Princípio da Legalidade vela pela segurança jurídica, tendo em vista que as leis, de modo geral, acabam por sustentar, de forma duradoura, as bases jurídicas em que se assentam as relações sociais.”*

trabalho destacado Não é demais salientar, como faz Rodrigo Cordeiro, no

*“que não se deve confundir o Princípio da Legalidade com o da Reserva Legal, não obstante tal fenômeno ocorra com freqüência entre nossos doutrinadores, eis que ‘o primeiro significa a submissão e o respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador. O segundo consiste em estatuir que a regulamentação de determinadas matérias há de fazer-se necessariamente por lei.’”*

constata que Com precisão, o autor que escolhemos para citar,

*“o Princípio da Legalidade abrangia muito mais casos que o da Reserva Legal, em razão deste último somente incidir em determinados campos estabelecidos pela Constituição, ou, conforme ensina Alexandre de Moraes, ‘se todos os comportamentos humanos estão sujeitos ao Princípio da Legalidade, somente alguns estão submetidos ao da reserva da lei.’”*

no sentido de que Na verdade, correto está o pensamento do autor referido,

*“a Constituição Federal brasileira prevê duas espécies de reserva legal, que são a absoluta e a relativa. Haverá reserva legal absoluta quando a Constituição ordenar a edição de lei formal para a*

**sua regulamentação, devendo tal lei ser entendida como ato elaborado consoante as regras constitucionais de processo legislativo e, também, emanado pelo Poder Legiferante. Já a reserva legal relativa vai estar presente quando a Magna Carta, apesar de exigir edição de lei em sentido formal, permitindo à mesma estabelecer somente parâmetros de atuação do Poder Executivo, podendo este complementá-la por ato infralegal, que, por sua vez, deverá estar adstrito ao preconizado na lei em sentido formal”, pois, como afirma, “em um Estado Democrático de Direito, o Princípio da Legalidade deve sempre se fundar no Princípio da Legitimidade, isto é, não pode ser respeitada tão-somente a exigência de que a atuação estatal seja baseada na lei em sentido formal. O instrumento de atuação do Estado (lei) deve não só ser formal, mas também estar de acordo com os valores basilares do Estado brasileiro, tais como a dignidade da pessoa humana, a busca de uma sociedade justa, livre e igualitária etc. Além da necessidade de existir consonância entre as leis que regulam o Estado e os valores buscados por este, para que haja a verdadeira legitimidade, é imprescindível que tais normas sejam elaboradas pelos legítimos representantes do povo, i.e., as pessoas escolhidas, através do sufrágio universal, para representar o povo e não por quem tenha tomado o poder pela força. Com isso, fica claro que legalidade e legitimidade nem sempre são a mesma coisa, sendo correto afirmar que para de haver identidade entre ambos os termos quando se admitir uma ordem legal, porém injusta. Desta forma, deve-se sempre buscar ‘a recuperação do liame entre legalidade e legitimidade, sob bases diferentes, a partir do abandono da noção puramente formal da legalidade, definindo-a como a realização das condições necessárias para o desenvolvimento da dignidade humana, como quer nossa Constituição (art. 1º, III), pois o princípio da legalidade não exige somente que as regras e as decisões que compõem o sistema sejam formalmente corretas. Ele exige que elas sejam conforme a certos valores, a valores necessários à existência de uma sociedade livre, tarefa exigida expressamente do Estado brasileiro (art. 3º, I).’”**

**Consideramos absolutamente certa a conclusão**

apresentada pelo doutrinador acima identificado na linha de que

*“para a existência de um Estado Democrático de Direito, deve ser respeitado o Princípio da Legalidade, mas não a legalidade meramente formal – de atuação por meio de leis – mas sim a legalidade unida à legitimidade, onde são respeitados todos os valores fundamentais exigidos pelo Estado”.*

Após tais considerações, lembramos, na trilha construída por Rodrigo Aiache Cordeiro, trabalho jurídico já citado, que

*“o artigo 150, inciso I, da Constituição Federal prevê o Princípio da Legalidade, por meio do qual é vedado aos entes políticos instituir ou majorar tributos senão por meio de lei, ou seja, em princípio o Poder Executivo não cria tributos, restringindo-se o mister legiferante, concernente à tributação, ao âmbito do Poder Legislativo.”*

Correto o que afirma o referido autor na linha de que

*“como se pode notar – além do Princípio da Legalidade estabelecido genericamente no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna – em nosso ordenamento jurídico há a estrita legalidade tributária, sendo sobremaneira importante frisar que o verdadeiro conteúdo do Princípio da Legalidade Tributária vai muito além de simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo. O Princípio da Legalidade Tributária deve ser entendido de forma a açambarcar dois prismas distintos: legalidade formal e material. No atinente à legalidade formal, cabe aduzir que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo e, também, ser formulada por órgão legiferante. Quanto à legalidade material, é indispensável que sejam estabelecidos in abstracto todos os aspectos relevantes para que in concreto se possa determinar quem vai pagar, quanto se vai pagar, a quem se vai pagar e por qual razão se vai pagar. Em outras palavras, ‘não basta a exigência de lei, como fonte de produção jurídica específica; requer-se a fixação, nessa mesma fonte, de todos os critérios de decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador’ ou, como diz Luciano Amaro, ‘requer-se que a própria lei defina todos os aspectos pertinentes ao fator gerador; necessários à qualificação do tributo devido em cada situação concreta que venha espelhar a situação hipotética*

*descrita na lei.’ Neste mesmo sentido, é de boa sugestão colacionar os ensinamentos do insigne Aliomar Baleeiro de que ‘... os artigos 150, I e 5º, II, da Constituição vigente, referem-se à legalidade, como princípio necessário à instituição e majoração de tributos, tanto do ponto de vista formal – ato próprio, emanado do poder legislativo – como do ponto de vista material, determinação conceitual específica, dada pela lei aos aspectos substanciais dos tributos, como hipótese material, espacial e temporal, conseqüências obrigacionais, como sujeição passiva e quantificação do dever tributário, alíquotas e base de cálculo, além das sanções pecuniárias, dos deveres acessórios, da suspensão, extinção e exclusão do crédito tributário.’ Deste modo, a legalidade tributária não implica tão-somente na simples preeminência da lei, mas sim na reserva absoluta da lei, isto é, como diz Alberto Xavier, ‘que a lei seja o pressuposto necessário e indispensável de toda atividade administrativa.’ Em razão dessa reserva absoluta da lei é que a obrigação tributária deve necessariamente decorrer da incidência da norma sobre o fato concreto, impedindo, por conseguinte, a atuação da autoridade administrativa com discricionariedade na imposição do tributo. Como já foi dito acima, quando se fala regulamentação legal para tributos, está-se a reclamar lei formal e material, em razão da legalidade tributária não se contentar com a simples existência de comando abstrato, geral e impessoal (lei material). É preciso, para existir segurança jurídica, a legalidade formal, ou seja, há necessidade de que a regra tributária seja – além de abstrata, geral e impessoal – formulada por órgão dotado de função legiferante e, também, de acordo com as regras de processo legislativo”.*

Reconhecemos que nos alongamos mais do que o necessário a respeito do destaque dado ao postulado da legalidade tributária. Adotamos tal técnica para demonstrar o gravíssimo ferimento aos princípios enumerados e comentados que cometeram as autoridades fiscais que lavraram as atuações acima citadas, por, sem qualquer amparo legal, terem atribuído débitos tributários quando eles tornaram-se inexistente pela declaração de inconstitucionalidade com efeitos ex-tunc da legislação que os criou. É gravíssima, gravíssima e gravíssima a conduta da fiscalização. Abusa do seu direito de atuar, havendo possibilidade de se ter como tendo praticado o ato ilícito previsto no art. 187 do NCC:

*“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.*

No referente ao sobreprincípio da segurança jurídica, lembramos que a sua finalidade é de atuar como garantidor da eficácia e da efetividade das estruturas das instituições, impondo tranqüilidade ao cidadão na prática dos seus negócios jurídicos tributários ou não.

As questões aqui apresentadas envolvem litígio cuja solução tem de ser sob o comando do Direito, somente sob o comando do Direito, por vivermos em um Estado Democrático de Direito. A ênfase é para destacar esse panorama presente na relação jurídica tributária em questão.

O direito positivo, quando interpretado para ser aplicado, deve apresentar conclusões subordinadas ao sistema lógico que o rege, para que possa imprimir confiança por ter emitido soluções caracterizadas por aspectos jurídicos consistentes.

O fenômeno jurídico só será bem compreendido quando analisado por todos os seus ângulos, quer sejam os sociais, quer sejam os econômicos, quer sejam os políticos, incluindo-se o exame aprofundado dos textos legais que o cercam. Estes textos legais têm vontades explícitas e implícitas que necessitam ser captadas em sua essência fundamental, para que possam alcançar os objetivos a que se destinam.

O Direito, quando posto no mundo dos fatos, deve ser apresentado com linguagem específica destinada a retratar a realidade jurídica por ele tratada. Daí a necessidade de ser desenvolvida, para bem compreendê-lo, uma atualizada atividade interpretativa, haja vista que, só a partir desta, será alcançada a verdadeira visão da validade e da eficácia da norma legislada que está sendo trabalhada.

O Direito positivo só pode ser satisfatoriamente acreditado se for considerado vinculado a preceitos axiológicos que atuam harmonizados com princípios e sobreprincípios (postulados).

O valor da norma concreta há de ser sempre realçado, por ser ele o condutor de sua substância.

A certeza jurídica é o anseio de todos os estamentos sociais. É o que a norma concreta de direito, quando aplicada, deve alcançar. Por todas estas razões, ganha destaque de suma importância, na aplicação e interpretação do direito legislado, o sobreprincípio da segurança jurídica. Esta deve estar presente, de forma implícita e explícita, em qualquer ordenamento jurídico, porque o

*“direito existe para cumprir o fim específico de reger os comportamentos humanos, na suas relações interpessoais, implantando os valores que a sociedade almeja alcançar”*,

segundo ensinamentos de Paulo Barros de Carvalho (“O Sobreprincípio

da Segurança Jurídica e a revogação das normas tributárias”, parecer publicado na obra “Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III – SP: Ed. Manole, 2005).

A segurança jurídica é o ideal buscado por todos os agentes envolvidos em relações de direito, notadamente quando submetidos a negócios tributários bilaterais. Ela só será alcançada com a boa aplicação do direito, por

*“a idéia de justiça ligar-se intimamente a idéia de ordem’, tendo em vista que ‘no próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético”* (Miguel Reale, in “Filosofia do Direito”. SP: Saraiva, 1996.

A segurança jurídica, insista-se, e a certeza do direito quando aplicado, constituem, entre outros fundamentos centrais que sustentam o Estado Democrático de Direito, que, por sua vocação, submete os litígios dos seus cidadãos à solução do Poder Judiciário ou a outras vias alternativas (ex.:arbitragem) que escolher para a entrega da prestação jurisdicional. Devem elas ser concebidas como sendo um fato relevante que, quando assegurado pela decisão judicial, impõe tradução objetiva do Direito aplicado, gerando confiabilidade no sistema, na manutenção do negócio jurídico celebrado e no Poder Judiciário.

A segurança jurídica, acentue-se, é formalmente constituída quando são obedecidos os sobreprincípios determinadores da legalidade tributária, da irretroatividade da lei, da coisa julgada, dos direitos adquiridos, do respeito ao ato jurídico perfeito, da concessão da ampla defesa, da imposição de direitos e garantias individuais, de justiça social, de vedação de julgamentos parciais e da estabilidade nas relações negociais tributárias ou não.

A importância de uma convivência apoiada na segurança jurídica, no mundo dos negócios públicos e privados, conduziu J. J. Gomes Canotilho (Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, PP. 375 a 376, a afirmar, ao cuidar dos padrões estruturantes que devem vigorar no Direito Constitucional vigente, que:

*“Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes:*

- o princípio da segurança jurídica;

- o princípio da confiança do

cidadão”.

O referido mestre português, explicando os objetivos desses dois princípios, doutrina:

*“O princípio da determinabilidade das leis reconduz-se, sob o ponto de vista intrínseco, às seguintes idéias:*

*- Exigência de clareza das normas legais, pois de uma lei obscura ou contraditória pode não ser possível, através da interpretação, obter um sentido inequívoco, capaz de alicerçar uma solução jurídica para o problema concreto.*

*- Exigência de densidade suficiente na regulamentação, pois um acto legislativo que não contém uma disciplina suficientemente concreta (= densa, determinada) não oferece uma medida jurídica capaz de:*

*- alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos;*

*- constituir uma norma de actuação para a administração;*

*- possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos”.*

No referente ao princípio da proteção da confiança, explica Canotilho, que ele concentra a capacidade de que o

*“cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas”.*

Conclui que esses princípios, o da segurança jurídica e da proteção de confiança

*“apontam basicamente para (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a inalterabilidade do caso julgado, (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos”.*

Nas relações jurídicas de direito público, especialmente as de natureza tributária, a imposição da segurança jurídica, reforçada pela confiabilidade, torna-se um pressuposto fundamental da função do Direito, o que deve ser garantido pelo Estado, na visão dos doutrinadores que se dedicam ao estudo dos fenômenos contratuais ou não. A respeito, é de ser lembrada a opinião de Antonio-Enrique Perez Luño, autor da obra *“La seguridad jurídica”*, Barcelona: Airel Editorial, 1994, p. 26:



***“La seguridad por inmediata influencia de la filosofía contractualista e iluminista se convertirá en presupuesto y función indispensable de los ordenamientos jurídicos de los Estados de Derecho. Se há observado certeramente, que ‘la seguridad es el factor primário que impulso a los hombres a constituir uma sociedad y um Derecho, o, dicho em términos racionales, lo que constistuye El motivo radical y primário de lo jurídico”.***

Este pensamento de Perez Luño vem antecedido da afirmação por ele feita, p. 24, ob. cit., de que

***“La seguridad em cuanto valor jurídico no es algo que se dé espontáneamente, y com idêntico sentido e intensidad, em los distintos sistemas normativos. Su función y alcance dependerá de lãs luchas políticas y lãs vicitudes cutuarales de cada tipo de sociedad”.***

Vinculado a essas idéias de segurança jurídica estão autores como Roberto Alexy, Ronald Dworkin e Jonh Hart, entre outros, que afirmam ser necessário valorizar a imposição no sentido das decisões judiciais e administrativas serem proferidas nos limites das exigências dos interesses afetados e em harmonia com o princípio da legalidade.

Em assim sendo, como entendemos que assim deve ser, abre-se espaço para o administrador e o juiz contemporâneos serem chamados e obrigados para o exercício do fenômeno da interpretação da lei sem vincular-se à sua titularidade, tornando-se subordinado, apenas, aos postulados e aos princípios que sustentam o ordenamento jurídico a que estão submetidos.

A segurança jurídica impõe que o Direito atue de modo voltado para critérios valorativos objetivos, isto é, postos nos autos representativos do litígio submetido à solução judicial.

No patamar das idéias acima desenvolvidas, não podemos deixar de registrar o afirmado por Mauro Nicolau Junior (Segurança Jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia no Estado Democrático de Direito?, in <http://www.jurid.com.br>, acessado em 25.03.2005):

***“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 deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes”.***

A necessidade dos negócios tributários serem desenvolvidos em ambiente de segurança jurídica tem sido preocupação constante dos doutrinadores e da jurisprudência emitida pelos Tribunais.

Na época contemporânea, as atividades tributárias

exigem a prevalência do direito com capacidade de transmitir estabilidade nesses tipos de relações negociais, tendo em vista que os agentes voltados para esses fenômenos precisam saber os limites dos seus direitos e dos seus deveres por se envolverem com laços obrigacionais.

Vigorante, ainda hoje, portanto, a lição de Lourival Vilanova, in *Escritos jurídicos e filosóficos*, 2003, p. 471, vol.2, SPaulo: Axis Mundi: IBERT, 2003:

*“A certeza jurídica advém de normas, que possibilitem a previsão, dentro de um marco de probabilidade, da conduta dos indivíduos e da conduta dos agentes do poder. A medição normativa da conduta alcança sua forma típica no Estado-de-Direito. Dentro dos limites do direito, movem-se governantes e governados, elimina-se a irracionalidade da conduta arbitrária, quer nas decisões do poder, quer nas relações recíprocas dos indivíduos”.*

Não há demasia na análise do tema segurança jurídica em continuarmos a destacar a sua importância para o mundo tributário, especialmente, por envolver a atuação do Estado e dos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna aos cidadãos que formam o seu contexto social.

Em razão da importância da presença desse valor nas relações jurídicas, vamos encontrar a segurança jurídica imperando no texto da Constituição Federal de 1988 e visualizada pela doutrina com propósito de fixar, solidamente, a sua conceituação.

Os fatos acima mencionados impõem, conseqüentemente, que a autoridade fiscal contemporânea e o juiz do século XXI, em suas formas de atuar e decidir, observem de forma rigorosa a garantia da segurança jurídica em qualquer tipo de relação tributária em que se envolvam

É salutar lembrar que a segurança jurídica na Constituição Federal é considerada, ao nosso pensar, sobre três aspectos diferentes: como princípio, como valor e como direito fundamental.

Essas três modalidades de segurança jurídica presentes na Constituição Federal foram examinadas, com profundidade, por Evandro da Silva Barros, no artigo *“Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória”* (publicado na Revista de Direito Constitucional e Internacional, Ano 12, n. 47, Abril de Junho de 2004, pp. 55 e segs).

Segundo o autor acima referido, a segurança jurídica está, primeiramente, situada como princípio na Carta Magna, no instante em que o seu Preâmbulo a proclama, conforme já demonstramos.

O mencionado autor, a seguir, aponta que o princípio da

segurança jurídica encontra-se presente, também, no caput do art. 5º da CF, ao determinar que

*“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:.....”*

A procedência do afirmado está no fato de, expressamente, o vocábulo “segurança” encontrar-se presente nos textos do preâmbulo e “caput” do art. 5º, de forma expressiva, conforme destaque feito nos mesmos.

A segurança garantida pelo preâmbulo e pelo artigo 5º é a genérica: envolve a segurança pública, a segurança jurídica, a segurança na assistência à saúde, à educação, ao lazer, ao desenvolvimento econômico, à liberdade, à vida, à valorização da cidadania, à dignidade humana, ao emprego pleno, à igualdade social, enfim, aos direitos e garantias individuais e sociais.

A segurança jurídica é concebida como valor na Carta Magna em razão dela, justamente com a Justiça, serem

*“valores que se completam e se fundamentam reciprocamente: não há Justiça materialmente eficaz se não for assegurado aos cidadãos, concretamente, o direito de ser reconhecido a cada um o que é seu aquilo que, por ser justo, lhe compete” (Carlos Aurélio Mota de Souza, Segurança Jurídica e Jurisprudência. São Paulo: RT, 1996, pp. 17-18).*

Na opinião de Evandro Silva Barros, artigo já citado,

*“.....a inserção constitucional da segurança jurídica como valor, ocorreu segundo Konrad Hesse, porque ‘a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensa eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade”.*

Evandro Silva Barros, em nota de rodapé, indica a obra “A força normativa da Constituição”, da autoria de Konrad Hesse, p. 24, tradução de Gilmar Mendes, Porto Alegre, Fabris, 1991, p. 24, como sendo a fonte de onde extraiu a citação feita.

Por fim,

*“é necessário lembrar que o texto constitucional ao introduzir a segurança jurídica como um de seus princípios, empreendeu-lhe conotação de direito fundamental, uma vez que detém a função de garantir, tutelar e proteger os direitos conferidos aos sujeitos de direito” (Evandro Silva Barros, artigo citado), p. 85.*

Samuel Espíndola (Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa, capítulo da obra *“Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição”*, vários autores, coordenação de George Salomão Leite, Malheiros, 2003, p. 273) entende haver a Constituição Federal de 1988 consagrado o princípio da segurança jurídica no art. 5º, caput e seu inciso XXVI, ao impor

*“que as relações jurídicas, as posições delas decorrentes, sejam validamente consolidadas, se fruto de coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido, não sejam tocadas, bulidas, no sentido de revogá-las ou modificar-lhes os efeitos já. Reclamam também que sejam bem respeitados os institutos da decadência e da prescrição, especialmente no que toca ao direito de punir, de investigar, de aplicar sanções, por parte das autoridades”.*

Diante de todas as considerações até aqui proclamadas, passamos a explicitar, com maior abrangência, o conceito de segurança jurídica.

O conceito de segurança jurídica não se define, apenas, pelas considerações que acabamos de emitir. Por ser de natureza abrangente, exige que a sua investigação seja desenvolvida pelos vários ângulos que ele pode alcançar e determinar.

Os nossos comentários que a seguir serão expostos estão voltados para o exame da segurança jurídica na diversidade de seu alcance e efeitos.

Grande parte do que for afirmado terá por base pronunciamentos de doutrinadores que já se debruçaram sobre o tema e que dão valiosa contribuição para o aperfeiçoamento desse valoroso princípio.

É digno de registrar as idéias desenvolvidas por Pedro J. Frias (Membro da Associação Argentina de Direito Constitucional. Membro da Academia Nacional de Direito e Ciências Sociais de Córdoba e Colaborador da Revista Jurídica intitulada ‘Foro da Córdoba’) no artigo intitulado *“Estado de Derecho Y Seguridad Jurídica”*, publicado na Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Del Rey, n. 1, janeiro/junho de 2003, pp. 246 e segs, no sentido de que:

*“A seguridad es ele contexto dentro del cual se toman las decisiones individuales y las interacciones de los actores sociales; para ellos, es la expectativa de que el marco legal es y será confiable, estable y predecible. Para que así sea, es indispensable que las decisiones de los actores políticos se tomen según la ‘lógica de las reglas’ y no según la ‘lógica de la discrecionalidad’.*

*La seguridad jurídica influye en el crecimiento económico, porque la decisión de sus actores depende de sus expectativas respecto del futuro, en primer lugar, y de sus expectativas respecto de las expectativas de los otros, en segundo lugar. Los problemas que surgen de la incertidumbre, acciones no cooperativas o inconsistencia temporal se resuelven dentro de la lógica de las reglas.*

*Saenger Gianonni, desde Chile, nos recuerda que la seguridad jurídica exige el reconocimiento de la persona y de la soberanía del pueblo, pero también de la supremacía constitucional, de la división entre los poderes constituidos, del poder judicial independiente y de la administración sometida a la ley, de la representación política y la oposición y del control del poder.*

*La seguridad jurídica no encuentra buen asilo en una sociedad transgresora, que respeta las reglas según su humor. Cuando asoma la discrecionalidad y de asocia al despilfarro, la tercera “d” del paradigma es el desencanto y a veces el deshonor. ...”*

Estamos convencidos de que o estudo do conceito do postulado da segurança jurídica impõe que ele seja examinado com o máximo de largueza, tendo em vista o seu campo de incidência e a amplitude do seu conteúdo.

Nesse prisma é de ser lembrado o que escreveu Cláudio Drewes José de Siqueira, Procurador do Estado de Goiás, em artigo intitulado “Segurança Jurídica no Direito Tributário”, publicado na Revista de Estudos Tributários da Editora Síntese, n. 32, julho/Agosto de 2003, p. 140.

Afirma o autor destacado que o princípio da segurança jurídica, além da extensão do seu conteúdo, conforme acima mencionamos,

*“é multifacetado, desdobrando-se em vários segmentos ou sub-princípios que ampliam a margem de sua compreensão, de maneira que assume aspectos e contornos diversos específicos conforme o ramo do Direito”.*

Lembramos que a segurança jurídica, na visão sempre lúcida do Prof. Paulo Barros de Carvalho (“Tributo e Segurança Jurídica”, capítulo do livro com vários autores, “Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição”, organizado por George Salomão Leite, Malheiros, 2003, p. 360), deve ser compreendida como sendo um sobreprincípio. A respeito, afirma o insigne doutrinador:

*“A segurança jurídica é, por excelência um*

*sobreprincípio. Não temos notícia de que algum ordenamento a contenha como regra explícita. Efetiva-se pela atuação de princípios, tais como o da legalidade, da anterioridade, da igualdade, da irretroatividade, da universalidade da jurisdição e outros mais. Isso, contudo, em termos de concepção estática, de análise das normas enquanto tais, de avaliação de um sistema normativo sem considerarmos suas projeções sobre o meio social. Se nos detivermos num direito positivo, historicamente dado, e isolarmos o conjunto de suas normas (tanto as somente válidas como também as vigentes), indagando dos teores de sua racionalidade; do nível de congruência e harmonia que as proposições apresentam; dos vínculos de coordenação e de subordinação que armam os vários patamares da ordem posta; da rede de relações sintáticas e semânticas que respondem pela tessitura do todo – então será possível emitirmos um juízo de realidade que conclua pela existência do primado da segurança, justamente porque neste ordenamento empírico estão cravados aqueles valores que operam para realizá-lo. Se a esse tipo de verificação circunscrevermos nosso interesse pelo sistema, mesmo que não identifiquemos a primazia daquela diretriz, não será fácil implantá-la. Bastaria instituir os valores que lhe servem de suportes, os princípios que, conjugados, formariam os fundamentos a partir dos quais se levanta. Vista por esse ângulo, difícil será encontrarmos uma ordem jurídico-normativa que não ostente o princípio da segurança. E se o setor especulativo é o do direito tributário, praticamente todos os países do mundo ocidental, ao reconhecerem aqueles valores que se articulam axiologicamente, proclamam, na sua implicitude, essa diretriz suprema”.*

Todas essas manifestações conceituais harmonizam-se com a reflexão em nível de certeza de que o cidadão, por viver vinculado, desde o seu nascimento, aos fenômenos das relações jurídicas que o cercam (quer sejam por vias de negócios unilaterais, que sejam por vias de negócios bilaterais), necessita, para alcançar o seu desenvolvimento em todos os setores de sua atuação social, que conviva com as regras jurídicas que a ele são impostas em condições de estabilidade.

Corretamente está afirmado que

*“La estabilidad del Derecho es um presupuesto básico para generar un clima de confiança em su*

*contenido". Isso porque, "El hombre – nos dice Helmut Coing – aspira siempre a crear situaciones duraderos bajo cuya protección pueda vivir; el hombre quiere sustraer su existencia a un cambio permanente, dirigirla por vías seguras y ordenadas y librarse del asalto constante de lo nueva".(Antonio-Enriqu Pérez Luño, Professor espanhol, citado por Jorge Ulises Jacoby Fernández, Conselheiro do Tribunal de Contas da União do DF, no voto proferido como relator no Processo n. (A) 1392/1997). Esta decisão está inserida no site <http://www.jacoby.pro.br/votos/psj>, acessado em 10.05.2005.*

Nessa linha de pensar, invocamos o pronunciamento de Izaías Dantas Freitas, advogado no DF, lembrando que

*"o princípio da segurança jurídica está situado entre as garantias fundamentais do Estado de Direito, e pode ser definido como a certeza que é dada aos cidadãos de que determinadas relações ou situações jurídicas não serão modificadas por motivos circunstanciais ou por causa da conveniência política do momento" (In "Segurança Jurídica", artigo conferido na Internet, site <http://www.acordabrasil.com.br/artigo34htm>.)*

O certo é que, ao nosso pensar, o detalhamento do conceito de segurança jurídica tem passado por uma evolução constante na busca de ser cada vez mais aperfeiçoado, em face da sua natureza de direito fundamental.

Alargando cada vez mais o campo das investigações sobre o tema, vamos continuar a apresentar mais alguns registros doutrinários.

No século XIX, especialmente após sua metade, surgiu, de modo definitivo, o denominado Estado Democrático de Direito, em contraposição às concepções até então vigentes no sentido de que o Estado atuava voltado para cumprir atividades administrativas, exercendo poder de polícia, cuidando das finanças e da economia públicas, sem qualquer subordinação, essencialmente, aos princípios jurídicos e aos efeitos da lei por ele próprio ditada.

O conceito de Estado Democrático de direito era, portanto, restrito. O seu objetivo resumia-se em propiciar o bem estar do cidadão, porém, de acordo com os ditames da política por ele, de modo discricionário absoluto, ditado.

O Estado Democrático de Direito surgiu na metade do Século XIX em face dos movimentos doutrinários e políticos para a sua consagração. A partir desse momento, passou a se considerar, em sede de expansão conceitual, que a atuação do Estado, embora voltada para proporcionar o bem comum ou a felicidade da vida, a segurança,

a saúde, a educação e a prosperidade dos seus administrados, além de proteger os seus direitos individuais, devia seguir a linha determinada pelo ordenamento legal positivo que ele próprio criou, impondo a si mesmo essas regras, autolimitando-se, o que significou o afastamento de Estado com poder totalitário.

Os reflexos dessas mudanças impõem considerar que o Estado Democrático de Direito está sustentado, entre outros, em dois fundamentos: a segurança e a certeza jurídica. Esses princípios são absolutamente necessários para que a função estabilizadora do Poder Judiciário, a quem a Constituição Federal lhe concede a competência para julgar os litígios, seja desenvolvida com estabilidade e credibilidade.

Não devemos afastar a compreensão de que acima da segurança jurídica deve prevalecer o valor supremo “Justiça”, conforme lembra Mauro Nicolau Júnior, Juiz de Direito no Rio de Janeiro, em artigo intitulado “*Segurança Jurídica e Certeza do Direito. Realidade ou Utopia num Estado Democrático de Direito?*”, publicado na Revista ADV – Advocacia Dinâmica, Ed/2004, p. 18.

O mencionado autor, com muita propriedade, tece, sobre o assunto, as considerações seguintes:

*“Acima da segurança está sempre, como valor supremo, a Justiça, não sendo de repetir-se com apoio a frase de Goethe: ‘Prefiro uma injustiça à desordem’, como tem feito vários autores, porque revela um profundo egoísmo burguês, em medo das transformações sociais e prega um conformismo inadmissível”.*

Revela o autor supra referido:

*“Radbruch sustentou em 1932 que a segurança está acima da Justiça, mas depois que viu os horrores do nazismo, pregou a volta ao direito natural, reconhecendo que a injustiça é sempre injustiça, ainda que apresentada sob a forma da lei”.*

Acrescentamos a essa afirmação que a injustiça é sempre injustiça, ainda que apresentada sob a forma de sentença judicial transitada em julgado. Basta que essa decisão expresse violação aos postulados, aos princípios (direitos e garantias fundamentais) e às regras inseridas na Constituição Federal, transmudem a realidade fática, ofendam a princípios estruturantes como os da moralidade, da impessoalidade, da legalidade, da proibição da tortura, etc.

Pregamos, por tudo o quanto foi exposto, o culto do apoio incondicional aos postulados e aos princípios impostos pelos regimes que se afirmam democráticos, por neles visualizarmos que a prevalência da justiça deve prevalecer sobre a segurança jurídica. Esta não tem natureza absoluta quando agride valores consagrados na



ordem constitucional e, destacadamente, quando, com base nela, pretende-se que o Poder Judiciário garanta prática de condutas violadoras da legalidade, da moralidade pública e da ética dos negócios jurídicos, com base em sentença inconstitucional. Exigir tributo com base em lei que o criou e que foi considerada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, além de refletir ilegalidade gritante, constitui prática de imoralidade por parte do Poder Público por tentar se beneficiar de uma ilegalidade por ele próprio praticada.

Em conclusão sobre o tema, afirmamos e defendemos que os negócios jurídicos tributários, como quaisquer outros, devem ser desenvolvidos em clima de absoluta segurança jurídica e justiça. Para tanto, necessitam ser praticados com rigoroso vínculo à lei, à ética, à moralidade, à confiabilidade e voltados unicamente para que sejam atingidos os fins a que se destinam: o pagamento do imposto que, por lei, for devido. Nunca por fato gerador criado por ficção, por analogia, por criatividade do agente fiscalizador, como é o caso analisado, concretamente, no presente estudo.

O fisco, com o máximo de respeito, não tem qualquer amparo legal para atribuir responsabilidade tributária a contribuinte, exigindo-lhe o pagamento de tributo considerado indevido pelo STF, mesmo que em seu favor tenha uma sentença transitada em julgado. Esta é absolutamente inconstitucional, nenhuma, sem qualquer efeito desde o seu nascimento. Viola a segurança jurídica esse atuar, provoca danos imensos ao contribuinte e ofende diretamente ao princípio da legalidade tributária, por exigir-se tributo sem lei que a tanto autorize.

Estamos, diante de tudo quanto exposto, certo de que a desconstituição da sentença inconstitucional transitada em julgado aprimora o princípio da segurança jurídica e valoriza o da legalidade tributária, em face de ter a expressividade do valor da Constituição como centro das atenções dos que necessitam de entrega de prestação jurisdicional.

A seguir, abrimos palco para, no seu círculo, serem discutidos os remédios processuais adequados para desconstituir a sentença inconstitucional transitada em julgado

#### **9.0 – REMÉDIOS PROCESSUAIS ADEQUADOS PARA DESCONSTITUIR SENTENÇA INCONSTITUCIONAL TRANSITADA EM JULGADO**

A sentença inconstitucional transitada em julgado é nada. Não é sentença. Não tem eficácia, não tem efetividade. Em nenhuma hipótese a decisão do Poder Judiciário, só porque transitou em julgado, pode prevalecer sobre os dogmas postos na Constituição Federal. O compromisso do Poder Judiciário é com o cumprimento dos postulados, dos princípios e das regras presentes na Constituição Federal.

Entendemos que a escolha dos caminhos adequados

para desconstituir a coisa julgada, em cada caso concreto, não apresenta dificuldades como apregoado por alguns doutrinadores ainda apegados à cultura tradicional dos efeitos da coisa julgada e não acolhedores da tese da sua flexibilização, isto é, de não ter natureza absoluta quando infringir à Constituição.

Na quadra presente, estamos alinhados aos posicionamentos adotados pela corrente que defende a vitalidade da “*querella nulitatis*” em nosso ordenamento jurídico para desconstituir a coisa julgada, sem prejuízo da ação rescisória. Esta se as exigências dos incisos componentes do art. 485 do CPC estiverem presentes.

Uma reflexão sobre a matéria processual, isto é, as vias formais cabíveis para desconstituir a coisa julgada inconstitucional, revela os posicionamentos doutrinários a seguir comentados que aprimoram a possibilidade da ação ordinária denominada “*querella nulitatis*” ser via adequada, mesmo após o transcurso do prazo decadencial de dois anos para a interposição da rescisória. O que necessita ser ressaltado é que o assunto tem sido motivo de investigações aprofundadas cujas conclusões têm levado a um grau de relativa estabilidade no campo doutrinário e jurisprudencial a respeito dos remédios adequados para ser alcançada pretensão desconstitutiva da coisa julgada inconstitucional. Qualquer que seja a corrente analisada, pensamos que há de se considerar que a via processual é apenas formal e que a aplicação dos seus princípios e das suas regras não podem ficar acima dos ditames constitucionais.

Registramos, inicialmente, o apregoado por Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina em sua obra intitulada “*O Dogma da Coisa Julgada: hipóteses de relativização*”, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. Pág. 39/38,” já citada, no sentido de que alguns autores defendem que o primeiro caminho aberto para a desconstituição da coisa julgada inconstitucional é a ação rescisória, conforme apregoado por

*“.....Accioly Filho, Lúcio Bittencout e Alfredo Buzaid, que afirmam expressamente serem rescindíveis as sentenças proferidas com base em lei que, posteriormente, venha a ser declarada inconstitucional”.*

Teresa Wambier e José Medina, não obstante citarem os autores acima nominados, divergem de suas conclusões. Afirmam que:

*“Portanto, segundo o que nos parece, seria rigorosamente desnecessária a propositura da ação rescisória, já que a decisão que seria alvo de impugnação seria unicamente inexistente, pois que baseada em ‘lei’ que não é lei (‘lei’ inexistente). Portanto, em nosso entender a parte interessada deveria, sem necessidade de se submeter ao prazo do art. 495 do CPC, intentar ação de natureza declaratória, com o único objetivo de gerar maior*

*grau de segurança jurídica à sua situação. O interesse de agir, em casos como esse, nasceria, não da necessidade, mas da utilidade da obtenção de uma decisão neste sentido, que tornaria indiscutível o assunto, sobre o qual passaria a pesar a autoridade de coisa julgada.*

*O fundamento para a ação declaratória de inexistência seria a ausência de uma das condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido. Para nós, a possibilidade de impugnação de sentenças de mérito proferidas apesar de ausentes as condições da ação não fica adstrita ao prazo do artigo 495 do CPC".*

Teresa Wambier e José Medina defendem, pelo pronunciamento citado, que a sentença fundada em uma lei declarada, posteriormente, inconstitucional, em sede de controle de constitucionalidade, é sentença inexistente, pelo que pode ser impugnada a qualquer tempo, pela via da ação declaratória de inexistência de coisa julgada, a "*querella nulitatis*", tendo em vista que a ela não se aplica o prazo decadencial contido no artigo 495 do Código de Processo Civil.

Na verdade, os autores referidos constroem o posicionamento destacado com base no fato de que a causa de pedir, na ação originária, foi fundada em uma norma. Deixando de existir essa norma, pela declaração de inconstitucionalidade, ela não mais existindo, por ter sido retirada do mundo jurídico, não há outro caminho a ser seguido pelo Poder Judiciário senão o de garantir a eficácia *ex tunc* da decisão do STF e fazer valer, pela via processual própria, a ação declaratória de inexistência de coisa julgada, todas as consequências do preceito tido como inconstitucional, em sede de controle de constitucionalidade, de forma a fazer imperar, em se tratando de tributo, o princípio da legalidade estrita, impondo segurança jurídica na relação entre fisco e contribuinte.

O Poder Judiciário, assim comportando-se, rende homenagem ao Estado Democrático de Direito, por atuar em perfeita harmonia com a Constituição Federal.

A linha de pensar de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina está sustentada no fato de que a coisa julgada inconstitucional está envolvida por vício de natureza absoluta, pelo que deve ser considerada absolutamente nula, por ter violado a Constituição.

No particular, lembramos Paulo Manuel Cunha da Costa, em "*Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*", obra já citada, Lex, Lisboa, 1993:

*"Admitir solução contrária, significaria reconhecer a*

*autovinculação dos tribunais de um Estado de Direito democrático a actos inconstitucionais e a ausência de uma tutela processual eficaz contra as inconstitucionalidades do poder judicial".*

A opinião de Carlos Valder Nascimento, em *Coisa Julgada Inconstitucional*, América Jurídica, Ed. 2002. Rio de Janeiro, p. 5/29, é no mesmo sentido. Escreveu a respeito:

*"Não há como, pelo que se infere do exposto, convalidar sentença nula, notadamente contaminada pelo vício de inconstitucionalidade que não se subordina sua desconstituição ao manejo da rescisória. De fato, essa é a regra que prevalece no direito brasileiro, o que possibilita a reconhecer-se a ação de impugnação autônoma, tanto que a de incidentes de embargos à execução."*

**Acrescenta mais adiante:**

*"A querela nullitatis foi concebida com o escopo de atacar a imutabilidade da sentença convertida em res iudicata, sob o fundamento, consoante Moacyr Amaral Santos, de achar-se contaminada de vícios que a inquinasse de nulidade, visando a um 'indicium rescindens'. Este, uma vez obtido, ficava o querelante na situação de poder colher uma nova decisão sobre o mérito da causa. A decisão judicial impugnada de injustiça desse modo, posta contra expressa disposição constitucional, não pode prevalecer. Neste caso, configurando o julgado nulo de pleno direito, tem cabimento a ação própria no sentido de promover sua modificação, com vistas a restaurar o direito ofendido. Contradiz a lógica do ordenamento jurídico a sentença que, indo de encontro a Constituição, prejudica uma das partes da relação jurídico-processual.*

*São por conseguintes, passíveis de serem desconstituídas as sentenças que põem termo ao processo, por ter decidido o mérito da demanda, enquadrando-se também, na hipótese, os acórdãos dos tribunais. Isso se persegue mediante ação autônoma que engendra uma prestação jurisdicional resolutória da sentença hostilizava, [sic], cujos efeitos objetiva desconstituir. Nisso é que reside sua razão fundamental: anulação de sentença de mérito que fez coisa julgada inconstitucional."*

A corrente doutrinária acima enfatizada aprimora os seus

pronunciamentos com a adesão de Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro, ao afirmarem no artigo *“Coisa julgada inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle”*, São Paulo: Editora América, 2002. Pág. 126., que:

*“A decisão judicial transitada em julgado desconforme a Constituição padece do vício da inconstitucionalidade que, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, lhe impõe a nulidade. Ou seja, a coisa julgada inconstitucional é nula e, como tal, não se sujeita a prazos prescricionais ou decadenciais. Ora, no sistema das nulidades, os atos judiciais nulos independem de rescisória para a eliminação do vício respectivo. Destarte pode “a qualquer tempo ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução” (STJ, Resp 7.556/RO, 3 T., Re. Ministro Eduardo Ribeiro, RSTJ 25/439)”.*

.....  
.....

*Deste modo a admissão da ação rescisória não significa a sujeição da declaração de inconstitucionalidade de coisa julgada ao prazo decadencial de dois anos, a exemplo do que se dá com a coisa julgada que contempla alguma nulidade absoluta, como é o exemplo o vício de citação”.*

.....  
.....

*“Nada obstante e porque as nulidades podem ser decretáveis até mesmo de ofício, como é a hipótese da inconstitucionalidade, a eleição da via rescisória, ainda que inadequada, para a arguição da coisa julgada inconstitucional não importa na impossibilidade de conhecer-se do vício. O que se deve ter em mente é o fato de que a admissibilidade da rescisória, nesta hipótese, é medida extraordinária diante da gravidade do vício contido na sentença.*

*Os Tribunais, com efeito, não podem se furtar de, até mesmo de ofício, reconhecer a inconstitucionalidade da coisa julgada o que pode se dar a qualquer tempo, seja em ação rescisória (não sujeita a prazo), em ação declaratória de*

*nulidade ou em embargos à execução.*

*A inconstitucionalidade direta da coisa julgada afasta o seu efeito positivo, de modo que 'intentada uma ação que tenha como fundamento do pedido uma anterior decisão judicial transitada em julgado, o juiz só terá de decidir o novo pedido em conformidade com o caso julgado se este for conforme com a Constituição'.*

No círculo doutrinário construído pelos que defendem a possibilidade da coisa julgada inconstitucional ser desconstituída pela "*querella nullitatis*", lembramos que há, no art. 742, II, do CPC, uma outra hipótese viável de a tanto se alcançar, em sede de embargos à execução.

A referida hipótese de desconstituição da coisa julgada inconstitucional ingressou em nosso ordenamento jurídico pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil, que apresenta a seguinte redação:

*"Para efeito do disposto no inciso II deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis com a Constituição Federal".*

O legislador pátrio formal afasta, conseqüentemente, qualquer dúvida a respeito do reconhecimento de que a coisa julgada inconstitucional é nula na medida em que o legislador já decretou a inexigibilidade do título fundado em coisa julgada com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Em razão dessa formatação legal, concluem Humberto Theodoro e Juliana Cordeiro, obra citada, que

*"Dúvida não mais pode subsistir que a coisa julgada inconstitucional não se convalida, sendo nula e, portanto, o seu reconhecimento independe de ação rescisória e pode se verificar a qualquer tempo e em qualquer processo, inclusive na ação incidental de embargos à execução".*

De tudo quanto exposto, temos posição avançada da doutrina no sentido de que a coisa julgada inconstitucional foi erigida ao plano normativo, com a alteração inserida no art. 741 do CPC, conforme redação que lhe deu a Lei n. 8.953, de 13 de dezembro de 1994, que converteu a Medida Provisória acima citada, passando a vigorar acrescido do parágrafo único já referido.

Registre-se, ainda, que regra semelhante foi introduzida no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu § 5º, nos seguintes termos:

*"Considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais*

*pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação todos por incompatíveis com a Constituição Federal.”*

Consagra-se, evidentemente, em face das modificações introduzidas no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis Trabalhistas, antes transcritas, o entendimento de que a matéria ganhou força em sede de discussão do controle dos atos jurisdicionais, prevalecendo a tese da nulidade da coisa julgada inconstitucional.

Firmamos, a respeito, com base em tudo quanto exposto, as conclusões seguintes:

a) As sentenças inconstitucionais são nulas de pleno direito pelo que quando transitam em julgado são consideradas apenas como coisas sem valor, vãs, meras aparência de direito e carentes de eficácia e efetividade.

b) As sentenças inconstitucionais transitadas em julgado podem, pela nulidade absoluta que as atingem, ser desconstituídas a qualquer tempo. Não estão sujeitas ao prazo decadencial da rescisória.

c) A parte prejudicada por sentença inconstitucional transitada em julgado pode opor a ação ordinária comum como sobrevivência da antiga “querella nulitatis” para reexaminar a mesma relação jurídica litigiosa ou opor embargos quando for executada.

d) Idem ação rescisória se houver enquadramento do pedido nos incisos do art. 485 do CPC.

e) A consequência do reconhecimento do vício da inconstitucionalidade da lei tributária é gerar a invalidade de qualquer exação tributária realizada a seu respeito.

f) O vício da inconstitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal invalida, de modo definitivo qualquer ato emitido pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

g) A coisa julgada inconstitucional não é obstáculo para a declaração do reconhecimento de sua nulidade, por ter atentado contra a Constituição Federal.

h) A sentença nula de pleno direito, por ser inconstitucional, pode ser desconstituída a qualquer tempo e por qualquer procedimento por ser insanável. O título gerado pela sentença inconstitucional transitada em julgado é inexigível, por ser absolutamente nulo, conforme consagra o art. 741, parágrafo único, do CPC.

i) O princípio da segurança jurídica não permite a eficácia e a efetividade de sentenças

inconstitucionais, mesmo que tenham transitado em julgado. Não é razoável, não é proporcional, não se adequa a um Estado Democrático de Direito o reconhecimento de efeitos produzidos por sentenças inconstitucionais.

Necessário que, na altura da exposição que estamos a desenvolver, façamos um adendo para lembrar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem revelado posicionamentos que apresentam harmonia com tudo o que acima está desenvolvido. Suficiente conferir, a respeito, os julgados seguintes:

**“RECURSO ESPECIAL N° 218354**

**RELATOR: O EXMO. SR. MINISTRO JOSE DELGADO**

**RECORRENTE: CEVAL ALIMENTOS S/A**

**RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS**

**EMENTA: TRIBUTÁRIO. RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DOS “AUTÔNOMOS” E DOS “ADMINISTRADORES”. LEI N° 7.787/89, ART. 3°, 1.**

**1 - O prevalecimento de obrigações tributárias cuja fonte legal foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal constitui injúria à lógica jurídica, ofendendo os princípios da legalidade e da igualdade tributárias.**  
**(...)**

**Se a lei é conforme a Constituição e o acórdão deixa de aplicá-la à guisa de inconstitucionalidade, o julgado se sujeita à ação rescisória ainda que na época os Tribunais divergissem a respeito. Do mesmo modo, se o acórdão aplica lei que o Supremo Tribunal Federal mais tarde, declara inconstitucional (REsp 128.239/RJ — Rel. Min. Ari Pargendler). Multiplicidade de precedentes (ementa do REsp n° 154708/DF, Rel. Min. Milton Luiz Pereira).**

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

**3 - Não há que se entender, data vênua, a existência de decisões controvertidas quando a sentença e o acórdão foram prolatados e, posteriormente, a situação jurídica examinada mereceu declaração de inconstitucionalidade da lei aplicada, com efeitos ex tunc, alcançando as relações jurídicas passadas.**

**4 - O princípio da segurança jurídica, inspirador dos efeitos da coisa julgada, não pode ser**



levado ao extremo de ofender o princípio constitucional da igualdade tributária.

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

6 - Precedentes: REsp nº 139.8651RS. P Turma, Rel. Min. José Delgado, DIU de 15.12.97; REsp nº 122477/DF. Re Min. Adhemar Maciel, DJU de 02.03.98; REsp 104227/DF, Rel. Min. Hélio Mosimann. DJU de 0903.98.

7 — Recurso provido” (Decisão unânime da 1ª Turma do STJ, em 17.08.1999).

“RECURSO ESPECIAL Nº 381.911 - PR (2001/0151552-0)  
RELATOR: MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS  
RECORRENTE: FAQUIBRÁS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LÂMINAS LTDA  
RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS  
DECISÃO: Unânime. 1ª Turma do STJ.  
PROCESSUAL CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - COISA JULGADA SOBRE QUESTÃO SABIDAMENTE INCONSTITUCIONAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE REMUNERAÇÃO DE ADMINISTRADORES, AVULSOS E AUTÔNOMOS - RELAÇÃO TRIBUTÁRIA DE TRATO SUCESSIVO - INOPONIBILIDADE.

1. O Mandado de Segurança destina-se a defender direito líquido e certo. Ele se traduz em Ordem auto-executável do Estado-Juiz para que cesse a violência praticada pelo próprio Estado. Se essa Ordem passa em julgado, veta-se o novo exame da lide sob as mesmas circunstâncias.

2. Em questões de trato sucessivo, a coisa julgada traz consigo a cláusula "rebus sic stantibus". Mudanças em circunstâncias fáticas ou jurídicas autorizam novo pedido de Segurança, sem oponibilidade da coisa julgada.

3. A coisa julgada, em Mandado de Segurança, não justifica a cobrança de obrigação tributária inconstitucional.

4. Recurso provido

(Fonte: DJU I de 19/12/2003)”

**10.0 – INDAGAÇÕES QUE FORMULAMOS E RESPOSTAS ÀS MESMAS EM FACE DOS ACONTECIMENTOS NOTICIADOS E QUE RESULTARAM NA AUTUAÇÃO DE CONTRIBUINTES, MESMO COM A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PRODUZINDO EFEITOS.**

Afirmamos. Inicialmente, que o presente estudo tem como inspiração a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do § 1º do artigo 3º da lei n. 9.718, de 1998, em confronto com acórdão trânsito em julgado que considerou constitucional o referido dispositivo.

A referida inconstitucionalidade, como já registrado, está anotada em dezenas de decisões do Supremo Tribunal Federal, a começar pelas proferidas nos Recursos Especiais de nºs 346.084, 357.050, 358.273 e 390.840. Tendo em vista os casos concretos que inspiraram o presente trabalho, estamos a examinar, portanto, a tributação do PIS e da COFINS sobre variações monetárias e cambiais que, por decisão do STF, não se enquadram no conceito de faturamento e que foram tributadas, indevidamente, pelo fisco, por este tomar como base acórdão ou acórdãos transitados em julgado, a exemplificar o proferido, em 16 de setembro de 1999 nos autos de Mandado de Segurança nº 99.201.1356-5, entre outros, e que transitou em julgado no dia 09 de outubro de 2002).

Revelam os fatos que o fisco, em face de decisões inconstitucionais transitadas em julgado, lançou contra empresas contribuintes os tributos apurados e correspondentes aos períodos escolhidos, todos antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, porém, atingidos pelos efeitos ex-tunc do mencionado julgado. As empresas, porque não tinham, ainda, a decisão do STF, não ingressaram com rescisória. Passaram, então, a utilizar a querela nullitatis, o que foi rejeitado por alguns Tribunais, inclusive o Tribunal Regional Federal com sede em Porto Alegre, Rio Grande do Sul.

Em face do panorama acima descrito, vamos responder às indagações seguintes:

- a) - As decisões em mandados de segurança e em ações ordinárias que foram proferidas e transitadas em julgado nos anos anteriores à data da declaração de inconstitucionalidade pelo STF do § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718, de 1988, com efeitos ex-tunc, justificam a cobrança da contribuição posteriormente julgada inconstitucional?

A resposta é negativa. São “ex tunc” os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal que julgaram inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei n. 9.718, de 1998. A Corte Maior retirou do mundo jurídico a norma em questão em decisões reiteradamente confirmadas.

A justificar esse entendimento há o fato do Presidente do Supremo ter enviado ofício ao Senado Federal para os fins previstos no art. 57, X, da CF. Há desrespeito frontal aos julgados do Supremo Tribunal Federal no momento em que o fisco lavra autuações sabendo que a lei que criou o tributo foi julgada inconstitucional.

Se a autuação fiscal foi iniciada antes da decisão do STF, cabe ao fisco, em homenagem aos princípios da legalidade tributária e da segurança jurídica, em decisões fundamentadas, tornar sem efeito os procedimentos fiscais iniciados. Se assim não agir o agente fiscal comete abuso de direito (art. 187 do NCC) e pode provocar a responsabilidade do Estado pela prática do seu ato e, conseqüentemente, ser sujeito passivo em ação regressiva. Em última hipótese, caso a dolosidade seja comprovada, o agente fiscal comete o delito de excesso de exação (art. 316, § 1º, do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.137, de 27.2.1990).

**b) - Considerando-se que o fisco possa escorar-se na decisão transitada em julgado para lançar contribuição inconstitucional e considerando-se que o prazo de propositura de ação rescisória da mencionada sentença encontrava-se exaurido quando das decisões proferidas pelo E. Supremo Tribunal Federal, é possível a propositura de ação declaratória de nulidade da mencionada sentença inconstitucional transitada em julgado?**

A resposta é positiva, conforme fundamentação desenvolvida no corpo do estudo acima apresentado. A referida sentença é inexistente para determinada corrente ou nula para outra. Esgotado o prazo da rescisória, o contribuinte pode ingressar com a ação de nulidade, recriação da “querella nulitatis” apregoada por Pontes de Miranda. A ação de nulidade pode ser intentada, também, em substituição à ação rescisória. Esta só é cabível se a violação da sentença enquadrar-se nos incisos do art. 485 do CPC. A nulidade absoluta, portanto, tem raio de maior extensão do que as previsões contidas no art. 485 do CPC. Examinar as razões constantes nos itens respectivos do presente estudo por nós desenvolvidos.

**c) Os Regimentos Internos do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e de sua Câmara Superior de Recursos Fiscais baixados pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 147, de 25 de junho de 2007, prescrevem que:**

**“REGIMENTO INTERNO DOS CONSELHOS DE CONTRIBUINTES**

**Art. 49. No julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.**

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Art. 34. Fica vedado à Câmara Superior de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;”

Considerados os dispositivos supra, pelos quais o citado órgão administrativo pode e deve apreciar a inconstitucionalidade das leis se assim decidido pelo E. Supremo Tribunal Federal por seu Plenário, como é o caso, é possível tal órgão administrativo apreciar a questão da inconstitucionalidade mesmo diante da decisão judicial inconstitucional transitada em julgado?

Evidentemente que sim. É do dever dos referidos órgãos judicantes, em sede administrativa. Eles têm compromissos com a ordem jurídica, com os princípios da legalidade, do não-confisco, da moralidade, da impessoalidade e, especialmente, com o decidido pelo Supremo Tribunal Federal. A decisão inconstitucional transitada em julgado não está acima do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Se a referida coisa julgada pode ser desconstituída por via de ação ordinária, a querela nullitatis, pelo próprio Poder Judiciário, muito mais deverá ser desconsiderada pelos Conselhos de Contribuintes.

A nenhum órgão do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário é dado o direito de prestigiar coisa julgada inconstitucional em um Estado Democrático de Direito. No campo da relação jurídica tributária este proceder de não acolher os efeitos de coisa julgada inconstitucional reflete homenagem obrigatória aos princípios da legalidade tributária, da segurança jurídica e da igualdade. Não se pode exigir tributo criado por lei inconstitucional. Na verdade, a exigência do valor da pretensão obrigação não é nem tributo. É simples coisa sem conteúdo jurídico. É nada para o mundo do Direito.

## 11.0 - CONCLUSÕES

Em considerações finais, por o presente trabalho ter como fonte inspiradora casos concretos examinados por Tribunais Regionais Federais, especialmente o acórdão na AC 2006.70.01.006344/PR, fazemos rápida análise das conclusões do referido julgado que não aceitou a ação declaratória de nulidade da sentença supervenientemente considerada inconstitucional, sob o seguinte e único argumento:

*“Por outro lado, uma decisão proferida regularmente em um processo (com a presença de todos os seus elementos constitutivos da ação – citação, garantia do direito de defesa, regular publicação dos atos do processo, exaurimento da fase recursal), com trânsito em julgado, jamais poderá ser reputada inexistente. A relativização da coisa julgada e sua superação por meio de ação declaratória de nulidade de sentença fere o princípio da segurança jurídica – elemento essencial do Estado de Direito. Os únicos casos em que se admite a rescisão da sentença estão taxativamente expostos no art. 485 do CPC, o qual trata da ação rescisória, sendo que o prazo decadencial para sua propositura é de dois anos contados do trânsito em julgado da sentença. A querela nullitatis não se presta, portanto, para rescindir acórdão de mérito transitado em julgado sobre o qual se invoca a existência de coisa julgada. Para combatê-lo, a ação própria é a ação rescisória, pois há expressa previsão legal nesse sentido no inciso IV do artigo 485 do CPC”.*

Em síntese: o acórdão referido só aceita a ação rescisória como via própria para desconstituir sentença inconstitucional transitada em julgado. Por outras palavras: o acórdão sublimado, de modo direto, ao não aceitar a ação ordinária (*querela nullitatis*) para desconstituir coisa julgada inconstitucional está validando a sua eficácia e efetividade.

Com a máxima vênia, conforme demonstramos no curso das razões desenvolvidas no estudo em questão, o posicionamento da mencionada decisão está em desacordo com o pregado por potencializada maioria de doutrinadores contemporâneos e por volumosa jurisprudência que aceita a “*querela nullitatis*” como via própria para a desconstituição da sentença inconstitucional transitada em julgado.

No campo jurisprudencial, haja vista que no âmbito doutrinário já fizemos ampla averiguação, podemos relembrar, em sentido contrário ao acórdão referido, as decisões seguintes:

*“Processual Civil – Nulidade da citação –*

### **Inexistência – Querela Nullitatis.**

**1 – A tese da querela nullitatis persiste no direito positivo brasileiro, o que implica em dizer que a nulidade da sentença pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, eis que, sem a citação, o processo, vale falar, a relação jurídica processual não se constitui nem validamente se desenvolve, nem, por outro lado, a sentença transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se for o caso.**

**2 – Recurso não conhecido! (STJ – Resp 12.586/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 3a. Turma, julgado em 08.10.91, DJ de 04.11.199, p. 15684).**

**Idêntica linha de pensar está no RESP 409428 (Relator o Min. Luiz Fux) ao afirmar, em sua ementa, que**

**“a inconstitucionalidade, como vício maior que deslegitima as normas jurídicas, posto afrontadoras do regramento que ocupa a cúspide a pirâmide Kelseniana, impõe conjurar, em regra, a lei inválida, ab initio e ex tunc ”.**

**Do voto proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux, destacamos, pela importância dos seus fundamentos, o trecho seguinte:**

**“Aliás, se o Tribunal está dizendo que a lei municipal, editada hoje ou há anos, ofende preceito de hierarquia superior, está reconhecendo que se trata de lei inválida, de lei nula, que não pode produzir efeitos. Se faz esta declaração para a lei hoje, paralisa desde logo os seus efeitos da lei recém-editada, e se o faz a tempos depois, procede da mesma forma dizendo que a lei sempre foi inválida, embora isso seja dito mai tarde, de modo que não poderia produzir efeito nenhum. Por isto, tratando do tema, Clemerson Merlin Cleve escreve: ‘A decisão judicial, segundo a doutrina consagrada, é declaratória (declara um estado preexistente) e não constitutiva-negativa. O ato judicial não desconstitui (puro efeito revogatório) a lei, tal como ocorre, por exemplo, em outros modelos de fiscalização da constitucionalidade, mas apenas reconhece a existência de um ato viciado. E, por esse motivo, a decisão produz efeito ex tunc, retroagindo até o nascimento da norma impugnada’. (Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª. ed., RT de 2000, p. 244).”**

**A seguir, acrescenta o eminente relator Min. Luiz Fux:**

**“Em seguida, tal constitucionalista transcreve lição de**

**Alfredo Buzaid do seguinte teor: ‘O fundamento da doutrina americana e brasileira ETA, pois, em que, no conflito entre a lei ordinária e a Constituição, esta sempre prepondera sobre aquela. Se a lei pudesse adquirir validade, ainda que temporariamente, resultaria daí uma inversão na ordem das coisas, pois, durante o período de vigência a lei, se suspende necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição (Fiscalização Abstrata, cit., p. 245)’**

**Conclui o Min. Luiz Fux:**

**“Sabe-se que, em teoria, discute-se se a lei inconstitucional é inexistente, nula ou anulável (cf. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade de Zeno Veloso, 2ª. ed. Del Rey de 2000, p. 177 e SS), assim como são conhecidos os problemas práticos decorrentes da invalidação pura da norma inconstitucional com efeitos ex tunc. A meu ver, contudo, a ação declaratória de inconstitucionalidade – assim como sua correspondente estadual, tem, como o nome indica, natureza declaratória, e não pode o legislador mudar a natureza das coisas. Se o Tribunal declara a inconstitucionalidade, por reconhecer que a lei ofende preceito de hierarquia superior, afirma que a lei é inválida, que nunca valeu, sob pena de admitir que em certo período a lei inválida, ofensiva da Constituição, sobrepare a esta”.**

Entendemos, também, que estão absolutamente coerentes com os postulados, os princípios e as regras do nosso ordenamento jurídico, pelo que devem ser considerados em toda a extensão com que se apresentam, os fundamentos desenvolvidos na peça recursal que compõe o Processo onde foi proferido o AC 2006.70.01.006344/PR, elaborada pelo advogado Dr. Frederico Theophilo de Moura Theophilo, fls. 298/299, assim postos:

**“Com maior propriedade a declaração de inconstitucionalidade deve ter efeitos ab initio, erga omnes e ex tunc quando o dispositivo declarado atentava contra o direito à igualdade, à propriedade e, conseqüentemente, à legalidade estrita em matéria fiscal deste último recorrente.**

**Haver-se-á de convir que a segurança jurídica deva ocorrer de modo que os cidadãos, em geral, saibam qual é a forma de entendimento do Judiciário. Não é concebível conviver com a incerteza jurídica, tal como é**

**a situação que reina, atualmente. A apelante tendo uma decisão inválida, inexistente, se vê, diante dos demais contribuintes em situação antiisonômica, desigual, sujeita a pagar um tributo para o qual não existe lei, uma vez que o STF julgou tal dispositivo inconstitucional.**

**A segurança jurídica diz respeito primordialmente à irretroatividade da lei. Neste sentido é o mandamento constitucional. Os princípios de direito, em sua maioria, estão expressos em lei. Portanto, o artigo 485 do CPC, em seu inciso V, quando diz que a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando violar literal disposição de lei está, certamente, supondo que tal sentença está violando a lei válida. No caso a sentença escora-se em lei inválida, inexistente.**

**De outra parte, a ação rescisória só pode ser intentada no prazo de 2 (dois) anos contados da datado trânsito em julgado da sentença que se pretende rescindir. Ora, o lapso temporal exigido para a utilização do direito da rescisória é deveras curto diante das vicissitudes existentes no mundo fático, como ocorre no caso presente em que o STF, ou seja, o próprio Judiciário, somente depois de 9 (nove) anos da publicação da Lei 9.718/98, portanto, muito além do prazo fixado para a rescisória, considerou inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98. Diante deste fato, uma vez que a sentença da qual se pretende ver declarada a nulidade tinha considerado válido o § 1º do artigo 3º da Lei 9.718/98, também, ela, a sentença, se contaminou de invalidez, desde então, em decorrência da decisão do Excelso Tribunal. Neste caso, de invalidez da lei em que se fundou a sentença, como é caso de nulidade absoluta a mesma pode ser rescindida a qualquer tempo, independentemente de prazo, como defendem muitos autores ou mesmo ser objeto de ação declaratória de nulidade.**

**No caso presente, a sentença apelada sobrevaloriza o procedimento em detrimento da distribuição do justo, do equânime, da Justiça, como tal.**

**Com efeito, o direito deve procurar se encontrar com a Justiça e, para tanto, deve pautar-se submisso a todos os demais princípios informadores do Estado Democrático de Direito, dentre estes, principalmente, o da igualdade e o da legalidade, especialmente em matéria fiscal, o da legalidade estrita”.**

**O STF, no RE 97.589, julgado pelo Pleno, relatado pelo Min. Moreira Alves, DJU de 03.06.1982, p. 7.883, assentou que:**

**“Ação Declaratória de Nulidade de**



**Sentença por ser nula a citação do réu revel na ação em que ela foi proferida. 1. Para a hipótese prevista no art. 741, I, do atual CPC, que é a da falta ou nulidade de citação, havendo revelia, persiste, no Direito positivo brasileiro, a “querela nullitatis”, o que implica dizer a nulidade da sentença, nesse caso, pode ser declarada em ação declaratória de nulidade, independentemente do prazo para a propositura da ação rescisória que, em rigor, não é cabível para essa hipótese.” Obs. A referida decisão aplica-se, pela semelhança de situação, isto é, por ser nenhuma a sentença, aos casos de coisa julgada inconstitucional.**

**No “Resp n. 7556/RO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, 3ª. T, julgado em 13.08.91, DJ de 02.09.91, está proclamado:**

**“Ação rescisória. Nulidade da citação. Nula a citação, não se constitui a relação processual e a sentença não transita em julgado, podendo, a qualquer tempo, ser declarada nula, em ação com esse objetivo, ou em embargos à execução, se o caso (art. 741, I, CPC). Intentada a rescisória, não será possível julgá-la procedente, por não se o caso de rescisão. Deverá ser, não obstante, declarada a nulidade do processo, a partir do momento em que se verificou o vício”.**

**A Min. Denise Arruda, em célebre voto proferido no Resp n. 622.405/SP, julgado pela 1ª. Turma do STJ, deixou assentado, em 14.08.2007, a prevalência em nosso ordenamento jurídico da “querela nullitatis”. Eis o que escreveu a eminente relatora e foi aceito pela Turma:**

**“2. Segundo a teoria da relativização da coisa julgada, haverá situações em que a própria sentença, por conter vícios insanáveis, será considerada inexistente juridicamente. Se a sentença sequer existe no mundo jurídico, não poderá ser reconhecida como tal, e, por esse motivo, nunca transitará em julgado. 3. ‘A coisa julgada, enquanto fenômeno decorrente de princípio ligado ao Estado Democrático de Direito, convive com outros princípios fundamentais igualmente pertinentes. Ademais, como todos os atos oriundos do Estado, também a coisa julgada se formará se presentes pressupostos legalmente estabelecidos. Ausentes estes, de duas, uma: (a) ou a decisão não ficará acobertada pela coisa julgada, ou (b) embora suscetível de ser atingida pela coisa julgada, a decisão poderá, ainda assim, ser revista**

*pelo próprio Estado, desde que presentes motivos preestabelecidos na norma jurídica, adequadamente interpretada'*(WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. 'O Dogma da Coisa Julgada: Hipóteses de Relativização', São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pág. 25). 4. 'A escolha dos caminhos adequados à infringência da coisa julgada em cada caso concreto é um problema bem menor e de solução não muito difícil, a partir de quando se aceite a tese da relativização dessa autoridade - esse, sim, o problema central, polêmico e de extraordinária magnitude sistemática, como procurei demonstrar. Tomo a liberdade de tomar à lição de Pontes de Miranda e do leque de possibilidades que sugere, como: a) a propositura de nova demanda igual à primeira, desconsiderada a coisa julgada; b) a resistência à execução, por meio de embargos a ela ou mediante alegações incidentes ao próprio processo executivo; e c) a alegação incidenter tantum em algum outro processo, inclusive em peças defensivas'. (DINAMARCO, Cândido Rangel. 'Coisa Julgada Inconstitucional' — Coordenador Carlos Valder do Nascimento - 2ª edição, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, págs. 63-65). 5. *Verifica-se, portanto, que a desconstituição da coisa julgada pode ser perseguida até mesmo por intermédio de alegações incidentes ao próprio processo executivo, tal como ocorreu na hipótese dos autos*".

Demonstrado está, de modo inequívoco, que o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª. Região que não reconheceu a "querella nulitatis" como via própria para a desconstituição de sentença inconstitucional transitada em julgado, está em evidente divergência com o posicionamento a respeito assumido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A via do Recurso Especial, caso interposto, portanto, com base no art. 105, "c", da CF, deve ser eleita para se buscar reformar a referida decisão, em face da notória divergência. Sendo provido o recurso, o que certamente será, os autos voltarão para o Tribunal "a quo" a fim de que o mérito seja examinado, se o órgão julgador "ad quem" não entender de fazê-lo.

Registramos que o presente estudo tem por finalidade ampliar os debates sobre os temas nele enfocados, respeitando, evidentemente, os que se posicionam em sentido contrário, não se constituindo em peça processual, pelo que autorizamos a sua publicação em Revistas Especializadas, em sites jurídicos e outros meios

de veiculação da doutrina do direito. Salientamos, por fim, que, nos casos concretos que serviram de inspiração para o estudo ora desenvolvido, há um fato grave a ser, também, considerado: o de que a empresa foi autuada pelo fisco para pagar os tributos questionados – PIS e COFINS – tendo como base sentenças transitadas em julgado. Já afirmamos e repetimos que estas sentenças não têm validade, não têm eficácia, não produzem efetividade. Elas são nada para o mundo jurídico. Não têm força de emissão de efeitos, tendo em vista as decisões supervenientes do STF reconhecendo a inconstitucionalidade do dispositivo legal que serviu de base para o proferimento dos julgados em questão. Em síntese, na via administrativa, o Fisco pretende receber valores de COFINS incidentes sobre receitas decorrentes de variações monetárias e cambiais, unicamente, com base em sentenças inconstitucionais que transitaram em julgado. Idem o PIS. Ora, tanto a COFINS e o PIS só podem incidir sobre vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e ou de serviços. A exigência fiscal é de uma ilegalidade afrontosa ao Estado Democrático de Direito e, especialmente, ao princípio da legalidade tributária.

## **BIBLIOGRAFIA:**

Antunes Rocha, Carmen Lúcia – *Princípios Constitucionais da Administração Pública* – Belo Horizonte: Del Rey. 1996. Barros, Evandro Silva - “*Coisa Julgada Inconstitucional e Limitação Temporal para a Propositura da Ação Rescisória*”. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, Ano 12, n. 47, Abril de Junho de 2004.

Bastos, Celso – “O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”, artigo na obra coletiva “*O Princípio da Moralidade no Direito Tributário*”, coordenada por Ives Gandra da Silva Martins. SP: RT e Centro de Extensão Universitária, 1996.

Batista, Paula. “Teoria e Prática de Processo”.

Boehmer, Gustav – “El Derecho através de la jurisprudencia – su aplicación y creación”. Barcelona: Bach, Casa Editorial – Urgel.

Cernicchiaro, Luiz Vicente – “Direito Alternativo” – *Revista Forense*, n. 7, julho/97.

Canotilho, J. J. Gomes – “Direito Constitucional”. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

Carrió, Genaro R. e Carrió, Alejandro D – “El Recurso Extraordinario por Sentencia arbitraria – Em La Jurisprudencia de La Corte Suprema” – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 3ª. Ed.

Carvalho, Paulo Barros – “O Sobreprincípio da Segurança Jurídica e a Revogação das Normas Tributárias” – In: “Crédito-Prêmio de IPI – Estudos e Pareceres III” – SP: Ed. Manole, 2005.

.....Tributo e Segurança Jurídica – In: *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição* – Obra coletiva coordenada por George Salomão Leite. SP: Malheiros, 2003.

Coelho Inocêncio; Mendes, Gilmar Ferreira; Gonet Branco, Paulo Gustavo – “Curso de Direito Constitucional”. SP: Saraiva, 2ª. ed., 2008.

Cooley, Thomas – *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte* – SP: RT, 1982, 2ª. Ed.

Costa, Eduardo Silva – “Justiça e DNA” – *Jornal “A TARDE”* – Salvador: Bahia. Ed. 1.09.2000.

Cordeiro, Rodrigo Aiache – “O Princípio da Legalidade Tributária” – In: [www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1371 - 46k](http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1371-46k)

Cunha, Paulo Manoel – “Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional” – Lisboa: Lex, 1993.

Dantas, Ivo – “O Valor da Constituição”. RJ: Editora Renovar, 2ª. Ed.

.....”*Coisa Julgada Inconstitucional: Declaração Judicial de Inexistência*” – *Revista Forum Administrativo* – maio 2002.

Dias, Francisco Barros – “Breve Análise Sobre a Coisa Julgada Inconstitucional” . In: [www.jfrn.gov.br/docs/doutrina129.doc](http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina129.doc)

Dinamarco, Cândido Rangel – “Introdução ao Direito Processual Civil”. SP: Malheiros. Vol. III.

Espíndola, Samuel – *Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa* – In: “*Dos Princípios Constitucionais – Considerações em*

torno das normas principiológicas da Constituição” – Obra coletiva coordenada por George Salomão Leite. SP: Malheiros, 2003.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves – “Comentários à Constituição Brasileira de 1988 – SP: Saraiva, Vol. I, 1990.

Freitas, Isaías Dantas – “Segurança Jurídica” – In: <http://www.acordabrasil.com.br/artigo34htm>.

Frias, Pedro J. – “Estado de Derecho y Seguridad Jurídica” – In: Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, n. 1, janeiro/junho de 2003.

Greco, Marco Aurélio e Pontes, Helenilson Cunha – “Inconstitucionalidade da Lei Tributária – Repetição de Indébito” – SP: Dialética, 2007.

Hesse, Konrad – “A Força Normativa da Constituição” – trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre – Fabris, 1991.

José de Siqueira, Cláudi Drewes – “Segurança Jurídica no Direito Tributário” – In: Revista de Estudos Tributários da Editora Síntese, n. 32, julho/Agosto de 2003.

Junior, França Fausto – “A coisa julgada inconstitucional e seu controle por meio de ADPF” – <http://WWW.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=496>.

Júnior, Mauro Nicolau – “Segurança Jurídica e Certeza do Direito. Realidade ou Utopia num Estado Democrático de Direito?” – Revista ADV – Advocacia Dinâmica, Ed.2004, p. 18.

Marques, José Frederico – “Elementos de Direito Processual Penal”. SP: Forense, Vol. III.

Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz – “Manual de Processo de Conhecimento”. SP. Revista dos Tribunais.

Malerbi, Diva – “O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”. Em “Pesquisas Tributárias – Nova Série 2”. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins. SP: RT e Centro de Extensão Universitária.

Mendonça, Jacy de Sousa. “Informe Liberal do Instituto Liberal de São Paulo”, 1996.

Miranda, Pontes de - “Comentários ao Código de Processo Civil”. Rio de Janeiro: Forense. Tomo V. 1974.

Montesquieu – De L’Espirít de Lois – Livro II, cap. 4.

Moreira, Eduardo Ribeiro – “O Novo Aproveitamento do

Mota de Souza, Carlos Aurélio – “Segurança Jurídica e Jurisprudência” . SP: ITR, 1996.

Mandado de Injunção”. In Revista IBDC, n. 60.

Nascimento, Carlos Valder -

Oliveira Lima, Paulo Roberto. “Teoria da Coisa Julgada”. SP: RT.

Otero, Paulo – “Ensaio sobre a Coisa Julgada Inconstitucional” – Lisboa: Lex, 1993.

Pellegrini, Ada – “Direito Processual Civil”, edição 1974.

Perez Luño, Antonio-Enrique – “La seguridad jurídica”. Barcelona: Aire Editorial, 1994.

Pereira, Virgínia Prenholatto – “A Flexibilização da Coisa Julgada” – In: <http://www.uva.br/icj/artigos>.

Pimentel, Wellington Moreira – “Comentários ao Código de Processo Civil”. SP: RT.

Rocco, Hugo – “Tratado de Diritto Processuale Civile” – Vol. II.

Roguin, Ernest – “Ciência Jurídica Pura” – Lousanne- F. Rouge.

Rosa Cárcamo Lobo, Maria Teresa de Almeida. “O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”, em “O Princípio da Moralidade no Direito Tributário”, obra coletiva coordenada por Ives Gandra da Silva Martins. SP: RT e Centro de Extensão Universitária, 1996.

Santos, Moacyr Amaral – “Comentários ao Código de Processo Civil”. Rio de Janeiro: Forense, IV Volume.

Sapucahy, Flávia – “Relativização da Coisa Julgada” – [WWW.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551](http://WWW.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=551).

Silva da, Ovídio A. Baptista – “Coisa Julgada Relativa” – In: Revista Jurídica 316, fevereiro/2004.

Talamini, Eduardo – “Coisa Julgada e Sua Revisão” – SP: RT, 2005.

Tesheiner, José Maria – “Eficácia da Sentença e Coisa Julgada no Processo Civil” – SP: RT, 2001.

Theodoro Júnior, Humberto – “Coisa Julgada” – Verbete em Digesto do Processo Civil, Vol. 2. Rio de Janeiro: Forense.

Theodoro Júnior, Humberto e Farias, Juliana Cordeiro – “Coisa Julgada Inconstitucional: a coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle” – SP: Editora América, 2007.

Velloso, Andrei Pitten – “A outorga de efeitos a leis tributárias inconstitucionais” – In: <http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=1859>.

Vilanova, Lourival – “Escritos jurídicos e filosóficos”. SP: Axis Mundi: IBET, 2003.

Wambier, Teresa Arruda Alvim e Garcia Medina, José Miguel – “O Dogma da Coisa Julgada – Hipótese de Relativização” – RT – 2003.

Wu Banderia, Mei Lin Lopes – “Relativização da coisa julgada pela inconstitucionalidade superveniente” – In: <http://www.acmpce.org.br/revista/ano5/n.11/artigo08.php>.

Zanella di Prieto, Maria Sylvia. “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”. SP: Atlas, 1991.