

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRENO SANTANA GALDINO

OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

BELO HORIZONTE
FEVEREIRO, 2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Breno Santana Galdino

OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito e Justiça

Linha de pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Projeto Estruturante: Justiça Tributária e Segurança Jurídica

Orientador: Prof. Dr. André Mendes Moreira

Belo Horizonte

Fevereiro, 2020.

G1491 Galdino, Breno Santana
Os limites da coisa julgada no direito tributário / Breno Santana
Galdino. — 2020.

Orientador: André Mendes Moreira.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito tributário – Brasil – Teses 2. Luhmann, Niklas, 1927-1998
3. Coisa julgada – Teses 4. Direito processual – Teses 5. Garantia (Direito)
I. Título

CDU(1976) 336.2(81)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Breno Santana Galdino

OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2020.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obter o título de Mestre em Direito. Ao fim da defesa, o candidato foi _____ pela banca examinadora.

Componentes da Banca Examinadora

Professor Doutor André Mendes Moreira (Orientador – UFMG)

Professor Doutor Onofre Alves Batista Junior (UFMG)

Professor Doutor Fernando Daniel de Moura Fonseca (Faculdades Milton Campos)

Professor Doutor Tácio Lacerda Gama (PUC-SP)

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

Breno Santana Galdino

OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO

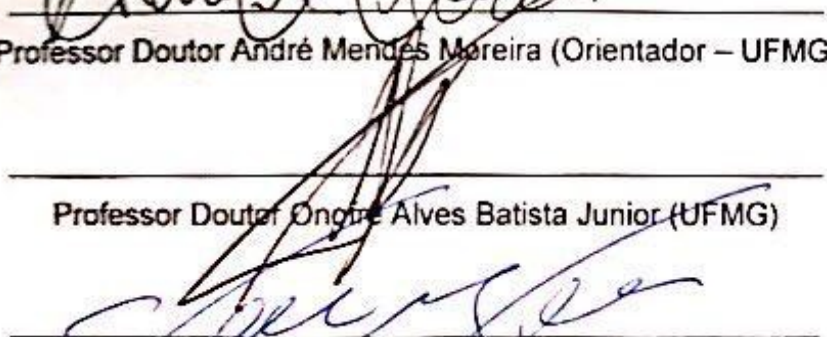
Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2020.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais visando a obter o título de Mestre em Direito. Ao fim da defesa, o candidato foi APROVADO pela banca examinadora.

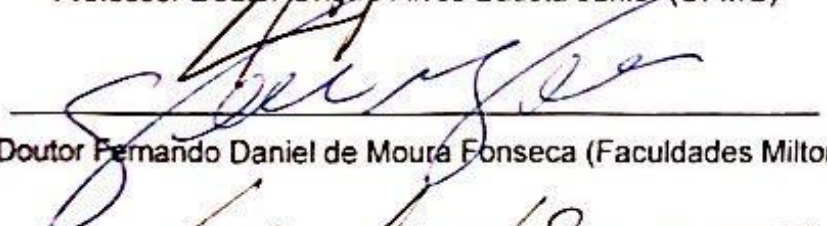
Componentes da Banca Examinadora



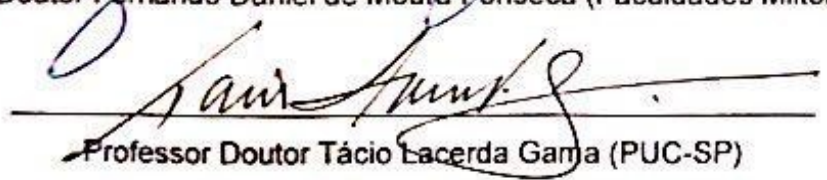
Professor Doutor André Mendes Moreira (Orientador – UFMG)



Professor Doutor Onofre Alves Batista Junior (UFMG)



Professor Doutor Fernando Daniel de Moura Fonseca (Faculdades Milton Campos)



Professor Doutor Tácio Lacerda Garza (PUC-SP)

CERTIDÃO

CERTIFICO, para os devidos fins e a pedido do interessado, que **BRENO SANTANA GALDINO** defendeu dissertação de Mestrado sob o título "**OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO**", aos dezenove dias do mês de fevereiro do ano de dois mil vinte, perante a banca examinadora composta pelos Professores Doutores André Mendes Moreira (Orientador/UFMG), Onofre Alves Batista Júnior (UFMG), Fernando Daniel de Moura Fonseca (Faculdade de Direito Milton Campos) e Tácio Lacerda Gama (PUC-SP), que consideraram o candidato "**aprovado**" com a nota **88**. Informamos que o interessado cumpriu todos os requisitos exigidos pelo curso, estando apto para receber o título de Mestre, bem como todos os direitos que lhe confere o título. É o que me cumpre **certificar**, pelo que eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, lavro a presente **certidão** que dato e assino.

Belo Horizonte, 19 de fevereiro de 2020.



Saul Bernardo Aragão Santana
Assistente em Administração
Faculdade de Direito da UFMG
UFMG: 2.867X SIAPE: 10001

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
FACULDADE DE DIREITO DA UFMG

Av. João Pinheiro, 100, 11º andar, Bairro Centro
Belo Horizonte, MG - Brasil - CEP: 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 ou (31) 3409-8636
E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - www.direito.ufmg.br

RESUMO

Encontram-se para julgamento no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2016, com repercussão geral reconhecida, os Recursos Extraordinários nº 949.297 e nº 955.227. Ambos os recursos, em que pese possuírem como fundo a temática da constitucionalidade da CSLL, versam diretamente sobre os limites da coisa julgada no ordenamento jurídico nacional e sua aplicação ao direito tributário. Este trabalho buscará, por meio de uma reinterpretação da coisa julgada, às luzes da doutrina de Niklas Luhmann, apontar a correta tratativa que a matéria deve ter em relação ao Direito Tributário. Defende-se nesta dissertação que a coisa julgada, mecanismo fornecido pelo próprio direito para o alcance da estabilidade sistêmica necessária à segurança jurídica, não pode ficar sujeita às diversas ponderações e relativizações a que têm sido submetida. Ao contrário, possuindo caráter de regra jurídica, a coisa julgada merece ter seus limites demarcados e respeitados, para que seja preservada a segurança dos cidadãos. Isso não implica, conforme será apresentado, sua absolutização, com o que se permitiria a existência de antinomias no ordenamento jurídico. Entretanto, as correções necessárias devem ser realizadas em conformidade com as alternativas eleitas e apresentadas pelo direito positivo, em respeito às especificidades do direito tributário e à sua metodologia específica.

Palavras-chave: Direito Tributário – Direito Processual – Coisa Julgada – Relativização – Niklas Luhmann – Sistemas – Segurança Jurídica

ABSTRACT

Since 2016, with recognized general repercussion, the Extraordinary Appeals No. 949,297 and 955,227 are currently pending judgment by the Federal Supreme Court. Both appeals, in spite of having fundamentally the theme of the institution of the CSLL, deal directly with the limits of the *res iudicata* in the national legal system and its application to the branch of the tax law. This work will seek, through a reinterpretation of the *res iudicata* in the light of the doctrine of Niklas Luhmann, to point out the correct approach that the institute must take in relation to the Tax Law. It is argued here that the *res iudicata*, as a mechanism provided by law itself for the systemic closure necessary for legal certainty, cannot be subject to the various considerations and relativizations to which the various principles of the national legal order have been subjected daily. On the contrary, having a legal rule character, the *res iudicata* deserves to have its limits demarcated and respected, so that the security of the citizens is preserved. This does not imply, as will be presented, its absolutization, allowing the existence of antinomies in the legal system. However, the necessary corrections must be made in accordance with the alternatives chosen and presented by positive law, respecting the specificities of tax law and its specific methodology.

Keywords: Tax Law - Procedural Law - Judged Thing - Relativization - Niklas Luhmann - Systems - Legal Security

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 – DIREITO, SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA: O DIREITO COMO SISTEMA E ESTRUTURA DA SOCIEDADE	14
1.1. Preliminarmente, uma justificativa	14
1.2. Sociedade e segurança	15
1.3. Sociedade, Direito e a segurança, agora jurídica	17
1.4. Direito, segurança jurídica e justiça	20
1.5. Niklas Luhmann: O Direito como sistema	22
Conclusões parciais	25
CAPÍTULO 2 – COISA JULGADA: REINTEPRETAÇÃO DE SEU PAPEL COMO INSTRUMENTO DE ESTABILIDADE SISTÊMICA	26
2.1. A sentença judicial como aplicação e criação do Direito	26
2.2. Coisa julgada: teoria	30
2.2.1. <i>Definições</i>	30
2.2.1.1. Previsão normativa	30
2.2.1.2. A Coisa julgada na interpretação de CHIOVENDA	31
2.2.1.3. A Coisa julgada na interpretação de LIEBMAN	32
2.2.1.4. As concepções dos atuais processualistas	33
2.2.2. <i>A natureza jurídica da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro</i>	35
2.2.2.1. Positivismo e neoconstitucionalismo: considerações gerais	35
2.2.2.2. Princípios e regras: compreensão e aplicação nas correntes positivistas e neoconstitucionalistas	38
2.2.2.3. Coisa julgada: o posicionamento dos principais autores sobre a temática	41
2.2.2.4. Para além da natureza jurídica: a reinterpretação da Coisa Julgada como mecanismo de estabilidade sistêmica	42
2.3. Neoconstitucionalismo e a relativização da coisa julgada: uma leitura crítica	46
2.3.1. <i>A releitura do papel do Poder Judiciário segundo Luís Roberto Barroso</i>	46
2.3.2. <i>Coisa julgada inconstitucional e sua relativização: teoria</i>	49
2.3.2.1. Controle de constitucionalidade: fundamentos	49
2.3.2.1.1. Origem	49
2.3.2.1.2. Modelos de controle de constitucionalidade	50
2.3.2.1.3. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade	52
2.3.3. <i>A natureza jurídica da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade</i>	53
2.3.3.1. Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade	54
2.3.3.2. Decisões em controle difuso de constitucionalidade	55
2.3.3.2.1. Decisões proferidas em sede de controle difuso, pelos juízes e tribunais pátrios, à exceção do STF	56
2.3.3.2.2. Decisões proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal	56
A) A repercussão geral e seus efeitos	57
B) Recursos não afetados pela sistemática dos repetitivos	58
C) Recursos afetados pela sistemática dos repetitivos	59

2.3.4. <i>Coisa julgada inconstitucional: conceituação</i>	60
2.3.5. <i>Coisa julgada inconstitucional?</i>	63
2.4. O necessário resgate do Poder Judiciário como órgão de equilíbrio sistêmico	70
Conclusões Parciais	72
CAPÍTULO 3 – COISA JULGADA E DIREITO TRIBUTÁRIO: CORRELAÇÕES ..	75
3.1. A metodologia específica do Direito Tributário	75
3.2. Há possibilidade de “interferência” das regras de Direito Tributário na Coisa Julgada?	78
3.3. Coisa julgada tributária?	80
3.3.1. <i>As principais ações tributárias e seus efeitos temporais</i>	80
3.3.2. <i>Coisa julgada tributária: confiança, coerência do sistema: robusta proteção do direito à coisa julgada versando sobre matéria tributária</i>	82
Conclusões parciais	84
CAPÍTULO 4 – OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO: RELEITURAS	85
4.1. Os limites da coisa julgada, segundo a doutrina	85
4.1.1. <i>Limites subjetivos</i>	85
4.1.2. <i>Limites objetivos</i>	87
4.1.3. <i>Limites espaciais</i>	88
4.1.4. <i>Limites temporais</i>	89
4.2. Os limites da coisa julgada no Direito Tributário: polêmicas e releituras 90	
4.2.1. <i>Coisa julgada e execução fiscal</i>	91
4.2.2. <i>Coisa julgada e mandado de segurança</i>	92
4.2.3. <i>Coisa julgada e o argumento declaratório</i>	92
4.2.4. <i>Coisa julgada e inexigibilidade da obrigação diante da declaração de inconstitucionalidade (art. 525, §12 e art. 535, §5º, CPC/15)</i>	93
4.2.5. <i>A validade da coisa julgada posterior, segundo o entendimento do STJ</i>	95
4.2.6. <i>Relações jurídicas de trato sucessivo: o principal problema</i>	97
4.2.6.1. <i>Súmula nº 239, STF</i>	97
4.2.6.2. <i>Coisa julgada inconstitucional, relações tributárias de trato sucessivo e o parecer PGFN nº 492/2011</i>	99
4.2.7. <i>Ação rescisória, a súmula nº 343 do STF e o novo limite insculpido nos artigos 525, §15 e 535, §8º do CPC/2015</i>	103
Conclusões parciais	108
CONCLUSÃO – O esvaziamento do instituto da coisa julgada	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	112

INTRODUÇÃO

Encontram-se aguardando julgamento no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2016, com repercussão geral reconhecida, os Recursos Extraordinários nº 949.297 e nº 955.227. O pano de fundo de ambos diz respeito à Lei nº 7.689/1988, que instituiu a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido (CSLL) no ordenamento jurídico brasileiro.

Nos termos da referida lei, foi criada a Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social. A Lei nº 7.689/1988 também estabeleceu a base de cálculo, as alíquotas aplicáveis e os contribuintes da referida contribuição. Com a promulgação da lei, entretanto, advieram vários processos judiciais questionando a legitimidade da recém-instituída CSLL. A questão foi largamente discutida nos Recursos Extraordinários nº 146.733 (BRASIL, 1992) e nº 150.764 (BRASIL, 1993), em que restaram invalidados os artigos 8º e 9º do referido diploma normativo. No entanto, em que pese a invalidação desses dispositivos (que tratavam, especificamente, sobre a data de vigência da contribuição e sobre a manutenção de outras contribuições previstas na legislação), a constitucionalidade da CSLL foi consagrada pela ADI nº 15, julgada no ano de 2007 (BRASIL, 2007).

Entretanto, como, como foram várias as empresas que ingressaram com ações perante o Poder Judiciário pleiteando a inconstitucionalidade da Lei nº 7.689/1988 (BRASIL, 1988b), algumas delas conseguiram a declaração de inconstitucionalidade do referido tributo. Em certos casos, as sentenças transitaram em julgado anteriormente a avaliação julgamento da ADI nº 15/2007 pelo plenário do STF, que resolveu a questão em caráter definitivo. Assim, ainda que o STF tenha assentado a validade da lei instituidora da CSLL, diversas empresas já possuíam, em seu favor, decisões transitadas em julgado declarando a inconstitucionalidade do tributo e, por conseguinte, o direito à não cobrança, pelo fisco, da referida contribuição.

Assim, gerou-se uma situação de “perplexidade” no ordenamento jurídico. Isto porque, para a maior parte dos contribuintes, a decisão legitimou a instituição do tributo e, portanto, autorizou o fisco a prosseguir com as cobranças referentes aos valores devidos. Lado outro, para um universo menor de contribuintes, que possuíam decisões individuais transitadas em julgado declarando a inconstitucionalidade da CSLL, a situação era de limbo jurídico. Afinal, seria a decisão do Supremo Tribunal

Federal oponível à decisão transitada em julgado desses contribuintes, permitindo ao fisco novos lançamentos a partir da declaração *erga omnes* de constitucionalidade da CSLL? Caso positivo, haveria necessidade de algum ato prévio aos novéis lançamentos fiscais?

Outra situação dúbia que surge com essa situação diz respeito aos poderes do fisco para, eventualmente, realizar lançamentos de exercícios anteriores à decisão, diante da decisão de constitucionalidade. Até que grau as sentenças transitadas, que declararam a inconstitucionalidade, amparam os contribuintes?

Ainda que com leves diferenças quanto aos objetos de discussão, verifica-se que, em ambos os casos, o cerne dos questionamentos perpassa pela análise da extensão e dos limites da coisa julgada em face de decisões proferidas pelo STF em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. A matéria fica ainda mais controvertida nos casos em que as decisões transitadas em julgado declaram a inconstitucionalidade de um tributo que posteriormente é considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

A Constituição Federal estabelece, em seu art. 5º, XXXVI, a proteção da coisa julgada no direito pátrio, cuja definição e regramento é encontrada no Diploma Processual Civil¹.

Segundo Bernardo Gonçalves FERNANDES (2018, p. 533), a coisa julgada pode ser caracterizada como uma decisão proferida pelo Poder Judiciário da qual não é cabível mais qualquer recurso. Seu objetivo seria *a garantia da estabilidade nas relações sociais*. José Afonso da SILVA (2010, p. 436) ressalta que a garantia da coisa julgada tutela a certeza jurídica ao sujeito de que o direito consignado em decisão judicial ingressou definitivamente em seu patrimônio. No mesmo sentido, Humberto THEODORO JUNIOR (2015, p. 1080) destaca que a coisa julgada, mais do que “efeito” da sentença, é uma qualidade que é caracterizada pela imutabilidade do *decisum* e dos seus respectivos efeitos.

A situação ganha, ainda, novos elementos ao se considerar que, diferentemente da maioria dos países ao redor do mundo, o constituinte brasileiro optou por discorrer largamente sobre o direito tributário no texto constitucional (COELHO, 2012, p.44). Como sabido, o Direito Tributário é o ramo jurídico que busca regulamentar a atividade de tributação do Estado, protegendo os cidadãos

¹ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. (BRASIL, 2015)

(contribuintes, enquanto sujeitos passivos da obrigação) de eventuais potestades do Estado (COELHO, 2012, p. 31)².

Nesse sentido, a atividade tributária é caracterizada como um claro ato de poder do Estado sobre seus súditos, devendo ser regida por sérias amarras. No caso brasileiro, é mandamento máximo o princípio da legalidade, em sua forma mais estrita, conforme apontam o art. 150, I da Constituição Federal (BRASIL, 1988a) e arts. 3º e 97 do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966).

A justificativa para a adoção destes expedientes possui caráter histórico. Nem sempre a atividade tributante do Estado fora devidamente regulamentada. Ao contrário, houve momentos em que o Estado, não submetido à soberania das leis ou de qualquer outro poder limitador, guiava sua atividade fiscal segundo os ditames e vontades do rei³. A insegurança jurídica que preponderava neste período era tamanha que contribuiu decisivamente para a ocorrência das revoluções burguesas/liberais nos séculos XVII e XVIII (HOBSBAWM, 2012, p. 32-33).

Desde então, cumpre notar que a atividade tributária, não somente no Brasil, mas ao redor do mundo, passou a ser muito mais monitorada e positivada, com a finalidade de proteger os cidadãos frente à potestade estatal. No caso brasileiro, como dito, a ordem tributária foi minudentemente constitucionalizada, dotando as diretrizes deste ramo do direito de mecanismos extremamente rígidos para sua alteração⁴.

A constitucionalização do direito tributário pátrio tem, nesse sentido, como principal consequência o incremento da segurança jurídica para os contribuintes. Este conceito, que muitas vezes é associado à própria existência do Direito, relaciona-se à ideia de previsibilidade das relações sociais em um determinado momento histórico,

² “O objeto do Direito Tributário, portanto, é reger relação jurídica que se estabelece entre o Estado e as pessoas físicas e jurídicas, tendo em vista o pagamento dos tributos por estas últimas e o recebimento dos mesmos pelas pessoas políticas ou, se se preferir, pelo Estado.” (COELHO, 2012, p. 31)

³ “O camponês mais ou menos livre, grande, médio ou pequeno, era o lavrador típico. Se de alguma forma arrendatário, pagava aluguel ao senhor das terras (ou, em algumas áreas, uma quota da safra). Caso fosse tecnicamente um livre proprietário, provavelmente ainda devia ao senhor local uma série de obrigações que podiam ou não ser convertidas em dinheiro (como por exemplo a obrigação de enviar seu trigo para o moinho do senhor), assim como devia impostos ao príncipe, à Igreja, e algumas obrigações de trabalho forçado, todas elas em contraste com a isenção relativa das camadas sociais mais altas.” (HOBSBAWM, 2012, p. 26)

⁴ “Desde a instituição do sistema constitucional tributário rígido e inflexível com a CF/34, o Brasil destacou-se no âmbito do direito comparado, registrando-se a singularidade do sistema constitucional brasileiro. Nenhum outro país detalha exaustivamente as competências tributárias em seu texto constitucional. O sistema constitucional brasileiro é ímpar ao procurar eliminar a dupla tributação e proteger o contribuinte, prevendo extenso rol de limitações constitucionais ao poder de tributar” (FUCK, 2017, p. 91).

permitindo aos sujeitos de direito o exercício de suas prerrogativas de forma otimizada. Ao longo dos séculos, sempre foi uma das constantes lutas das civilizações a possibilidade de planejamento da vida com base em um ordenamento estável, que aponta os mecanismos para sua manutenção, modificação, ampliação e aperfeiçoamento ao longo dos tempos.

No campo do Direito Tributário, não há que se falar em movimentação diferenciada. Neste ramo, juntamente à legalidade, restaram também garantidos no texto constitucional a irretroatividade, a boa-fé e a proteção da confiança, que também devem nortear a atividade tributária estatal. No entanto, em decorrência de concepções neoconstitucionalistas, a segurança jurídica no direito tributário tem sido profundamente afetada, com decisões que cada vez mais tem ocasionado, por exemplo, o aumento ou criação de tributos sem a devida previsão legal⁵.

Sobre a temática que é objeto deste trabalho, uma das principais decorrências dessa influência neoconstitucionalista seria a possibilidade de relativização dos efeitos da coisa julgada em casos de pronunciamento posterior do STF em sentido diverso ao da *res judicata*. No caso da constitucionalidade da CSLL, objeto de análise neste texto, no dia 25 de março de 2016 o Supremo Tribunal Federal declarou a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 949.297⁶, nos seguintes termos:

Tema 881: Limites da coisa julgada em matéria tributária, notadamente diante de julgamento, em controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal, que declara a constitucionalidade de tributo anteriormente considerado inconstitucional, na via do controle incidental, por decisão transitada em julgado. (BRASIL, 2016a)

Correlacionado ao citado Tema nº 881, no dia 01 de abril de 2016 o Supremo Tribunal Federal também reconheceu a existência de Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 955.227, com a seguinte temática:

Tema 885: Efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade sobre a coisa julgada formada nas relações tributárias de trato continuado. (BRASIL, 2016b)

⁵ Sobre o assunto, ver: Recurso Extraordinário nº 838.284 (BRASIL, 2016) e ADI nº 4.697 (BRASIL, 2017)

⁶ Segundo o histórico da ação, cuidou-se de mandado de segurança alegando ofensa à coisa julgada em razão de autuação do fisco em razão de CSLL não recolhido pela empresa que, no ano de 1989 ingressou com mandado de segurança em face da Lei nº 7.689/1988. Na ocasião, houve concessão da segurança, com a declaração de inconstitucionalidade do tributo. A decisão transitou em julgado no ano de 1992.

Diante do escasso posicionamento da jurisprudência sobre o assunto, em especial do Supremo Tribunal Federal, bem como face à profusão de escritos doutrinários sobre o assunto, justifica-se um estudo acerca do instituto da coisa julgada, suas características e limitações, principalmente quando versar sobre matéria tributária, para que então, tente-se aclarar quais são as possibilidades de ação da Suprema Corte no enfrentamento da Coisa Julgada Inconstitucional em matéria tributária.

Neste panorama, são perguntas que precisam ser respondidas:

A) Qual a relação entre o Direito e a segurança jurídica? Qual a importância da segurança jurídica para a sociedade?

B) O que é a coisa julgada? Qual é a sua relação com a segurança jurídica e o Direito? Qual é sua função jurídica e institucional?

C) O que é a relativização da coisa julgada? Quais os fundamentos e fins para a relativização?

D) Ao Direito Tributário pode-se aplicar irrestritamente a relativização da coisa julgada? Existem mandamentos e restrições à relativização que emanam em razão da especificidade do ramo jurídico?

E) Qual é o atual estado de desenvolvimento do instituto? Quais são as polêmicas e os posicionamentos jurisprudenciais a respeito do assunto?

Para responder às questões, o presente trabalho será dividido em quatro partes, destinadas a tratar dos assuntos e questionamentos acima elencados, objetivando elucidar, ao final, os limites da coisa julgada no tocante à matéria tributária.

Na primeira parte, pretende-se traçar algumas linhas sobre a sempre conturbada relação entre a segurança jurídica, o Direito, a sociedade e os diversos conceitos de justiça existentes. Aqui, será apresentado, como marco teórico para a análise, o conceito de LUHMANN do Direito como sistema e estrutura da sociedade (LUHMANN, 1989).

A segunda parte será dedicada ao estudo da coisa julgada enquanto instituto processual, passando a interpretá-la dentro do pensamento de Niklas LUHMANN, como mecanismo de estabilidade sistêmica. A análise será iniciada pela revisão da natureza jurídica da “decisão judicial” e, a partir daí, serão explorados os conceitos já trazidos pela doutrina para “coisa julgada” e sua natureza jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda nesta seção, serão estudadas as doutrinas referentes ao

movimento de relativização da coisa julgada, e as interpretações de diversos autores neoconstitucionalistas sobre o assunto. O capítulo será encerrado com uma defesa do resgate do Poder Judiciário como órgão responsável, em primeiro lugar, pelo equilíbrio do sistema jurídico, e quais os passos e premissas devem ser adotadas para que se atinja tal finalidade.

Na terceira parte serão exploradas as interconexões entre o direito processual e o direito tributário e as possíveis influências que o direito material pode possuir sobre a coisa julgada. Defende-se, neste ponto, que a metodologia específica do direito tributário, fortemente marcada pela segurança jurídica e proteção da confiança é apta a influenciar (e influencia, de fato) a formação da coisa julgada nas sentenças que versam sobre este ramo.

Por fim, na quarta e última parte, estabelecidos os substratos teóricos necessários, serão analisados os limites à coisa julgada e, especificamente, quais os limites da coisa julgada em matéria tributária, com um cotejo crítico e analítico com os posicionamentos jurisprudenciais a respeito da matéria.

1. DIREITO E SEGURANÇA JURÍDICA: O DIREITO COMO SISTEMA E ESTRUTURA DA SOCIEDADE

1.1. Preliminarmente, uma justificativa

Antes de iniciar as tratativas sobre segurança jurídica e direito, é necessário justificar a inserção desta temática em uma dissertação que trata sobre coisa julgada. A motivação perpassa, necessariamente, pela busca da *ratio essendi* do instituto. Em outras palavras, antes de se questionar o que é a coisa julgada, como ela funciona e quais os seus limites, cumpre responder, ainda que preliminarmente, a que se presta a existência do instituto da coisa julgada em um ordenamento jurídico.

Muitos autores de primeira linha relacionam a coisa julgada com o direito intertemporal. Ao tratar sobre coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito, Gilmar MENDES (2017) ressalta que “o direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas construídas *a posteriori* possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 314). Nesse sentido, estes instrumentos seriam fundamentais para a garantia da segurança jurídica, uma das expressões máximas do Estado de Direito. No mesmo sentido, pronunciam-se José Afonso da SILVA (2010, p. 436) e Bernardo Gonçalves FERNANDES (2018, p. 533), já mencionados anteriormente.

MARINONI, ARENHART e MITIDIERO associam, claramente, a existência da coisa julgada à segurança jurídica (2015b, p. 619). Segundo afirmam, por necessidade de adequar os métodos concentrado e difuso de controle de constitucionalidade existentes em nosso país (assunto que será abordado mais a frente), o constituinte reforçou o dever do legislador de pensar o ordenamento a partir da segurança jurídica e, especialmente, da necessidade de proteção contra a irretroatividade da interpretação judicial do direito e da tutela da confiança legítima.

Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR afirma, por sua vez, que a doutrina da irretroatividade, da qual a coisa julgada é manifestação, serve ao valor da segurança jurídica, de modo que o passado seja resguardado e não venha, a qualquer momento, ser questionado novamente, o que geraria uma imensidão de conflitos sociais (2008, p. 217).

Tratar sobre coisa julgada, nesse sentido, para a grande maioria da doutrina, é tratar sobre meio de efetivação da segurança jurídica⁷. A coisa julgada, sob esse aspecto, é um dos meios fornecidos pelo estado para garantir a estabilidade social.

Dessa maneira, o ponto de partida para qualquer análise no tocante ao instituto deve ser feito por meio do estudo das relações precedentes, entre a sociedade, a segurança jurídica e o Direito. Muito já foi dito por autores de escol sobre essa temática, razão pela qual as breves linhas que aqui serão traçadas não buscam esgotar o assunto, mas, tão somente, apresentar ao leitor um panorama no qual se insere o trabalho que se pretende desenvolver.

1.2. Sociedade e segurança

O medo é mais assustador quando difuso, disperso, indistinto, desvinculado, desancorado, flutuante, sem endereço nem motivo claros; quando nos assombra sem que haja uma explicação visível, quando a ameaça que devemos temer pode ser vislumbrada em toda a parte, mas em lugar algum se pode vê-la. 'Medo' é o nome que damos a nossa incerteza: nossa ignorância da ameaça e do que deve ser feito – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrenta-la, se cessá-la estiver ao nosso alcance. (BAUMAN,2008, p. 8)

Zygmunt BAUMAN, em obra dedicada ao medo nas sociedades modernas, afirma que os seres humanos compartilham com os outros animais a experiência do medo. No entanto, diferente dos seres irracionais, em que o medo surge diante de situações específicas de perigo, o ser humano possui uma especificidade interessante. Em nossa espécie existe o que o autor denomina por “medo secundário”, ou de segundo grau, marcado por uma sensação, por horas constante, de insegurança ou de vulnerabilidade, que não implica o perigo em si. Sentem-se inseguros, sem que, necessariamente, estejam realmente em situação de perigo. Um medo que possui a capacidade de autopropulsão (BAUMAN. 2008, p. 9). Observa-se, portanto, que a insegurança humana possui outros contornos, decorrentes da própria vida social.

BAUMAN ressalta, ainda, que o Estado encontrou sua razão de ser na promessa de proteger seus cidadãos da insegurança e das diversas ameaças à existência. Tem, no entanto, falhado em cumpri-la e reafirmá-la, simplificando-a e direcionando-a ao conceito de segurança pessoal, em oposição à segurança social

⁷ Sobre o assunto, ver MENDES e BRANCO (2017, p. 314-320) e FERNANDES (2018 p. 533-550)

(BAUMAN, 2008, p. 10). A solução para o medo do ser humano, então, demanda a existência de segurança. Mas em que isso implica?

Humberto ÁVILA (2011) qualifica “segurança” como a busca do homem em se proteger das ameaças externas. Em sua concepção, há no ser humano a busca por um estado de liberdade em face dos medos e da ansiedade. Diante disso, a segurança seria uma condição psicológica caracterizada pela ausência de preocupações, de confiança, de ausência de riscos e de incertezas, de proteção contra ameaças às condições essenciais à sobrevivência (ÁVILA, 2011, p. 101-104).

No mesmo sentido, para Guilherme Camargos QUINTELA (2013), segurança implica em busca do homem de proteção contra quaisquer tipos de ameaça externa. Em suas palavras: “‘estar seguro’ descerra o significado de proteção de algo ou contra algo que represente uma ameaça externa à incolumidade física humana” (QUINTELA, 2013, p. 26).

Para DE PLÁCIDO E SILVA (2009, p. 1256), segurança possui o sentido de estabilidade, garantia, tornar a coisa livre de perigos, riscos, danos e prejuízos.

A segurança, nesse sentido, é a busca do ser humano em face do medo que possui do desconhecido e do incerto.

Niklas LUHMANN aponta que a situação de insegurança sentida pelo ser humano decorre, essencialmente, da complexidade do mundo que se apresenta de forma sensorial ao homem. Esse último, limitado por natureza, encontra-se diante de uma multiplicidade de experiências e ações, as quais não consegue processar adequadamente⁸.

SHAPIRO bem descreve a situação de complexidade ao afirmar que:

Claramente, se não procurássemos atingir objetivos complexos, não haveria necessidade de se planejar o futuro. O planejamento é um componente essencial da essência humana, porque temos desejos para muitos fins que exigem coordenação substancial. Mas há outro aspecto de nossa psicologia que nos obriga a planejar, a saber, nossa limitada racionalidade. Se fôssemos como computadores jogando xadrez, capazes de antecipar milhões de jogadas em cada turno e escolher a melhor jogada dentre as inúmeras alternativas, poderíamos ter pouco uso para o planejamento. Porém, como não somos mentalmente onipotentes e a deliberação racional é cara,

⁸ “O homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que remete a outras possibilidades que são ao mesmo tempo complexas e contingentes. Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar.” (LUHMANN, 1983, p. 45.)

precisamos conservar nossas energias. Não posso passar todos os segundos do dia pensando no que fazer e revisar todos os meus julgamentos anteriores ou nunca faria nada. Muitas vezes, é muito mais eficiente decidir sobre um curso de ação com antecedência e segui-lo quando chegar a hora da ação. (SHAPIRO, 2011, p. 122, tradução livre)

Se, desde os primórdios, o homem tenta lidar com essa característica que lhe é imanente (e compartilhada com os outros animais) como ressalta BAUMAN (2008), diante do desenvolvimento da sociedade pós-moderna (ou líquido-moderna), a complexidade aumentou exponencialmente, gerando nos seres humanos uma nova gama de medos e incertezas que, até alguns séculos atrás, eram impensáveis⁹.

Reitera-se nesse sentido, a necessidade e a busca por segurança e paz, que coordene o convívio social e possa permitir ao ser humano antever os perigos e consequências de seus atos e se planejar para o futuro. Nesse ponto, ganha destaque o Direito, como uma das formas encontradas pela humanidade para coordenar a convivência social, cujas relações são objeto da próxima seção.

1.3. Sociedade, Direito e a segurança, agora jurídica

Conforme exposto na seção anterior, o mundo em sociedade se apresenta ao homem como um complexo de possibilidades de experiências e ações, que acabam por lhe gerar medo, diante do desconhecido e das incertezas geradas por essa situação. Diante da incerteza, o homem, então, empreende esforço na busca pela segurança e pela paz que permitam a convivência social. Os meios pelo qual se podem atingir essa finalidade podem ser os mais diversos.

Scott SHAPIRO (2011, p. 36)¹⁰, ressalta, nesse sentido, que uma civilização, mesmo as mais pequenas, somente se torna possível diante de um alto nível de

⁹ “As oportunidades de ter medo estão entre as poucas coisas que não se encontram em falta nessa época, altamente carente em matéria de certeza, segurança e proteção. Os medos são muitos e variados. Pessoas de diferentes categorias sociais, etárias e de gênero são atormentadas por seus próprios medos; há também aqueles que todos nós compartilhamos – seja qual fora a parte do planeta em que possamos ter nascido ou que tenhamos escolhido (ou sido forçados a escolher) para viver.” (BAUMAN, 2008, p. 31)

¹⁰ “Civilization is possible only with a very high degree of social cooperation and interdependence, which, in turn, is possible only when a community has the ability to regulate social relations efficiently and effectively. Law was a revolutionary invention precisely because it permitted this regulation. Humans could now use it to create, modify, and apply rules, and thereby manage the myriad aspects of social life without having to rely solely on custom, tradition, persuasion, or consensus.” (SHAPIRO, 2011, p. 36)

cooperação e interdependência que tenha a capacidade de regular as relações sociais. São formas de controle social, por exemplo, a religião e a moral.

A maioria dos autores, no entanto, concorda que, dentre as formas de controle social, a que mais se destaca é o Direito. Entre os integrantes do mundo jurídico, é quase unânime o conhecimento da expressão “*ubi societas ibi jus*”, o que demonstra o destaque que possui o Direito como forma de ordenamento social para alcance da segurança.

SHAPIRO (2011, p. 36), há pouco mencionado, ressalta que o Direito possui um caráter revolucionário justamente por veicular regras que permitem aos seres humanos realizar a regulamentação da sociedade e a redução da complexidade. Para o professor de Yale, as instituições criadas pelo direito permitem às comunidades reduzir a complexidade e a litigiosidade típicas da vida em sociedade. Sem os métodos trazidos pelo Direito, tais contendas seriam impassíveis de solução¹¹.

Sacha Calmon Navarro COELHO (2012, p. 03), também ressalta que o Direito é a forma mais eficaz de planificação dos comportamentos humanos. O mesmo pensamento se encontra em Miguel REALE (2009, p. 02), que afirma ser o Direito uma exigência essencial e indeclinável para a convivência ordenada.

A existência do Direito, nesse sentido, acaba por se confundir com sua função de garantia da segurança jurídica. CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2011, p. 25) ressaltam que a relação entre o Direito e a sociedade se justifica em razão da função ordenadora que este proporciona para a vida social, organizando a cooperação e os modos de composição dos conflitos.

Guilherme QUINTELA (2013) ressalta, por sua vez a coerência e indissociabilidade entre Direito, sociedade e Estado, que refletem, em seu ponto de vista, a necessidade do homem de se sentir seguro e protegido contra as incertezas e permitindo, em decorrência disso, a convivência social. Em razão disso, qualifica a segurança jurídica simultaneamente como um fato, um valor e uma norma-princípio dentro do ordenamento jurídico pátrio. Além disso, avança, ainda, para uma concepção da segurança jurídica como um estado de coisas que deve ser promovido pelo Direito (QUINTELA, 2013, p. 28-41).

¹¹ Legal institutions are supposed to enable communities to overcome the complexity, contentiousness, and arbitrariness of communal life by resolving those social problems that cannot be solved, or solved as well, by nonlegal means alone.” (SHAPIRO, 2011, p. 171)

Por todos, merece destaque Humberto ÁVILA, para quem a segurança jurídica é um elemento integrante da própria definição de Direito. Em suas palavras, “um ordenamento jurídico privado de certeza não poderá, sem definição, ser considerado ‘jurídico’” (ÁVILA, 2011, p. 106). Dessa maneira, observa-se que, para o autor, a própria existência do direito pressupõe a garantia de segurança, como uma ideia de “sobreconceito”, que, ao se tornar elemento necessário daquele, passa a ser entendida como segurança jurídica:

A segurança jurídica só entra em cena quando se ultrapassa a dimensão psicológica individual para adentrar a dimensão axiológica social, mas não meramente comportamental: segurança jurídica representa, pois, a segurança como fenômeno valorativo intersubjetivável vinculado ao Direito de uma dada sociedade, quer como valor, quer como norma, tendo o jurídico como seu objeto ou como seu instrumento (ÁVILA, 2011, p. 104)

Sobre o assunto, Niklas LUHMANN vai ainda mais longe. Para este autor, formulações como “conexões entre direito e sociedade” não fazem qualquer sentido e merecem, inclusive, serem rejeitadas, pois teriam como pressuposto que o Direito é algo fora da sociedade (LUHMANN, 1989, p. 138-139). Essa opção, para o autor, inexistente, pois o Direito, em seu ponto de vista, é um sistema dentro da sociedade, não podendo, portanto, ser separado dela, conforme será explorado no item 1.5. De qualquer maneira, não se afasta, ainda para este autor, a finalidade do Direito como sistema destinado a reduzir a complexidade social e garantir a segurança jurídica e estabilidade da sociedade para que seus componentes possam se planejar para o futuro:

“Do ponto de vista sociológico, a normatividade não passa de estabilidade contrafactual. Para formular isso de maneira diferente: na medida em que protege as expectativas, a lei nos liberta da demanda que aprendemos das decepções e nos ajustamos a elas. Dessa forma, mantém a perspectiva de resolver conflitos (e ao mesmo tempo torna possível procurar e resistir a conflitos), pois contém uma decisão preliminar (por mais obscura que seja no caso individual) sobre quem aprendeu com o desapontamento e quem não. O processamento dessas expectativas requer um código binário que contém um valor positivo (justiça) e um valor negativo (injustiça), e isso exclui artificialmente ambas as contradições (justiça é injustiça, injustiça é justiça) e outros valores (utilidade, conveniência política, etc.). (LUHMANN, 1989, p. 140, tradução livre)

Ressalte-se, assim, conforme exposto por LUHMANN, que a existência do Direito não implica, necessariamente, a ausência completa de conflitos. Ao contrário, a existência deles é quase um pressuposto da vida em sociedade. O que o Direito

busca garantir é, lado outro, a forma de solução desses conflitos, de maneira pré-determinada, o que permite aos que a ele se submetem a possibilidade de planejamento futuro e, com isso, a almejada segurança. Dessa maneira, resta clara a conexão existente entre o Direito, a sociedade e a segurança jurídica.

1.4. Direito, segurança jurídica e justiça

Chega-se, agora, a um ponto crucial e que vai impactar direta e seriamente discussões que serão desenvolvidas mais à frente a respeito, principalmente, do fenômeno da coisa julgada inconstitucional: a relação entre Direito, segurança jurídica e justiça.

Não raro, tem-se buscado traduzir o ordenamento jurídico entre duas situações que parecem, mais do que nunca, estar em polos opostos: de um lado, encontrar-se-ia a segurança jurídica, que, em razão de seus mandamentos de estabilidade e previsibilidade, pode tolerar a manutenção de situações completamente injustas e antijurídicas; de outro, encontra-se a justiça, sempre abalada e ferida pela necessidade social de manutenção de padrões e condutas visando à certeza do sistema. Pergunta-se, então: este tipo de pensamento está correto? Segurança jurídica e justiça são necessariamente valores opostos? É possível definir justiça? E definir o que é justo?

Michael J. SANDEL, em sua obra “Justiça” (2014, p. 36) dá uma breve dimensão do problema ao constatar que a vida em sociedades democráticas é cheia de divergências entre o certo e o errado, entre a justiça e a injustiça. Observa-se, de imediato, que o conceito de justiça é necessariamente cambiante e alterável ao longo dos tempos e nas diversas sociedades.

Hans KELSEN (2003, p. 59-62), afirma que a justiça, em sentido diferente do direito positivo, apresenta-se em uma ordem mais alta, como a ideia platônica, em oposição à realidade. Em sua concepção, justiça é ideal irracional, com poder imprescindível para a vontade e comportamento humano, mas não para o conhecimento. O direito positivo, nesse sentido, seria o possível de se alcançar, não se confundindo com a justiça.

Tércio FERRAZ JUNIOR (2008, p 327-328) posiciona-se afirmando que a justiça é o princípio e o problema moral do Direito. Ela seria, nesse sentido, uma

espécie legitimadora do Direito, de código de ordem superior, cuja inobservância produziria nos jurisdicionados uma situação de resistência e desorientação.

Para Miguel REALE (2009, p. 377), a justiça deve ser entendida como uma concreta experiência histórica, ou seja, como valor fundante do Direito e como uma conexão essencial a este. Dessa maneira, ela implicaria em uma coordenação racional das relações intersubjetivas para que cada homem realize, de forma livre, seus valores potenciais e atinja a plenitude do seu ser.

BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 526) afirmam, por sua vez, que a justiça funciona e deve ser interpretada como valor que serve de parâmetro para a construção dos direitos e também como fim e fundamento para as expectativas em torno do Direito. Admitem, no entanto, a dificuldade de se traçar, com linhas definidas, um contorno conceitual¹² para a justiça, podendo-se, porém, tratá-la essencialmente como um valor humano e necessário para as realizações do convívio social.

Vê-se, das definições, que é uma tarefa hercúlea, senão impossível, definir ou mesmo buscar elementos que componham a denominada justiça. Ocorre, porém, que, costumeiramente, colocam-na em oposição à segurança jurídica, conforme dito acima. Sobre o assunto, importantes as palavras de COUTO E SILVA (p. 36), para quem o conflito entre a justiça e a segurança jurídica somente é existente quando se toma a justiça como valor absoluto. É dizer, as pretensas alegações de conflito entre segurança jurídica e justiça demandam a existência de um conceito de justiça, pré-definido, o que, como se viu, é tarefa quase impossível de se alcançar. O autor pontua, então, que o caráter histórico da justiça, que está sempre a depender de condicionamentos sociais, culturais, políticos e econômicos, implica, sempre, uma imperfeita aplicação da ideia abstrata de justiça. Conclui, então que:

Na verdade, quando se diz que em determinadas circunstâncias, a segurança jurídica deve preponderar sobre a justiça, o que se está afirmando, a rigor, é que o princípio da segurança jurídica passou a exprimir, naquele caso, diante das peculiaridades da situação concreta, a justiça material. Segurança jurídica não é, aí, algo que contraponha à justiça; é ela a própria justiça. Parece-me, pois, que as antinomias e conflitos entre justiça e segurança jurídica, fora do mundo platônico das ideias puras, alheias e indiferentes ao tempo e à história, são falsas antinomias e conflitos. (COUTO E SILVA, p. 37)

¹² Sobre conceito, importantes considerações, tece DERZI em sua obra “Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário”. Segundo a autora, conceito, desde as concepções platônica e aristotélica, implica em traduzir a essência das coisas (DERZI, 2009, p 72-73). Sobre o assunto se discorrerá mais detidamente no item 3.1.

Dessa maneira, observa-se que, ao “possível” confronto entre segurança jurídica e justiça, devem ser levadas em conta uma série de fatores. Em diversas situações, por exemplo, a determinação pela não aplicação da segurança jurídica, pode implicar, *per se*, uma injustiça. Ver-se-á no próximo capítulo que, no campo do direito intertemporal, esses choques são inevitáveis e, não raras vezes, é fácil cometer injustiças sob o argumento de manutenção e busca da justiça.

1.5. Niklas Luhmann: O Direito como sistema

Estudadas as diversas e possíveis relações entre a sociedade e a segurança jurídica e entre essa, o Direito e a ideia de justiça, passa-se agora a abordar o pensamento do doutrinador que serve de marco teórico para o desenvolvimento do presente trabalho.

Conforme dito nos pontos anteriores, entende-se que existe uma correlação intrínseca entre Direito e segurança jurídica. O Direito, nesse sentido, seria a forma escolhida pela sociedade para, por meio de seus métodos específicos, reduzir a complexidade social e permitir aos componentes que atinjam um estado de segurança para seu desenvolvimento social.

Em algumas das passagens, foi antecipado o pensamento de Niklas LUHMANN, sociólogo que se dedicou ativamente ao estudo do Direito. Viu-se que, também para ele, a complexidade social, marcada por um número infinito de possibilidades, ações e experiências, necessita de contenção para que o homem possa, então, apreendê-la e se desenvolver de forma segura (LUHMANN, 1983, p. 45). Em suas palavras, “podemos agora definir o Direito como uma estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas” (LUHMANN, 1983, p.121).

No entanto, diferentemente de uma série de autores que veem a segurança jurídica como o fundamento do direito, LUHMANN concebe um tipo de relação diferente entre Direito e sociedade. Para o autor, não há como se falar em Direito fora da sociedade. Ao contrário, o Direito somente é existente dentro da sociedade. É concebido por ela e para ela. Ressalta, dessa maneira, o caráter autopoietico do Direito, ou seja, como sistema que se autorreproduz dentro de si mesmo (LUHMANN, 1989, p. 138-139). Conforme leciona Misabel DERZI (2009, p 182-183):

Se falarmos de autonomia do sistema jurídico no confronto com os demais sistemas econômicos, político, etc., e nas funções essenciais por ele cumpridas nas sociedades contemporâneas, altamente complexas, então as conclusões de NIKLAS LUHMANN parecem-nos aquisições definitivas. O sistema jurídico somente pode operar de forma estritamente fechada, por meio de normas e princípios do sistema, ou seja, por autodeterminação. As operações jurídicas são precipuamente voltadas para o input do próprio sistema. O sistema, como organização de expectativas normativas para a solução de conflitos, de forma autopoietica, configura uma redução das relações sociais, muito mais complexas.

Dessa maneira, ao conceber o direito como sistema autopoietico e fechado, LUHMANN aponta, necessariamente, para a estabilidade deste sistema. Somente um sistema fechado conseguiria cumprir sua função de redução da complexidade social, posto que, caso permanecesse aberto, indefinidamente, para o “meio” externo, a quantidade de variáveis aumentaria exponencialmente, não permitindo o controle social e redução das possibilidades (LUHMANN, 1989, p. 139). As operações a serem realizadas dessa maneira, devem, tão somente, levar em conta o que está no interior do sistema, excluindo, por exemplo, argumentos ou considerações de caráter político, religioso, econômico e social. Esses fatores, conforme aponta, estão fora do sistema e não possuem juridicidade:

Mas sempre que ocorre uma comunicação no contexto da administração da justiça, no contexto de prever conflitos dentro da lei ou no contexto de uma alteração da lei - ou seja, no processamento de expectativas legais normativas -, estamos lidando com uma interno da operação para o sistema jurídico, e essas operações definem simultaneamente os limites entre o sistema jurídico no contexto da vida cotidiana que ocasiona a colocação de uma questão jurídica. (LUHMANN, 1989, p. 142, tradução livre)

O fechamento e estabilidade do Direito, enquanto sistema, não implica desconexão ou desconsideração da realidade fática e social que o circunda. O que se está a dizer é tão somente que, para que o sistema jurídico seja funcional e consiga atender aos anseios sociais de segurança e redução da complexidade, ele deve trabalhar e funcionar dentro de si mesmo, com base em normas autorreferenciais. LUHMANN não despreza, com isso, os demais fatores sociais, sob pena de descompassamento do Direito com a realidade. Isso poderia acarretar, em última análise, sua falha enquanto sistema.

Ao contrário, LUHMANN defende que os elementos extra sistêmicos, como são os argumentos de cunho político, social, econômico e educacional, funcionam como “irritações” ao sistema. Essas irritações, afirma, possuem pretensões de serem

trazidas ou não, pelos meios adequadamente postos pelo próprio direito, para dentro do sistema.

Todo sistema complexo deve equilibrar a variedade, isto é, o número e a diversidade de seus elementos básicos, contra a redundância. Em um ambiente complexo, não é possível operar de maneira completamente rígida, sem surpresas. Pelo contrário, o sistema deve estar aberto a irritações que perturbam a prática usual. Se o problema é fornecer segurança, essa abertura não pode ser levada longe demais. Deve haver uma provisão para redundância, para que o conhecimento de um ou mais elementos (conhecimento de importantes decisões judiciais, por exemplo, ou conhecimento de decisões sobre leis) possa ser usado para permitir inferências sobre como o sistema se comportará em casos concretos. [...] Uma cultura jurídica de argumentação que produz um alto grau de variedade, que enfatiza a natureza individual de cada caso e se contenta com fórmulas gerais vagas, como "proporcionalidade" ou "equilíbrio de interesses", tenderá a abrir o sistema jurídico para adaptação a sistemas ambientais rígidos, como organizações de larga escala cuja forma é definida por tecnologia ou investimento de capital. (LUHMANN, 1989, p. 144, tradução livre)

Dessa maneira, o Direito, ainda de forma autopoietica, conseguiria se adaptar às realidades sociais, funcionando, ao mesmo tempo, como uma barreira e uma porta de acesso a este tipo de argumentação. São exemplos de irritação ao sistema, por exemplo, as diversas concepções de justiça, os argumentos de caráter moral, as questões econômicas e diversas outras que eclodem no meio social. Não se pode, entretanto, confundi-las e utilizá-las como fundamento dentro do Direito, sob pena de tornar o sistema jurídico, como um todo, ineficiente, por não conseguir atingir nem um nem outro objetivo posto.

Conclusões Parciais

1. A coisa julgada fundamenta-se, dentro do ordenamento jurídico, como instrumento de proteção da segurança jurídica, sendo necessário, para melhor compreensão do instituto, perpassar sobre as relações entre o direito, a sociedade e a segurança jurídica;
2. A sociedade se apresenta ao ser humano de forma extremamente complexa, com uma multiplicidade de possibilidades e de ações possíveis;
3. O ser humano, por seu caráter limitado, não consegue apreender a integralidade da complexidade social, o que lhe causa medos e, em decorrência destes, busca por segurança;
4. Segurança, por definição, é um estado de paz e de ausência de preocupação;
5. Existem diversas formas possíveis de buscar a segurança em uma sociedade;
6. O Direito é uma das formas possíveis de se buscar a segurança em uma sociedade por meio da pacificação de conflitos sociais;
7. A segurança, uma vez abarcada como elemento intrínseco do direito, passa a ser entendida como segurança jurídica;
8. A busca pelo conceito de justiça é tarefa hercúlea ou quase impossível, dada a grande variação de suas concepções ao longo dos tempos e das sociedades;
9. Em razão da inexistência de um conceito ideal de justiça, não há que se falar em conflito necessário entre segurança jurídica e justiça posto que, na maior parte das vezes, preservar a segurança jurídica significa preservar a justiça;
10. Niklas LUHMANN com base em diversas das premissas anteriores, concebe o Direito como um sistema social interno à própria sociedade, com o objetivo de ordenamento social e redução das complexidades;
11. O Direito, na concepção de LUHMANN é um sistema fechado, autorreferencial e autopoietico, fundamentando-se e reproduzindo-se com base em si mesmo;
12. Para que possa atingir seus objetivos, o Direito não deve permitir a inserção de elementos externos a si mesmo sob pena de não conseguir controlar a complexidade social;
13. Os elementos extrassistêmicos funcionam como irritações ao Direito, que os internaliza ou não de acordo com suas próprias regras;
14. A permissão de irritações tem o objetivo de fazer com que o Direito não perca conexão com a realidade social.

2. COISA JULGADA: REINTERPRETAÇÃO DE SEU PAPEL COMO INSTRUMENTO DE ESTABILIDADE SISTÊMICA

2.1. A sentença judicial como aplicação e criação do Direito

Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR, ao tratar sobre o termo decisão, afirma que ele está ligado aos processos deliberativos, desde a antiguidade. Ela seria um “ato final” da suspensão do juízo do indivíduo que realiza uma escolha diante das opções possíveis que se colocam à consideração. Modernamente, a definição vem evoluindo, não podendo ser traduzida tão somente como um processo de deliberação, mas, ao contrário, como um processo mais amplo, de aprendizagem, consistente em impulso, motivação, reação e recompensa¹³. Em síntese, segundo o autor, a decisão é um procedimento cujo momento culminante é a resposta (2008, p. 286).

Ao tratar das funções do Estado e da Jurisdição, CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO (2011, p. 149) ressaltam, que a primordial função e razão de existência destes é a substituição dos titulares dos interesses em conflito, para, mediante um terceiro imparcial, buscar a pacificação da situação social. FERRAZ JUNIOR (2008, p. 288), sobre o assunto, afirma que, em termos gerais, a decisão jurídica é correlata à concepção de conflito jurídico, que inevitavelmente ocorre em razão da interrupção das interações entre sujeitos, que passam a submeter-se à coordenação objetiva de um terceiro comunicador institucionalizado, qual seja, o juiz. A este, posto o litígio, demanda-se uma decisão vinculativa aos sujeitos. A finalidade última da decisão, conclui o autor, é a absorção de insegurança surgida da situação de conflito (FERRAZ JUNIOR, p. 287).

A discussão sobre o conceito de decisão e, por conseguinte, de decisão jurídica, é extremamente pertinente pois, como será tratado adiante, o instituto da coisa julgada é uma proteção adicional que recai sobre uma espécie de decisão judicial, qual seja, a sentença, por implicar encerramento do processo¹⁴. Falar em

¹³ “Impulso pode ser entendido como questão conflitiva, isto é, conjunto de proposições analiticamente incompatíveis em face de proposição empírica que descreve uma situação. [...] A motivação corresponde ao conjunto de expectativas que nos forçam a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta comportamental. A reação é, propriamente, a resposta. A recompensa é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em confronto com o ponto de partida” (FERRAZ JUNIOR, 2008, p. 286)

¹⁴ Sentença aqui é utilizada como termo amplo, para designar decisão que põe fim ao processo. Assim, abarca-se nesse conceito também os acórdãos e outras decisões terminativas que discutam o mérito.

sentença judicial, nesse sentido, é, antes de tudo, tratar de uma espécie de decisão jurídica, que, como visto, tem por finalidade a promoção da pacificação social.

Sentença, segundo preceitua o art. 203, §1º, do Código de Processo Civil, é o pronunciamento do juiz que põe fim, seja à fase cognitiva do procedimento comum, seja ao processo de execução, com ou sem resolução de mérito (BRASIL, 2015)¹⁵. Em que pese situada e caracterizada, dentro da sistemática do Código, como um pronunciamento do magistrado, em momento algum essa qualificação afasta o caráter decisional do pronunciamento. Ao contrário, a sentença é uma explicitação (pronunciamento) do juiz a respeito das conclusões acerca do litígio que lhe foi posto. Em suma, uma decisão judicial.

Segundo NEVES (2016, p.819), o conceito adotado pelo legislador brasileiro é híbrido, por considerar o conteúdo e o efeito da decisão para a qualificação como sentença. Humberto THEODORO JUNIOR (2015, p. 1017) corrobora a afirmativa de NEVES, ressaltando o caráter dúplice, mas afirma a necessidade de se distinguir os provimentos que solucionam a lide e os que não chegam ao seu cerne, entre sentenças terminativas e definitivas¹⁶. A diferença, segundo aponta, é importante uma vez que somente para as sentenças definitivas aplicam-se os efeitos da coisa julgada material. Além disso, o autor pontua que a sentença de mérito (definitiva) contém um ato de inteligência (lógico, decorrente de silogismo) e um ato de vontade do julgador, posto que implica na concretização da lei ou da regra aplicada ao caso concreto (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1039).

Visão igualmente importante sobre o instituto verifica-se em DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA (2015, p. 309), que apontam o caráter da sentença como *norma jurídica individualizada*. Segundo apontam, a sentença seria uma norma individual, distinta das demais normas jurídicas existentes no ordenamento jurídico, posto que pode se tornar indiscutível em razão da coisa julgada.

Parte da doutrina também tem questionado sobre a aplicação da coisa julgada em antecipações de tutela e outros tipos de procedimento. Sobre o assunto, ver DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA (2015)

¹⁵ Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. (BRASIL, 2015)

¹⁶ Segundo o autor, sentenças terminativas são aquelas que encerram o processo sem, no entanto, resolver o mérito da questão posta sob judice. As sentenças definitivas, lado outro, seriam aquelas que, atacando o mérito da causa, implicam no acerto em torno do objeto do processo, extinguindo o direito de ação (THEODORO JUNIOR, p 1017)

Nesse sentido, um questionamento crucial e de grande importância diz respeito ao caráter reprodutivo ou criativo da sentença judicial. Em outras palavras, a sentença é um ato de aplicação da lei ou configura um ato criador do Direito?

Para a escola da exegese, no século XIX a resposta era, claramente, um ato de aplicação da lei. O movimento pandectista surgiu como resposta ao movimento jusnaturalista existente até então. Se, para os jusnaturalistas, o principal fundamento do direito era a natureza, a religião ou a razão (BITTAR, ALMEIDA, 2011, p. 289), para os pandectistas¹⁷ a fonte única do direito era a lei, positivada e fruto do racionalismo humano. Defendiam, nesse sentido, os movimentos de codificação das normas jurídicas, que foram a marca do início do século XIX. Para esses pensadores, a função judicante consistia tão somente na aplicação irrestrita da lei (BITTAR, ALMEIDA, 2011, p. 385-387). É famosa, dessa época, a expressão do juiz “boca da lei”.

Posteriormente, dentro do movimento positivista, concebeu-se a sentença como a escolha dentre os sentidos possíveis da norma jurídica. Essa teoria, que não implica afastamento da concepção da sentença como aplicação da lei, foi defendida, dentre outros, por Carlos COSSIO (DERZI, 2009, p. 74).

Sobre o assunto, são famosas as ponderações de GUASTINI em “Das Fontes às Normas” (2005), onde se afirma que a expressão “os juízes criam direito” pode ter quatro sentidos: o primeiro, quando as decisões proferidas pelos juízes possuem caráter *erga omnes*, sendo dotadas, portanto de eficácia geral tal como as leis; o segundo, quando se considera que as decisões judiciais consistem em normas individuais, em face das normas gerais postas pelo legislador; o terceiro, ao se considerar que a sentença, ao realizar a interpretação dos textos normativos, não é uma mera atividade cognoscitiva, mas sim produtora de normas; e, por fim, quando os juízes decidem para além dos textos legais ou então aplicam norma não pré-estabelecida no ordenamento em função da existência de lacunas (GUASTINI, 2005, p. 215-224)

No entanto, rejeitando as concepções existentes¹⁸, GUASTINI afirma que a expressão possui dois sentidos: um lato, quando, considerando-se as leis como

¹⁷ Nome que deriva dos estudiosos dos Pandectas ou Digesto de Justiniano (BITTAR, ALMEIDA, 2011, p. 382)

¹⁸ O autor rejeita as afirmações com os seguintes fundamentos: quanto ao primeiro, afirma que esta concepção não leva em consideração ordenamento jurídicos onde a força dos precedentes tende a estender a decisão aos casos semelhantes que integram um mesmo grupo; quanto ao segundo, ressalta que não se pode considerar uma criação do direito uma vez o conteúdo da norma já estaria

disposições vagas e ambíguas, a função jurisdicional ganha um proeminente caráter criativo, sendo a sentença uma nova norma decorrente da interpretação judicial; e um sentido estrito, quando, diante da ausência de uma norma pré-constituída (decorrente de lacuna), a sentença judicial produz uma inovação no ordenamento jurídico (GUASTINI, 2005, p. 224-226).

Partindo das ideias de GUASTINI sem, no entanto, concordar integralmente com suas afirmações, Misabel DERZI (2009) defende que a sentença judicial é, simultaneamente, um ato de aplicação da lei e um ato de criação do Direito. Essa teoria, afirma, surge em decorrência de uma crise da modernidade jurídica, marcada pelo questionamento da legitimidade da regra como instrumento de controle e regulação, com uma dogmática cada vez mais desestruturada pela realidade complexa, mutante e pluralista (DERZI, 2009, p. 106). Para a autora, com base na concepção de Niklas LUHMANN, já abordada no capítulo anterior, o sistema jurídico opera de forma fechada, por meio de normas e princípios do próprio sistema e com operações jurídicas que são realizadas para o *input* do sistema. Assim sendo, conclui que, considerando-se as funções desempenhadas pelo juiz, em um sistema jurídico, a sentença é um ato de criação do direito e aplicação da lei, de forma simultânea, porque:

“[...] a partir do momento em que o Poder Judiciário se firma em uma das alternativas possíveis de sentido, criando norma específica e determinada do caso, e repetível para o mesmo grupo de casos, norma cabível dentro da norma legal, ele fecha as alternativas – antes possíveis. As demais alternativas não estarão mais disponíveis, sustentamos, exatamente porque foram afastadas pelo Poder Judiciário, em entendimento consolidado. Desde o momento de tal fechamento, o espaço, discricionariamente deixado pelo legislador e dotado de uma cadeia de signos e significados inúmeros, concretiza-se e fixa-se em certo sentido único, criando-se verdadeira expectativa normativa de comportamento para todos, integrantes do mesmo grupo de casos.” (DERZI, 2009, p. 188)

No mesmo sentido, DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA, (2015, p. 451) afirmam categoricamente, ao tratar sobre a nova sistemática de precedentes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil que “a norma em que se constitui o precedente é uma regra”.

implícito em norma preexistente; ao terceiro, rebate com base no fato de que, em sentido estrito, os juízes estariam vinculados aos textos preexistentes enquanto os legisladores não. Desconsidera, porém, as limitações ao legislador impostas pelas normas de hierarquia superior e a possibilidade de controle difuso de constitucionalidade. Acata, assim, tão somente o último como hipótese criativa. (GUASTINI, 2005, p.215-224)

Resta impossível, dessa maneira, afastar a concepção da sentença judicial enquanto norma, decorrente de ato criativo do juiz na determinação de direito novo no sistema. A adoção desta concepção, ver-se-á, gera inúmeras consequências no tocante à abordagem da coisa julgada.

2.2. Coisa julgada: teoria

2.2.1. Definições

2.2.1.1. Previsão normativa

A previsão normativa da proteção à coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro tem sua sede primária no art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal, onde resta assegurado que a lei não poderá prejudicar o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido. Inexiste outra referência no texto constitucional à coisa julgada.

Conforme pontua SOUZA JÚNIOR (2011, p. 78), uma leitura desatenta poderia implicar limitação do sentido ali exposto como uma limitação exclusiva ao Poder Legislativo, que deve se abster de, por meio de atos legislativos, gerar ofensas ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e ao direito adquirido. No entanto, a proteção conferida pelo constituinte aos institutos não se limita tão somente ao âmbito legislativo. Ao contrário, a leitura mais adequada a se realizar do texto constitucional é a da oponibilidade das garantias em face também de atos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, bem como os demais particulares.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dispõe, em seu artigo 6º, parágrafo 3º, que a coisa julgada é a “decisão judicial de que já não caiba recurso” (BRASIL, 1942)¹⁹. O Código de Processo Civil, por fim, regulamenta o instituto em seus artigos 502 a 508. Insta salientar que o artigo 502 traz como definição da coisa julgada “a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso” (BRASIL, 2015)²⁰. A princípio, pode-se sustentar a

¹⁹ Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (BRASIL, 1942)

²⁰ Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. (BRASIL, 2015)

existência de uma contradição ou antinomia sistêmica em razão da divergência dos conceitos legais existentes. De um lado, a LINDB sustenta a coisa julgada como a própria decisão. O Código de Processo Civil, porém, a qualifica como uma autoridade que recai sobre a decisão.

Essa afirmação, no entanto, não soa correta. Conforme pontua STUMPF (2012, p. 14), as definições existentes nos textos normativos supracitados são complementares, sendo que, por um lado, a LINDB nos oferece o conceito mais amplo, de coisa julgada formal, como a preclusão definitiva do processo. Lado outro, o Código de Processo Civil faz clara referência ao conceito de coisa julgada material, representando, nesse sentido, a estabilidade do provimento jurisdicional para as partes.

Pode-se antecipar, porém, que a polêmica e as divergências acerca do conceito e da natureza jurídica da coisa julgada na doutrina existem há bastante tempo. Os diversos entendimentos influenciam diretamente a compreensão e o alcance da *res iudicata*. Assim sendo, impende analisar brevemente algumas acepções doutrinárias de coisa julgada, bem como as principais consequências de cada conceituação.

2.2.1.2. A Coisa Julgada na interpretação de CHIOVENDA

Se hoje, em que pesem as dissidências, há uma preponderância acerca do núcleo conceitual da coisa julgada, existiam, antigamente, muitos dissensos doutrinários sobre o conceito e a natureza jurídica da coisa julgada na doutrina processualista. Para chegar-se à definição dominante, essa breve análise deve ser iniciada pela referência a Giuseppe CHIOVENDA. Isso porque, conforme será abordado adiante, LIEBMAN foi seu discípulo e acabou por determinar majoritariamente o conceito brasileiro de coisa julgada.

Para CHIOVENDA, a coisa julgada seria a impossibilidade de rediscussão da vontade concreta da lei afirmada na sentença (CHIOVENDA, 1942, p. 19-22). Assim sendo, em sua concepção, a coisa julgada tem a finalidade de tornar imutável a decisão proferida pelo Poder Judiciário e alcançar a pacificação social como objetivo do direito (LEAL, 2007, p. 18). Possui, nesse sentido, a natureza de instituto jurídico-processual que resultaria de sua visão do direito de ação como direito autônomo, desvinculado do direito material existente.

Uma importante informação a respeito do conceito de CHIOVENDA diz respeito aos efeitos da coisa julgada. Para ele, a coisa julgada exige a preclusão de todas as questões processuais e possui o efeito de “acertamento da vontade da lei” (CHIOVENDA, 1941, p. 19-22) com vinculação entre as partes participantes do processo, porém com oponibilidade perante terceiros externos ao processo. Vê-se que, em que pese o brilhantismo da definição, CHIOVENDA entendia a coisa julgada como decorrente dos efeitos da sentença judicial, ou seja, confundindo-se com os demais efeitos que decorriam da sentença.

Interessante notar, ainda, que CHIOVENDA, em que pese assentar a posição acima elencada, qual seja, de que o instituto determinava a imutabilidade da decisão, vislumbrava alguma possibilidade de relativização ao instituto posto que, em sua concepção, a coisa julgada não era absoluta (CHIOVENDA, 1941, p. 19-22).

2.2.1.3. A Coisa Julgada na interpretação de LIEBMAN

Um segundo expoente do Direito Processual que merece estudo e muito influenciou o Processo Civil Brasileiro foi Enrico Tulio LIEBMAN, aluno de CHIOVENDA que veio ao Brasil durante o período da Segunda Guerra Mundial (LEAL, 2007, p.68). Como permaneceu no País, após breves passagens por vários estados, acabou influenciando decisivamente nos estudos processuais brasileiros, sendo fundador da escola instrumentalista. Além disso, segundo aponta Humberto THEODORO JUNIOR (2015, p. 1081), o regime adotado pelo Código de Processo Civil brasileiro de 2015 adota a doutrina de LIEBMAN, o que consiste em mais um motivo para seu estudo.

LIEBMAN escreveu um livro que se dedica quase exclusivamente à sentença e à coisa julgada, nominado “Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada” (1984). Nessa obra, LIEBMAN, diferindo de CHIOVENDA, classifica como erro lógico qualquer tentativa de sistematização da coisa julgada como e ao lado dos demais efeitos das sentenças. Isso porque, segundo pontua, tal medida implicaria confundi-los com um elemento novo, que somente os qualifica para aumentar-lhes a estabilidade (LIEBMAN, 1984, p. 20). THEODORO JUNIOR pontua sobre o assunto que, em LIEBMAN, é impossível se confundir a indiscutibilidade de um julgamento com o efeito produzido por este mesmo julgamento (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1081).

A lei, segundo LIEBMAN, pode atribuir efeitos à sentença (e esta pode gerar efeitos) anteriormente ao trânsito em julgado. Disso decorre a impossibilidade de confusão (LIEBMAN, 1984, p.37). Afirma-se então que, sendo a eficácia jurídica da sentença diferenciada da autoridade da coisa julgada, existe uma diferença entre a imperatividade e a imutabilidade da sentença. A autoridade da coisa julgada, em sua concepção, não é um efeito da sentença e sim algo que a ela se adere para reforçar seus mandamentos em sentido determinado, é dizer, para que o efeito produzido por uma sentença permaneça irrevogavelmente adquirido (LIEBMAN, 1984, p. 41-42). Sua conclusão deve ser reproduzida na íntegra, dada a importância do vernáculo:

Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença; Não se identifica simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutável, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. (LIEBMAN, 1984, p. 54)

Assim sendo, para LIEBMAN (1984, p. 53-54), apenas a eficácia de uma sentença não é razão necessária e suficiente para impedir que outro juiz, investido nos mesmos poderes do que prolatou a sentença, realize revisões ou decida o caso de forma diferente do primeiro. Ao contrário, é necessária uma razão de utilidade política e social que afaste essa possibilidade e poder, conferindo imutabilidade ao comando decisório no momento em que o processo alcance o seu fim. Essa é, portanto, a autoridade da coisa julgada, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença.

2.2.1.4. As concepções dos atuais processualistas

Realizado o estudo sobre autores que influenciaram a concepção moderna da coisa julgada no Brasil, cumpre verificar, afinal, qual a concepção de coisa julgada à luz da doutrina brasileira contemporânea.

Como se verá, em todos os autores nacionais encontra-se o cerne da teoria de LIEBMAN, com a cisão entre a coisa julgada e os efeitos da sentença.

Para Humberto THEODORO JUNIOR (2015, p. 1080), a coisa julgada é uma qualidade assumida pela sentença a partir de determinado momento processual, caracterizando a imutabilidade da decisão e de seus efeitos, quando impossível sua

reversão por meio dos recursos legalmente previstos. A sentença, antes da preclusão dos prazos recursais, seria, nesse sentido, tão somente uma situação jurídica, com sua plena eficácia e definitividade condicionada ao trânsito em julgado (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1081). Dessarte, a coisa julgada acarretaria uma “transformação qualitativa nos efeitos da sentença”, com a situação adquirindo “força de lei” entre as partes, impedindo novas discussões e julgamento sobre o assunto. Seriam objeto do revestimento da coisa julgada a declaração, o pronunciamento constitutivo e o condenatório (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1082). Não se confunde a coisa julgada com a sentença. Enquanto essa última é uma peça elaborada pelo juiz, a primeira é uma eficácia de imperatividade e imutabilidade que se aderiu à sentença

Daniel NEVES (2016, p. 873-874), em exame das correntes acerca da coisa julgada, afirma que a doutrina majoritariamente adota a concepção de LIEBMAN. Isso porque, nos termos do art. 502 do CPC de 2015, a substituição do termo “eficácia”, existente em 1973, por “autoridade” deixa clara a diferenciação entre a coisa julgada e os efeitos da decisão de mérito. Assim sendo, a coisa julgada material é considerada a imutabilidade da decisão judicial de mérito, não mais passível de modificação por recursos ou outros meios previstos legalmente.

DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA (2015, p. 515-516), partindo da premissa já exposta no item 2.1, de que a decisão judicial é equivalente a uma norma jurídica, afirma que a coisa julgada é um efeito jurídico. Isso, segundo aponta, não implica dizer que a coisa julgada é efeito da decisão. Afilia-se, dessa maneira, à corrente de LIEBMAN, complementando que a coisa julgada é efeito jurídico que decorre da lei, para o qual a decisão judicial (sentença) é apenas um dos elementos. A coisa julgada, em razão disso, tornaria imutável e indiscutível a decisão, mas não seus efeitos.

Para MONIZ ARAGÃO (1992, p. 192), a coisa julgada é consubstanciada pela imutabilidade do julgamento, ou seja, a especial autoridade de que se reveste o *decisum* quando precluídas todas as possibilidades de recurso.

MARINONI, ARENHART E MITIDIERO, por sua vez, definem a coisa julgada como a imutabilidade da declaração judicial sobre a existência ou não do direito da parte que busca tutela jurisdicional (2015b, p. 623).

2.2.2. A natureza jurídica da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro

Definir a natureza jurídica de um instituto implica dizer qual a sua essência, sua razão de ser, sua substância (DE PLÁCIDO E SILVA, p. 942). Significa definir seus atributos essenciais, que não podem se separar da própria coisa sem descaracterizá-la. Dessa forma, perpassadas diversas definições dadas pela legislação e pelos doutrinadores para a coisa julgada, é necessário avançar para a sua natureza jurídica no ordenamento jurídico nacional. Antes, no entanto, é preciso perpassar, brevemente, pelas concepções positivistas e neoconstitucionalistas sobre o direito que influenciam decisivamente a aceção do instituto no direito pátrio.

2.2.2.1. Positivismo e neoconstitucionalismo: Considerações gerais

O positivismo científico do século XIX foi um movimento filosófico criado por Augusto Comte, que defendia a aplicação do método científico também à filosofia. Segundo preceituava, entre a ciência e a filosofia não haveria uma diferença de essência ou de qualidade, mas uma diferença de grau ou generalidade (REALE, 2010, p. 15). À filosofia, nesse sentido, caberia um papel secundário, de síntese ou compêndio dos conhecimentos alcançados pelas ciências, deixando de exercer uma função criadora autônoma (REALE, 2010, p. 16-17).

Em decorrência da grande influência que o positivismo científico exerceu no mundo à época, seus reflexos foram sentidos também na ciência do Direito. Norberto BOBBIO (2001, p. 58-59), qualifica o positivismo jurídico como a teoria que, se opondo ao jusnaturalismo, reduz a justiça à questão da validade. Assim, a justiça seria a confirmação da validade da norma jurídica, que somente pode ser considerada justa se for estatuída de acordo com os critérios do ordenamento jurídico. MARINONI, ARENHART e MITIDIÉRO (2015a, p. 36-37) definem o positivismo jurídico como uma tentativa de adaptação do positivismo filosófico ao domínio do Direito. Afirmam que, para os positivistas, seria possível criar uma ciência jurídica com base nos métodos das ciências naturais. No caso do Direito, a observação “científica” recairia sobre a norma positivada e permitiria aos juristas a obtenção de resultados verdadeiros ou falsos, a depender do que era determinado pela norma. Não era objeto de preocupação dos positivistas, com isso, o conteúdo da norma, mas sim a validade e legitimidade das normas jurídicas que eram a base da análise.

Hans KELSEN, considerado um dos expoentes do positivismo jurídico, buscou apresentar uma teoria do direito que o apartasse de qualquer outra ciência (econômica, social, etc.) ou influência externa (KELSEN, 2003, p. 51)²¹. Sua doutrina foi marcada pela rigidez conceitual e pela eliminação de qualquer critério de caráter moral. O Direito e seu objeto, para KELSEN, confundiam-se com a própria norma positivada.

Herbert HART (2007), a seu turno, definiu o Direito como um conjunto de regras que, simultaneamente, impõem deveres e conferem poderes para sua própria elaboração. A regra que determina a forma de elaboração do Direito e que ao mesmo tempo confere poderes para sua elaboração é por ele denominada “regra de reconhecimento”, constituindo o fundamento de validade do ordenamento jurídico (SHAPIRO, 2011, p. 80)²².

Após a Segunda Guerra Mundial, em que foi notável o retrocesso trazido pelas doutrinas fascistas, observou-se, não apenas na Europa, mas ao redor de todo o mundo, uma expansão do pensamento humanista. Neste esteio, ganharam força os movimentos filosóficos pós-positivistas que, em oposição a uma excessiva ordem da razão, buscavam reafirmar a dignificação do ser humano, por meio da valorização da autonomia privada, pela inclusão das diferenças, pela consecução do mínimo existencial e pela solidariedade para efetivação de interesses coletivos.

Buscava-se, nesse sentido, uma superação do jusnaturalismo e do juspositivismo. No campo jurídico, essas tendências pós-positivistas se refletiram (também) nas doutrinas neoconstitucionalistas, que, buscando diferenciar-se do positivismo anterior, apontam para uma abertura maior do Direito a outros campos como a moral e a política.

Um dos mais importantes autores neoconstitucionalistas, Ronald DWORKIN (2002, p. 27-28), tece as seguintes críticas ao positivismo jurídico e, mais especificamente, a Herbert HART e sua regra de reconhecimento. Segundo o

²¹ “A TEORIA PURA DO DIREITO é uma teoria do direito positivo. Tão somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta ‘o que é’ e ‘como é’ o direito e não à pergunta de ‘como seria’ ou ‘deveria ser’ elaborado. É ciência do direito e não política do direito.” (KELSEN, 2003, p. 51)

²² “H. L. A. Hart’s celebrated account, the law is not only composed of rules that impose duties as well as confer powers, but founded on them as well. In particular, Hart claims that at the foundation of every legal system lies a social rule that sets out the criteria of legal validity. This master rule, which Hart calls ‘the rule of recognition’, determines which power- conferring and duty- imposing rules are valid in the system” (SHAPIRO, 2011, p. 80)

positivismo, o Direito é um conjunto de regras utilizado como o propósito de determinar os comportamentos que serão punidos ou aceitos pelo poder público. Essas regras podem ser identificadas, especificamente, pela sua forma de elaboração (pedigree). Todo o Direito deve estar contido nessas regras. Se algum caso ou pessoa não estiver por elas abarcado, a situação será decidida por alguma autoridade pública, mediante “discernimento pessoal”, segundo DWORKIN, o que seria uma falha do positivismo. Logo, o positivismo acaba admitindo que o julgador opere além do texto escrito (positivado) para criação da regra aplicável ao caso, se este não for subsumível às normas vigentes, egressas da autoridade competente (legislador). Logo, o positivismo resvala, ao cabo, no realismo jurídico, conferindo plenos poderes ao magistrado para decidir a causa conforme suas convicções pessoais, em caso de lacuna do ordenamento jurídico. Em resumo, para DWORKIN o positivismo é uma doutrina insuficiente, calcada única e exclusivamente nas regras jurídicas, positivadas e válidas de acordo com métodos estabelecidos pelas próprias normas para sua validade – regras essas que jamais serão suficientes para abarcar a riqueza e a complexidade da vida social²³.

As doutrinas neoconstitucionalistas, lado outro, são marcadas pela inserção de mandamentos de caráter moral no Direito. Conforme aponta OLIVEIRA (2013, p. 132), no neoconstitucionalismo a fundamentação do sistema jurídico passa a ser eminentemente principiológica, e não mais positivista-legalista. O Direito, nesta concepção, seria redefinido. A legislação, outrora principal fundamento do ordenamento, passa a ser aplicada e interpretada sob o filtro dos princípios. A consequência, como aponta, é uma completa recontextualização do direito infraconstitucional que, em seu movimento de positivação e aplicação, sofre uma releitura para se adequar aos princípios constitucionais.

Bernardo Gonçalves FERNANDES (2018) afirma que a hermenêutica jurídica clássica e a teoria da interpretação de Kelsen acabam por gerar um “mar de incertezas” derivadas do positivismo, posto que permitem e afirmam a existência da discricionariedade em face da indeterminação estrutural do Direito. Assim sendo, as teorias neoconstitucionalistas teriam por objetivo superar essa indeterminação do

²³ “O positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.” (DWORKIN, 2002, p. 36)

positivismo e responder sobre a certeza de aplicação do direito e dos limites ao aplicador (FERNANDES, 2018, p. 235).

Pedro LENZA (2018, p. 82) afirma que, para o neoconstitucionalismo, o objetivo é a busca não apenas da limitação do poder político, mas, principalmente, a eficácia do texto Constitucional, sobretudo mediante a concretização efetiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, a Constituição passa a ser entendida e compreendida como centro do sistema, dotada de alta carga valorativa, devendo-se buscar, mais do que as formas prescritas no texto constitucional, os seus princípios, o seu caráter axiológico e os seus valores.

2.2.2.2. Princípios e regras: compreensão e aplicação nas correntes positivistas e neoconstitucionalistas

Para tratar da natureza jurídica da coisa julgada no direito brasileiro será necessário adentrar no âmbito da teoria da norma. Isso porque, conforme pontua Bernardo FERNANDES, ao compreender o ordenamento jurídico com base em princípios e regras, conferindo normatividade aos primeiros, que passam a expressar um conteúdo deontológico (dever ser), as doutrinas neoconstitucionalistas diferenciaram-se das positivistas, que concebiam o sistema composto tão somente por regras (2018, p. 235).

Assim sendo, a depender da qualificação da coisa julgada em nosso ordenamento, como princípio ou regra, decorrem uma série de efeitos e possibilidades, principalmente observando-se a grande expansão e aplicação das doutrinas neoconstitucionalistas pelos tribunais pátrios.

Paulo BONAVIDES registra que a ideia de princípio surge na geometria, com o sentido original de “desígnio das verdades primeiras” (2004, p. 255). DE PLÁCIDO E SILVA define princípio, em concepção ampla, como o começo ou origem de qualquer coisa. Em sentido jurídico, princípio seria a norma jurídica com conteúdo genérico, que se contrapõe à regra e ao preceito, como normas mais individualizadas (2009, p. 1090).

Os principais autores que trataram sobre a diferenciação entre princípios e regras e que, até o presente, influenciam a doutrina e a jurisprudência são Ronald DWORKIN e Robert ALEXANDER.

Ronald DWORKIN (2002), conforme dito na seção anterior, foi um dos neoconstitucionalistas de maior influência no mundo jurídico. Em seus escritos, buscou combater ativamente as concepções positivistas do direito, em especial de Herbert HART, seu antecessor na cátedra de *Jurisprudence* em Oxford. Sua concepção do Direito como integridade é calcada, como ressaltado por FERNANDES (2018, p. 235), na composição do ordenamento jurídico entre princípios e regras jurídicas. A divisão, segundo aponta, seria necessária pois, nos casos difíceis, um modelo exclusivo de regras não fornece a solução para todas as situações concretas. Assim sendo, cabe ao intérprete utilizar padrões determinados para que a resposta correta seja alcançada. A diferenciação entre princípios e regras é assim delineada:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

[...]

Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.

[...]

Consideremos, portanto, o que fica implícito quando alguém diz que uma determinada regra é obrigatória. Ele pode sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança. E se não for esse o caso, ele pode sugerir que qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente, princípios que o tribunal não tem a liberdade de ignorar.” (DWORKIN, 2002, p. 39-40)

Talvez com maior importância dentro do âmbito da teoria das normas, Robert ALEXY, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, traz as linhas gerais sobre a “regra da proporcionalidade”, mecanismo que tem sido largamente mencionado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro em suas decisões.

Para ALEXY (2012, p. 91) um ordenamento jurídico é composto por dois tipos de normas: regras e princípios. Afastando o critério da generalidade do mandamento, utilizado por DWORKIN, ALEXY afirma que regras e princípios possuem uma diferença qualitativa. Assim, em sua acepção, princípios seriam mandamentos de otimização (ALEXY, 2012, p. 90), ou seja, que estipulam uma obrigação cuja

determinação deve ser cumprida na maior medida possível, possuindo caráter *prima facie*. Tal cariz decorre do fato de serem os princípios passíveis de cumprimento em graus, mediante observação das circunstâncias fáticas e jurídicas em caso de colisão.

Lado outro, as regras configuram-se como mandamentos (dever ser) tudo-ou-nada, ou seja, que podem ser ou cumpridas ou descumpridas. Nessas inexiste o caráter *prima facie*. Assim, diferentemente do cumprimento em graus dos princípios, uma regra válida deve ser simplesmente cumprida *in totum*, possuindo cariz definitivo. A determinação das regras válidas, para ALEXY, poderia falhar tão somente diante de impossibilidades fáticas ou jurídicas, devendo ser aplicada na ausência desse tipo de ocorrência (ALEXY, 2012, p. 106-107).

A concepção de um sistema normativo composto por regras e princípios gera consequências diretas no caso do conflito entre normas jurídicas. Isto porque, se por um lado o conflito de regras deve, necessariamente, ser resolvido com a eliminação de uma delas do ordenamento jurídico, posto que submetidas ao modelo do tudo-ou-nada, ao conflito entre princípios deve ser utilizada a denominada regra da proporcionalidade, como método de solução. Afinal, como mandamento de otimização, um princípio representa uma razão (mandamento) que pode ser afastado diante de uma razão (mandamento) antagônico. Assim, a inaplicabilidade de um princípio, em uma determinada circunstância jurídica, não implica sua invalidade no ordenamento jurídico.

A regra da proporcionalidade é o método elaborado por ALEXY (2012, p 116-120) para a solução de conflitos entre princípios em um ordenamento jurídico. Ela é composta de três máximas, ou sub-regras, que devem ser aplicadas sequencialmente para a solução do conflito, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito:

- Adequação: pela máxima da adequação, o intérprete deve analisar se a medida é adequada para o fim ao qual se propõe. Se a medida proposta atende aos fins almejados, o primeiro passo resta superado;
- Necessidade: o segundo ponto é a análise da necessidade. Essa máxima impõe ao aplicador verificar se a medida proposta é aquela que vai ocasionar menor prejuízo ou dano ao outro princípio colidente. Dessa maneira, o requisito da necessidade somente será preenchido se não houver outra medida menos danosa;

- Proporcionalidade em sentido estrito: por fim, superadas as máximas anteriores, o aplicador realizará a ponderação entre os princípios em choque diante do caso concreto. Após avaliação das circunstâncias fáticas e jurídicas, o intérprete argumentará em favor da preponderância de um princípio sobre o outro.

Nesse sentido, conclui ÁVILA (2009) que o “neoconstitucionalismo”, em uma relação de causa e efeito, aponta para uma primazia dos princípios sobre as regras, o que ocasionaria maior aplicação do método de ponderação em vez da subsunção. Por sua vez, uma maior aplicação da ponderação exigiria um número mais elevado de análises individuais e concretas em vez de análises abstratas, ocasionando, em última análise, maior insegurança jurídica acerca da aplicação das normas no direito pátrio.

2.2.2.3. Coisa Julgada: posicionamentos dos principais autores sobre a temática.

Realizada essa análise, cumpre retornar à coisa julgada e inquirir sobre sua natureza jurídica: se princípio ou regra. Adotar-se-á na análise o conceito de ALEXY (2012), por ser o dominante no Brasil.

Cármem Lúcia Antunes ROCHA (2009) qualifica a coisa julgada como um direito fundamental, consignado em nosso ordenamento jurídico na forma de princípio. Segundo pontua, o princípio da coisa julgada seria uma manifestação da segurança jurídica e estaria, desta maneira, sujeita à relativização quando em conflito com outras normas a fim de otimizar a supremacia constitucional.

No mesmo sentido, Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR (2008, p. 217) afirma que o princípio da coisa julgada, vinculado à doutrina da irretroatividade, serve para proteger a relação jurídica controvertida contra a incidência de lei nova, impedindo que a decisão proferida pelo tribunal seja atingida retroativamente.

Lívia STUMPF (2012, p. 45) enquadra a coisa julgada como uma regra de direito subjetivo com cunho positivo e negativo, posto que, simultaneamente, determina certas condutas estatais e estabelece abstenções ou limitações do poder público. O instituto, ainda, integra o rol de direitos e garantias fundamentais. Assim sendo, o direito à coisa julgada poderia, por seu caráter negativo, ser utilizado como direito de defesa da pessoa humana e sua dignidade em face dos poderes do estado.

Humberto ÁVILA, por sua vez, é categórico ao delinear o caráter de regra da coisa julgada. Segundo o autor:

“A proteção da coisa julgada, mais do que amparar um ideal de segurança sem predefinir o seu modo de realização, é uma forma de regramento do conflito entre a segurança e igualdade particular, não podendo ser afastada mediante um mero procedimento de ponderação por meio do qual se atribua um peso maior ou menor a ela” (ÁVILA, 2008)

No mesmo sentido, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO compreendem a coisa julgada como uma regra decorrente da densificação da proteção ao princípio constitucional da segurança jurídica. Isso implica dizer que há uma clara opção do constituinte em favor da estabilidade das situações jurídicas em detrimento das infundáveis discussões em busca da solução supostamente mais justa para o litígio (2015b, p. 619-620)

2.2.2.4. Para além da natureza jurídica: a reinterpretção da coisa julgada como mecanismo de estabilidade sistêmica

Observa-se, da seção anterior, que há grande dissenso doutrinário acerca da natureza jurídica da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro. Para alguns, ela é direito fundamental previsto na Constituição de forma principiológica. Para outros, é garantia fundamental positivada como regra.

Para prosseguir na análise sobre a natureza jurídica da coisa julgada, será adotada, como já dito, a divisão preconizada por ALEXY entre princípios e regras, que tem sido largamente utilizada no Brasil, notadamente pelo Supremo Tribunal Federal em diversos de seus julgados.

Conforme asseverado anteriormente, autores de peso entendem que a coisa julgada possui dimensão de regra no ordenamento jurídico brasileiro. Dentro da concepção de Robert ALEXY, a coisa julgada, sendo regra, consistiria em um mandamento definitivo, com cumprimento na forma tudo-ou-nada, de acordo com as definições legais previstas. A regra da coisa julgada somente poderá ser cumprida ou descumprida, inexistindo validade *prima facie* e parcial, como no caso dos princípios.

Outros autores acabam por qualificar a coisa julgada como um princípio e, nesse sentido, como mandamento de otimização, passível de cumprimento dentro da

maior medida possível e em constante oposição com outros princípios jurídicos, como o da igualdade, por exemplo.

A escolha por princípio ou regra impacta diretamente a discussão sobre a coisa julgada. Conforme exposto, as regras não se sujeitam à aplicação em graus, podendo tão somente ser cumpridas ou descumpridas. Isso implica dizer que a coisa julgada, neste entendimento, seria passível de limitações, nos termos trazidos por outras regras do ordenamento, devendo, se válidas, ser cumpridas nos estritos limites ali apontados, mas, jamais, por meio de ponderações com princípios jurídicos.

Lado outro, caso compreendida a coisa julgada como princípio, estaria ela sujeita à relativização diante dos inevitáveis e constantes conflitos com outros princípios (ÁVILA, 2008), não tendo seus limites e contornos bem definidos e dependendo sua aplicação da análise caso a caso, para ver em qual medida deve ser aplicada de forma otimizada.

Cumprido, nesse sentido, empreender algum esforço para realizar o adequado enquadramento da coisa julgada como regra – afastando seu cariz principiológico.

Paulo BONAVIDES (2004, p. 525-526) realiza a distinção entre direitos e garantias fundamentais, afirmando que os direitos são interesses determinados e tutelados pelo ordenamento jurídico. Lado outro, as garantias são posições que reafirmam a segurança e colocam fim à incerteza e à fragilidade. Nesse sentido, as garantias estão sempre diante de um interesse (direito) que demanda proteção, com o qual não se confundem, sob pena de esvaziamento de ambos os institutos.

No mesmo sentido, Márcio Luís de OLIVEIRA (2013, p. 240-248) afirma que os direitos seriam a titularidade de prerrogativas jurídicas sobre objetos substantivamente reconhecidos pelo sistema, como bens materiais, bens imateriais, atributos, interesses, valores (OLIVEIRA, 2013, p. 240). Lado outro, as garantias seriam prerrogativas criadas pelo Direito para preservar a titularidade e o exercício dos direitos individuais. Assim sendo, buscam prevenir a violação de direitos; reparar ou compensar direitos eventualmente violados; minimizar os efeitos da eventual violação; possibilitar a subjetivação de direitos; preservar o indivíduo contra o sistema e a sociedade; preservar a essência do sistema contra o próprio sistema; preservar a normatividade da Constituição, dentre outros (OLIVEIRA, 2013, p. 243-248).

José Afonso da SILVA (2010, p. 186), fazendo referência a Rui BARBOSA, afirma que não se deve confundir direitos com garantias. Em que pese a linha divisória não ser nítida, posto que a Constituição não estabelece regra que aparte os dois

institutos, o referido constitucionalista busca caracterizar os direitos como disposições meramente declaratórias, enquanto as garantias seriam assecuratórias dos direitos.

A coisa julgada, observando-se as explanações que foram trazidas nas seções anteriores deste trabalho, acaba por configurar-se não como um direito, mas sim como garantia fundamental do ordenamento jurídico nacional²⁴. Isso porque é um instituto que, possuindo natureza dialógico-instrumental, foi disponibilizada pelo sistema jurídico para prevenir violações a direitos.

O art. 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal elucida o exposto no parágrafo anterior. A sentença judicial, ao determinar uma situação jurídica, gera para as partes do processo o direito/dever de cumprir o mandamento ali exposto. A coisa julgada, nesse sentido, é mecanismo fornecido pelo sistema para que o titular do direito ali consignado possa subjetivá-lo e exercê-lo; é, ainda, garantia de preservação ou possível reparação por violação ao direito ali consignado; é garantia contra eventuais mudanças do sistema.

Como garantia constitucional, possuindo, como dito, natureza dialógica-instrumental, a coisa julgada não se adapta à abertura que é característica dos princípios. Afinal, a razão de existência das garantias é promover o pleno exercício dos direitos pelos seus titulares. A possibilidade de cumprimento em graus das garantias fundamentais ocasionaria uma insegurança e um enfraquecimento dos direitos previstos pelos textos normativos. Dessa maneira, a coisa julgada deve ser interpretada como regra do ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de cláusula pétrea posta pelo constituinte originário para proteger os direitos (e deveres) consignados em sentença judicial contra a ação tanto de particulares do próprio Estado.

Conforme explorado na primeira parte deste trabalho, adota-se aqui a concepção de Niklas LUHMANN, do direito como sistema fechado e autopoietico, que busca em si mesmo a base para sua reprodução (LUHMANN, 1989, p. 138-139). Nesse sentido, a interpretação aqui proposta para a coisa julgada deve, mais que divergir ou concordar com os pontos de vista acima elencados, reconstruir o sentido da coisa julgada à luz do marco teórico luhmanniano.

Retomando brevemente as linhas iniciais, viu-se que em uma sociedade com multiplicidade de atores a grande quantidade de possibilidades e expectativas

²⁴ Com o mesmo posicionamento, ver SILVA (2010), que também elenca a coisa julgada no rol de garantias constitucionais.

existentes entre os sujeitos acaba por gerar insegurança considerável (medo). O Direito surge então como resposta, destinando-se a diminuir a quantidade de possibilidades e, com isso, a complexidade social, por meio da indicação de uma série de mandamentos e opções previamente feitas (regras).

Viu-se também que, a despeito da grande influência de uma série de fatores extra sistêmicos, que causam “irritações” ao Direito, ele deve ser mantido como um sistema fechado e autorreferencial, sob pena de não atingir o seu objetivo primário de controle social e diminuição da complexidade.

Dessarte, a coisa julgada deve ser interpretada não apenas como um elemento processual, com seu caráter de princípio ou regra, mas como um dos métodos criados pelo sistema jurídico para operar o seu fechamento e estabilização, pondo fim às dúvidas e aos litígios inerentes ao próprio mundo jurídico.

É certo que o Direito, por se expressar por meio da linguagem, está submetido às suas nuances, com uma gama de sentidos possíveis para seus enunciados. A sentença, ao determinar o único sentido possível da norma para o caso concreto (DERZI, 2009, p. 188), opera o fechamento do sistema no tocante àquela realidade. Assim é que a coisa julgada, como uma proteção adicional, estabiliza as expectativas normativas para as partes, tornando o comando decisório imutável e definitivo. Opera-se, assim, de forma definitiva, a estabilização do sistema com o encerramento absoluto do litígio.

Tiago Flecha ALMEIDA (2014), em dissertação que busca reinterpretar a coisa julgada sob a perspectiva da teoria dos sistemas e da confiança de Niklas Luhmann, dispõe que a função da coisa julgada é:

Estabilizar definitivamente expectativa normativa de comportamento frustrada por uma das partes da relação jurídica de direito material e restabelecida pelo julgamento proferido em processo instaurado para compor o conflito de interesses e de que o valor que a orienta é a confiança sistêmica (ALMEIDA, 2014, p. 63)

Indo além, o autor pontua que somente com a coisa julgada, mecanismo de estabilidade criado pelo Direito ao dirimir os conflitos sociais, atinge-se a almejada previsibilidade das relações sociais. Conclui-se, dessa forma, que a coisa julgada, possuindo o objetivo de redução da complexidade e das inúmeras opções a respeito do futuro, tem como fundamento de existência no ordenamento jurídico pátrio não a

segurança jurídica, conforme preceituado por diversos autores, mas sim o próprio princípio da proteção da confiança (ALMEIDA, 2014, p. 104).

Vê-se, portanto, que somente uma concepção da coisa julgada que privilegie sua característica e finalidade de promover estabilidade sistêmica pode delinear as reais limitações e aplicações do instituto sem que ocorra seu esvaziamento.

2.3. Neoconstitucionalismo²⁵ e relativização da coisa julgada: uma leitura crítica

Revista a interpretação da coisa julgada, como elemento estabilizador de conflitos sociais, segue-se em busca das respostas para os próximos questionamentos realizados na introdução do trabalho, quais sejam, “o que é a relativização da coisa julgada? Quais os fundamentos e fins para realização da relativização?”. Para realização dessa análise, é necessário tecer, primeiramente, algumas linhas sobre o papel do Poder Judiciário e a releitura desse papel na contemporaneidade, capitaneada no Brasil especialmente por Luís Roberto BARROSO, que, agora Ministro do Supremo Tribunal Federal, tem influenciado decisivamente na relativização de princípios do ordenamento.

2.3.1. A releitura do papel do Poder Judiciário segundo Luís Roberto Barroso

O primeiro passo, na tentativa de compreensão da denominada relativização da coisa julgada é buscar entender, ainda que rapidamente, a reinterpretção do papel do Poder Judiciário em uma democracia, que tem sido defendida por vários neoconstitucionalistas.

A respeito do assunto, BARROSO (2018), um dos maiores expoentes do denominado “neoconstitucionalismo” na atualidade, se pronuncia, destacando as funções a serem exercidas por uma Suprema Corte, dentro deste paradigma neoconstitucionalista (ou pós-positivista). Ele destaca os papéis contramajoritário, representativo e um denominado papel “iluminista”. Seu posicionamento surge de uma constatação de que, com os grandes índices de judicialização das questões da vida, “o juiz contemporâneo, não apenas nos países do *common law*, mas também na tradição de direito civil, é, com frequência, coparticipante do processo de criação do

²⁵ Ou Pós-positivismo. A nomenclatura varia na doutrina.

direito”. Segundo ele, “não se trata de uma opção filosófica ou metodológica, mas de uma imposição da realidade da vida” (BARROSO, 2018, p. 2184). Convém aqui delinear brevemente cada uma dessas denominadas funções, a fim de compreender, em parte, a atuação que tem sido observada no Poder Judiciário atualmente.

Em relação ao poder contramajoritário, BARROSO (2018, p. 2185) afirma que ele consiste no papel de, detendo o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Poder Legislativo, proteger os direitos fundamentais e as regras do jogo, evitando uma deturpação do processo democrático e opressão das minorias.

O segundo papel a ser exercido pela corte constitucional, segundo aponta, seria o papel representativo, afirmando que, a despeito da tradicional de separação de poderes, atualmente este modelo não é suficiente para justificar a estrutura e o funcionamento da realidade. Assim sendo, em que pese os Poderes Executivo e Legislativo serem essencialmente o *locus* da decisão política por excelência, nem sempre suas decisões representariam de forma fidedigna a opinião majoritária. Dessa forma, caberia também ao Poder Judiciário, em especial à corte constitucional, funcionar como “intérprete do sentimento social” (BARROSO, 2018, p. 2192).

Por fim, cumpre tratar do que BARROSO intitula de papel iluminista. Pela especificidade de suas palavras, vale aqui reproduzi-las:

Com a limitação do poder e a democratização do Estado e da sociedade, procurou-se abrigar a vontade majoritária e a razão iluminista dentro de um mesmo documento, que é a Constituição. O poder dominante, como regra geral, emana da vontade majoritária e das instituições através das quais ela se manifesta, que são o Legislativo e o Executivo. Vez por outra, no entanto, é preciso acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão. Nesses momentos raros, mas decisivos, as cortes constitucionais podem precisar ser os agentes da história. (BARROSO, 2018, p. 2209)

Desta forma, existiriam momentos em que, diante da vontade majoritária, caberia à corte constitucional adotar posicionamentos inovadores, com base na razão, para afastar comportamentos irracionais e direcionar a história na rota da preservação dos direitos humanos e do progresso social.

No que pertine ao Direito Tributário, que possui sede constitucional, os efeitos do “neoconstitucionalismo” tem sido evidentemente sentidos. Deve-se observar, *ab initio*, que o fenômeno da judicialização tem se mostrado uma marca forte nesta seara. Segundo dados do Supremo Tribunal Federal, apenas no ano de 2018, foram autuados naquela corte 9.779 processos envolvendo a temática fiscal. Assim sendo,

tem-se tornado notável o papel central que as mais variadas cortes judiciais, não apenas a constitucional, exercem para a tributação brasileira.

Como consequência direta de um alto índice de demandas, o Poder Judiciário, que vem demonstrando afeição às doutrinas “neoconstitucionalistas”, tem atuado de forma proativa no direito tributário, apresentando posicionamentos que, muitas vezes, acabam por abarcar elementos extrajurídicos, especialmente econômicos, em suas decisões. Tem ganhado força, na Corte, doutrinas como o denominado “dever fundamental de pagar tributos”²⁶ (BRASIL, 2016), bem como a utilização cada vez maior de princípios, valores e também de outros argumentos econômicos, financeiros e contábeis na aplicação da lei tributária²⁷. Sacha CALMON bem resume a situação, ao afirmar que:

“A existência, na Constituição brasileira de 1988, de numerosas regras sobre tributação e de variados princípios constitucionais de conteúdo aberto, como soem ser os princípios jurídicos (regras-padrão), confere ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis tributárias, seja o difuso, seja o concentrado, grande interesse teórico e prático. Interesse que mais se acendra quando se sabe que tanto na Europa, com as suas cortes constitucionais, quanto nos EUA, com a Suprema Corte, o controle da constitucionalidade das leis está a ganhar intensidade jamais imaginada, tornando-se, mais na Europa do que nos EUA, quase um programa de supervisão jurídica da ação do Estado[...]. Sob a égide da Constituição, cujo controle exercitam *de legibus*, avultam as jurisdições constitucionais. Certamente a superação da ortodoxia da teoria tripartite do Estado, a falência evidente (e inevitável) do positivismo, a emergência de problemas sociais e a necessidade de controlar o fautor e o executor da lei, por corpos autônomos

²⁶ “[...]5. A ordem constitucional instaurada em 1988 estabeleceu, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Para tanto, a Carta foi generosa na previsão de direitos individuais, sociais, econômicos e culturais para o cidadão. Ocorre que, correlatos a esses direitos, existem também deveres, cujo atendimento é, também, condição *sine qua non* para a realização do projeto de sociedade esculpido na Carta Federal. Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/ 2001 de extrema significância nessa tarefa.” (BRASIL, 2016b)

²⁷ “[...]10. A Constituição Tributária deve ser interpretada de acordo com o pluralismo metodológico, abrindo-se para a interpretação segundo variados métodos, que vão desde o literal até o sistemático e teleológico, sendo certo que os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua interpretação, como a Ciência das Finanças, Economia e Contabilidade. 11. A interpretação isolada do art. 110, do CTN, conduz à prevalência do método literal, dando aos conceitos de Direito Privado a primazia hermenêutica na ordem jurídica, o que resta inconcebível. Consequentemente, deve-se promover a interpretação conjugada dos artigos 109 e 110, do CTN, avultando o método sistemático quando estiverem em jogo institutos e conceitos utilizados pela Constituição, e, de outro, o método teleológico quando não haja a constitucionalização dos conceitos. 12. A unidade do ordenamento jurídico é conferida pela própria Constituição, por interpretação sistemática e axiológica, entre outros valores e princípios relevantes do ordenamento jurídico. (BRASIL, 2017a)

de juízes, em nome dos princípios da liberdade, da cidadania, e da igualdade, geraram este estado de coisas, a que o Brasil procura se atrelar.” (COELHO, 2012, p. 51.)

Estas são, em resumo, as concepções que funcionam como base para a teoria da relativização da coisa julgada, que será tratada a seguir.

2.3.2. *Coisa julgada inconstitucional e sua relativização: teoria*

Grande parte, senão a integralidade, das polêmicas envolvendo a coisa julgada atualmente acaba por envolver a possibilidade de sua relativização diante da ocorrência da denominada coisa julgada inconstitucional. O tema, que será abordado detalhadamente logo mais, pode ser definido, brevemente, como a decisão judicial transitada em julgado que se encontra em dissonância com pronunciamento do Supremo Tribunal Federal a respeito de determinada matéria.

Este fenômeno, no entanto, carece da construção básica de noções de controle de constitucionalidade para que se possa, enfim, analisar sua ocorrência. Prossiga-se brevemente, então, pelos fundamentos do controle de constitucionalidade e pela explanação sobre o modelo que é adotado no Brasil, que se liga diretamente à teoria da referida coisa julgada inconstitucional.

2.3.2.1. Controle de constitucionalidade: breves fundamentos

2.3.2.1.1. Origem

O controle de constitucionalidade, da forma como realizado atualmente, tem suas origens nos Estados Unidos, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, pela Suprema Corte daquele país (ESTADOS UNIDOS, 1803).

Interessante notar que, naquele período, a Suprema Corte ainda era alvo de desconfianças por parte dos jurisdicionados norte-americanos, principalmente em razão do Federalismo de origem centrípeta, em que os Estados Membros ainda guardavam muita força política e jurídica (FRIEDMAN, 2010, p. 10-13).

Nesse cenário, a Suprema Corte se viu obrigada a enfrentar o caso postulado por William Marbury, aliado político do então presidente, John Adams, para cargo no Poder Judiciário, com base no *Judiciary Act*. Essa lei alterava competências e a

organização judicial nos Estados Unidos, prevendo a criação de diversos cargos, além de alterar as competências da Suprema Corte.

Na ocasião, como a nomeação ocorrera ao fim do mandato e o novo presidente, Thomas Jefferson, era de partido diferente de John Adams, seu secretário de Estado, James Madison, negou a posse a Marbury. Ele, então, recorreu à Suprema Corte, com competência alargada em razão do *Judiciary Act*, para postular sua posse no cargo.

Na decisão, a Corte, apesar de reconhecer o direito de Marbury de ser empossado, sustentou a impossibilidade de fazê-lo, tendo em vista que a medida utilizada por Madison para acessar a Suprema Corte, fundamentada no *Judiciary Act* seria incompatível com suas competências originárias, determinadas pela Constituição.

Ali, então, pela primeira vez, ao afastar o *Judiciary Act* para negar provimento ao *mandamus* de Marbury, a Corte assentou seu poder de realizar o controle de constitucionalidade das leis e de atos do poder executivo, negando aplicação àqueles que não fossem compatíveis com o texto da Constituição Federal. Restava assentada, dessa maneira, a supremacia da Constituição, bem como o fato de que o Poder Judiciário seria o guardião e intérprete último de seu sentido e aplicação:

O Congresso não tem o poder de aprovar leis que contrariem a Constituição, como a que expande a jurisdição originária da Suprema Corte (ESTADOS UNIDOS, 1803, tradução livre).

Fato importante de se notar é o de que a origem do controle de constitucionalidade é de construção eminentemente jurisprudencial, inexistindo, naquele momento, qualquer lei ou disposição constitucional que conferia à Suprema Corte tais poderes. (FRIEDMAN, 2010, p. 42).

2.3.2.1.2. Modelos de Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade e a noção de supremacia constitucional, logo após o julgamento da Suprema Corte, se espalhou pelo mundo e pelos mais diversos ordenamentos jurídicos.

Decorrente desse movimento de expansão surgiram, basicamente, três grandes modelos de controle de constitucionalidade: (I) o modelo americano; (II) o

modelo austríaco; e (III) o modelo francês. Tendo em vista que não é objetivo, neste trabalho, o esgotamento desta temática, a análise será limitada a tecer as principais considerações doutrinárias sobre os dois primeiros modelos (americano e austríaco), que são a base para o que hoje se adota no país.

Segundo FERNANDES (2018), no modelo americano, todos os órgãos do Poder Judiciário são incumbidos de aplicar a Constituição e, com isso, declarar a incompatibilidade das leis com o texto constitucional. Assim sendo, ele se consagra pelo modelo denominado difuso (FERNANDES, 2018, p. 1526). Outrossim, o controle tem como característica a declaração de inconstitucionalidade por via incidental²⁸, durante a avaliação de casos concretos que são levados perante o Poder Judiciário. Em decorrência disso, o controle é denominado concreto e, via de regra, gera efeitos *inter partes*. Segundo Gilmar MENDES (2017, p. 940), o modelo americano adota, ainda, uma modelagem processual que busca valorizar o interesse público. Há um procedimento especial, o *Writ of Certiorari*, que funciona como mecanismo de acesso à Suprema Corte e serve para o reconhecimento do efeito vinculante das decisões a serem proferidas por força do *stare decisis*.

Por fim, a respeito dos efeitos temporais da decisão no controle difuso, à decisão de inconstitucionalidade proferida neste modelo conferem-se efeitos retroativos, ou seja, *ex tunc*. A sentença, nessa linha, tem caráter declaratório e o ato normativo impugnado é considerado inválido desde o momento que surgiu no ordenamento jurídico (FERNANDES, 2018, p. 1526).

O segundo modelo de interesse para estudo é o austríaco, que foi delineado, pela primeira vez, na constituição da Áustria de 1920, por obra de Hans KELSEN (FERNANDES, 2018, p. 1527). Neste tipo de controle de constitucionalidade, atribui-se o julgamento das questões constitucionais a um único órgão jurisdicional, geralmente a Suprema Corte do país ou o Tribunal Constitucional (MENDES, 2017, p. 940). Em razão disso, o modelo é de controle concentrado, com as competências recaindo sobre esse único órgão, por meios específicos.

Além disso, se no modelo americano o controle é realizado com base no caso concreto, pela via incidental, no modelo austríaco se permite o questionamento pela via principal, ou seja, o questionamento direto da lei ou ato normativo em abstrato, sem qualquer tipo de relação com casos concretos. O Tribunal Constitucional avalia,

²⁸ Ou seja, no controle pela via incidental, a análise da constitucionalidade da lei ou do ato normativo é prejudicial à solução do mérito, e não o mérito em si da causa.

nesse sentido, se o ato normativo, em tese, viola ou não a constituição. A decisão, em razão desse caráter, possui efeitos *erga omnes*, ou seja, com validade para todos os jurisdicionados, sejam eles partes ou não no processo que declarou a inconstitucionalidade²⁹.

Os efeitos temporais da decisão, no modelo austríaco, seriam, diversamente do modelo americano, *ex nunc*, ou seja, pró futuro. Segundo aponta FERNANDES (2018, p. 1528), essa é a característica do modelo. Afinal, sendo certo que a declaração de inconstitucionalidade depende de um órgão específico, enquanto não houver pronunciamento deste órgão a respeito do status do ato normativo, ele deve ser considerado válido (uma vez que nenhum juiz teria competência para deixar de aplicá-lo por entendê-lo inconstitucional). A sentença proferida, nesse sentido, seria constitutiva, decorrente da anulabilidade do ato.

2.3.2.1.3. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

No caso brasileiro, o Constituinte de 1988 optou pela conjugação dos modelos americano e austríaco, criando o sistema misto de controle de constitucionalidade. Entretanto, como não poderia deixar de ser, existem alguns complicadores e especificidades que merecem ser analisados, tendo em vista que terão impacto direto na análise da coisa julgada inconstitucional.

No Brasil, o modelo de controle que vem sendo adotado como regra, desde a Constituição de 1891 (fortemente influenciada pela estadunidense), é o americano (difuso). Entretanto, com o passar das décadas e das Constituições, foram sendo adicionados ao sistema nacional vários elementos do controle concentrado de constitucionalidade, quais sejam: (I) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI³⁰; (II) Ação Direta de Constitucionalidade – ADC³¹; (III) Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão – ADO³²; (IV) Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF³³; (V) Ação Direta de Inconstitucionalidade interventiva – ADI Interventiva³⁴ (BRASIL, 1988). Concebeu-se, assim, o modelo misto que se tem hoje.

²⁹ Ressalte-se que, no modelo austríaco, em razão da possibilidade de questionamento de lei em tese, as Constituições costumam limitar o rol de pessoas aptas a figurar no polo ativo do processo.

³⁰ Art. 102, I, a, da Constituição Federal de 1988.

³¹ Art. 102, I, a, da Constituição Federal de 1988, inserida pela EC nº 03/1993.

³² Art. 103, §2º, da Constituição Federal de 1988.

³³ Art. 103, §1º da Constituição Federal de 1988, com redação dada pela EC nº 03/1993.

³⁴ Art. 36, III, da Constituição Federal de 1988.

Com base nisso, a regra geral existente no País é o controle difuso-concreto, pela via de exceção, de modo incidental (FERNANDES, 2018, p. 1543). Dessarte, cabe a todo e qualquer membro da magistratura realizar o controle de constitucionalidade, em caráter difuso, ao dirimir as lides em concreto que lhes são postas para julgamento. Além disso, existe a previsão constitucional de ações específicas, ou seja, por via direta, de controle concentrado, cuja competência recai sobre o STF, que a realiza de forma abstrata, com base na lei em tese (ou na falta dela).

Existem, ainda, uma série de pormenores referentes ao modelo brasileiro que não devem ser analisados aqui, posto que fogem ao escopo do trabalho. Todavia, algumas dessas características serão pontuadas oportunamente na próxima seção, em que se tratará da natureza jurídica das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

2.3.3. Natureza jurídica da decisão proferida em sede de controle de constitucionalidade

Nesta seção, com base no que já fora exposto no item 2.1, analisar-se-á a natureza jurídica das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Em razão do caráter misto do controle realizado no Brasil, será realizada a divisão da análise em três categorias, que se prestarão às considerações a serem tecidas posteriormente. São elas:

- a) Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade;
- b) Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, notadamente em recursos repetitivos;
- c) Decisões proferidas em sede de controle difuso, pelos juízes e demais tribunais pátrios.

Ter-se-á como premissa da análise, conforme exposto no tópico 2.1, que a sentença judicial, incluindo a prolatada em controle de constitucionalidade, constitui um ato simultâneo de aplicação e criação do direito (DERZI, 2009, p. 188). Assim sendo, considerar-se-á que todas as decisões abordadas a seguir possuem natureza

de norma jurídica. Excepcionalmente será necessário reproduzir alguns dispositivos legais no texto, o que se fará para melhor compreensão do que se pretende expor.

2.3.3.1. Decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade

O primeiro passo na análise da natureza jurídica das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade, a *contrario sensu*, é abordar a exceção no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o controle concentrado de constitucionalidade.

Conforme exposto no item anterior, o modelo concentrado de controle é composto, essencialmente, por 5 tipos de ações, previstas nos artigos 36, III (ADI interventiva); 102, I, a (ADI e ADC); 102, §1º (ADPF); e 103, §2º (ADO). Com relação aos efeitos da decisão, é expresso o art. 102, §2º, que enuncia:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
[...]§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (BRASIL, 1988)

Observe-se da redação do artigo que, por determinação constitucional, confere-se à decisão proferida efeitos *erga omnes* (“produzirão eficácia contra todos”) e vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, em todas as suas esferas.

Ressalte-se, primeiramente, que, diferentemente do que pode parecer, os efeitos *erga omnes* e vinculante não se confundem. O texto constitucional deixa isso evidente na redação do artigo 102, §2º. Dessa forma, o constituinte, ao fixar, da forma como fez, os denominados efeitos “*erga omnes*” e vinculantes pretendeu: (I) com o caráter *erga omnes* da sentença, estender para todos os jurisdicionados os efeitos subjetivos e, por conseguinte, da coisa julgada do processo; (II) com o caráter vinculante, tornar obrigatório, para todos os membros do Poder Judiciário e da Administração Pública, a aplicação da decisão para casos pendentes e futuros, quando versarem sobre a situação de litígio à qual ela se aplica.

Dessa maneira, a decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade consiste e tem a natureza jurídica de norma jurídica inovadora para a totalidade dos membros de uma comunidade submetidos àquela regra. A nova norma deve, ainda, ser aplicada por todos os integrantes do Poder Judiciário, no julgamento dos casos novos, bem como pela Administração Pública, em todas as esferas, no exercício de seus poderes.

Por fim, em relação aos efeitos temporais, muita confusão tem sido feita, principalmente, por conta da possibilidade de modulação dos efeitos da decisão, nos termos previstos pelo art. 27 da Lei 9.868/1999³⁵.

A modulação dos efeitos da decisão surgiu nos Estados Unidos, em 1965, no caso *Linkletter v. Walker* (ESTADOS UNIDOS, 1965), em que ocorreu, pela primeira vez, a adoção de efeitos meramente prospectivos em uma decisão declaratória de inconstitucionalidade. No entanto, o expediente, em que pese sua possibilidade, é exceção no controle de constitucionalidade. Dessa maneira, a regra geral, no controle concentrado, é a aplicação dos efeitos *ex tunc*, ou seja, com retroação dos efeitos da decisão à data em que foi editado o ato normativo sob análise.

2.3.3.2. Decisões proferidas em controle difuso de constitucionalidade

Realizado o estudo sobre a natureza jurídica e os efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, passa-se ao estudo da regra geral, qual seja, o controle difuso (concreto). A análise deve partir do controle difuso realizado pelos juízes e tribunais, à exceção do STF, por se tratar da regra geral. Logo após, serão tratadas as especificidades da competência do STF ao julgar em sede de controle difuso.

³⁵ Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. (BRASIL, 1999)

2.3.3.2.1. Decisões proferidas em sede de controle difuso, pelos juízes e tribunais pátrios, à exceção do Supremo Tribunal Federal

Conforme dito anteriormente, a regra de controle de constitucionalidade adotada no Brasil é o modelo difuso (concreto). Isso implica dizer que todos os membros da magistratura, no exercício de suas funções, devem, verificando a existência de ato normativo inconstitucional na análise do caso concreto, decretar sua inconstitucionalidade.

Neste tipo de controle, aplicam-se, assim, os efeitos ordinários apresentados no modelo americano, quais sejam, *inter partes* e *ex tunc*. Inexiste, nessa hipótese, qualquer previsão que implique em extensão dos efeitos da sentença para terceiros, exceto as partes processuais ou qualquer dispositivo que autorize o juiz a realizar modulação de efeitos temporais.

Nesse sentido, a natureza jurídica da decisão proferida neste tipo de controle de constitucionalidade é o de uma norma individual, voltada ao caso concreto e restrita às partes que participaram do litígio.

2.3.3.2.2. Decisões proferidas em sede de controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal

Por fim, resta a análise do controle difuso de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. A análise foi deixada por último uma vez que, em razão da competência, atribuída ao mesmo tribunal, para realizar as duas formas de controle de constitucionalidade existentes no país (difuso e concentrado), muitos questionamentos tem surgido acerca dos reais limites do controle difuso realizado pelo STF. Seu fundamento, de toda sorte, é o art. 102, III da Constituição Federal, a seguir:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

[...]

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. (BRASIL, 1988)

O recurso extraordinário é, dessa forma, a via por excelência para a realização do controle de constitucionalidade difuso pelo Supremo Tribunal Federal. A regulamentação do recurso, em nosso ordenamento, é feita pelo Código de Processo Civil de 2015, que, em seus artigos 1029 a 1035, sistematiza a matéria.

A) A repercussão geral e seus efeitos

O primeiro ponto sobre o qual é necessário realizar esclarecimentos diz respeito a denominada “repercussão geral”, nos termos previstos pelo CPC. Afirma o art. 1.035 do CPC/2015 que é vedado ao Supremo Tribunal Federal conhecer de recurso extraordinário quando a questão nele versada não tiver repercussão geral. Logo em seu parágrafo primeiro, o próprio artigo apresenta a definição de repercussão geral, *in verbis*:

§ 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. (BRASIL, 2015)

Observa-se, pela redação do artigo, que a repercussão geral configura um requisito de admissibilidade do recurso à instância extraordinária. Nem a Constituição Federal, nem o Código de Processo Civil atribuem à concessão de repercussão geral quaisquer efeitos diferenciados da sentença, quais sejam, *erga omnes* e *ex nunc*.

Não se nega, é claro, que uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, consiste em um precedente em nosso ordenamento jurídico, a ser abordado e considerado pelos demais órgãos do Poder Judiciário no momento de proferirem decisões, seja para afastar, seja para confirmar sua aplicação. Tanto o é que a redação do parágrafo 5º, do art. 1035, determina a suspensão de todos os processos em território nacional que versem sobre a temática. O que não pode se extrair, daí, é sua vinculatividade ou também a extensão dos efeitos da sentença, pelo mero reconhecimento de existência de repercussão geral.

B) Recursos não afetados pela sistemática dos Repetitivos

Realizados os esclarecimentos necessários acerca da questão envolvendo a repercussão geral, cumpre dizer que, via de regra, em um recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, mas não afetado pelo rito dos recursos repetitivos (sobre o qual se explanará logo adiante), os efeitos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal são os típicos do controle difuso, qual sejam, efeitos *inter partes* e *extunc*. Dessa maneira, a decisão proferida, em regra e da mesma forma que a proferida pelos demais tribunais em controle difuso, possui a natureza de norma individual, voltada ao caso concreto e restrita às partes que participaram do litígio.

A previsão legislativa para a utilização, nesta espécie recursal, de modulação dos efeitos temporais da decisão encontra-se prevista, estranhamente (e completamente fora da sistemática do código), nos artigos 525, §13 e 535, §6º. Há, além disso, grande discussão acerca da possibilidade de extensão dos efeitos e vinculatividade da sentença aos demais órgãos do Poder Judiciário.

Bernardo Gonçalves FERNANDES (2018, p. 1551-1570) aborda extensivamente o assunto, tendo em vista a adoção, pela corte, da denominada “Teoria da Mutação Constitucional”. Não é objeto desta dissertação a discussão, minuciosa, de todos os argumentos a respeito desse assunto, sendo impactante, para a análise que se pretende à coisa julgada, apenas as conclusões. Fato é que, o Supremo Tribunal Federal, na tentativa de conferir aos Recursos Extraordinários vinculatividade e efeitos *erga omnes*, vem trabalhando em prol de uma abstrativização do controle difuso, quando realizado por aquela corte (FERNANDES, 2018, p. 1558). Nesse sentido, em uma série de julgados, observa-se um esvaziamento dos métodos tradicionais para extensão dos efeitos da sentença³⁶ em prol da concessão, por força jurisprudencial, destes efeitos.

Para FERNANDES (2018, p. 1565), a posição que vem sendo adotada pelo STF nessas questões é completamente inadequada, posto que: (I) gera uma deslegitimação do controle difuso e de seu caráter democrático, por meio do reforço do controle concentrado e objetivação que geram uma centralização das decisões; (II)

³⁶ Segundo FERNANDES (p. 1552-1554), os métodos existentes, pela Constituição Federal, para conferir vinculatividade e efeitos *erga omnes* aos recursos extraordinários são dois: (I) o primeiro, que consiste na suspensão, pelo Senado Federal, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição Federal; (II) o segundo, que consiste na edição de Súmula Vinculante, nos termos previstos no art. 103-A, da Constituição Federal.

a tese propugnada pelo STF excede em muito os limites semânticos do texto constitucional, cabendo ao constituinte derivado a promoção dessas alterações.

Adere-se integralmente a essas conclusões. Assim sendo, nos recursos não afetados pelo sistema de repetitivos, mantém-se o posicionamento pelos efeitos *inter partes* e *ex tunc*. A decisão, portanto, possui, também neste caso, natureza jurídica de norma individual, destinada a regulamentar o caso concreto. Eventuais adoções dos expedientes constitucionais para expansão dos efeitos da decisão possuem efeitos *ex nunc*³⁷ e podem determinar a vinculatividade dos órgãos para os casos futuros, sem, no entanto, afetar os casos já julgados.

C) Recursos afetados pela sistemática dos repetitivos,

Por fim, necessário analisar, nos termos legislativos, os efeitos das decisões proferidas pelo rito de recursos repetitivos, nos termos dos artigos 1036 a 1041, do Código de Processo Civil.

Em síntese, a sistemática de recursos repetitivos implica em, diante da existência de multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com idêntico fundamento de direito, selecionar um ou mais recursos para o julgamento como representativos da controvérsia, suspendendo-se o trâmite de todos os demais até o deslinde dos recursos afetados. Sobre os efeitos desse tipo de julgamento, é expresso o art. 1039, ao estabelecer que:

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada. (BRASIL, 2015)

Vê-se, pela redação do artigo, a determinação expressa da vinculatividade da decisão proferida em rito de recursos repetitivos. Isso implica que, todos os membros do Poder Judiciário devem aplicar, para os casos pendentes e futuros, o entendimento determinado pelo STF, assim como a administração Pública. Isso não implica, entretanto, em conferir eficácia *erga omnes* ao julgado, posto que sobre o assunto, o CPC é silente. Assim sendo, os efeitos da decisão são *inter partes* e *ex tunc*, com o julgado, porém, possuindo efeitos vinculantes. A natureza jurídica da decisão portanto,

³⁷ Posicionamento majoritário da doutrina (FERNANDES, 2018, p. 1552)

segue a mesma da hipótese anterior (*inter partes* e *ex tunc*), com a determinação legislativa expressa de vinculatividade, para que os demais órgãos do Poder Judiciário apliquem a decisão aos casos pendentes³⁸ e futuros.

2.3.4. Coisa julgada inconstitucional: conceituação

A tese de relativização da coisa julgada inconstitucional surge em nosso ordenamento jurídico por meio de criação jurisprudencial, no Superior Tribunal de Justiça, com o Ministro José Delgado³⁹, baseado em tese constante de parecer emitido por Humberto THEODORO JUNIOR e Juliana Cordeiro de FARIA (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2002, p. 116). Ela parte da premissa que, à coisa julgada, entendida como princípio constitucional, aplica-se o princípio da proporcionalidade, fundamentado na premissa de que inexistente valor constitucional absoluto, devendo todos serem sistematicamente interpretados de forma harmônica no ordenamento jurídico brasileiro (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2011, p. 333).

A tese então ganhou força no ordenamento jurídico nacional e consiste, em termos sucintos, no estabelecimento de um controle *a posteriori*, da constitucionalidade da coisa julgada no ordenamento jurídico pátrio (THEODORO JUNIOR; CORDEIRO DE FARIA, 2002, p. 119)⁴⁰. No entendimento dos autores, o

³⁸ Não se trata, *in casu*, de extensão dos efeitos da decisão pois, como observa-se da redação legal, cada um dos processos sobrestados deverá ter sua própria sentença, que seguirá os termos da decisão afetada. Não há que se falar que a decisão proferida vale para todos os processos, como no caso de extensão dos efeitos.

³⁹ PROCESSUAL CIVIL. TUTELA ANTECIPADA. EFEITOS. COISA JULGADA. 1. Efeitos da tutela antecipada concedidos para que sejam suspensos pagamentos de parcelas acordados em cumprimento a precatório expedido. 2. Alegação, em sede de Ação Declaratória de Nulidade, de que a área reconhecida como desapropriada, por via de Ação Desapropriatória Indireta, pertence ao vencido, não obstante sentença trânsito em julgado. 3. Efeitos de tutela antecipada que devem permanecer até solução definitiva da controvérsia. 4. Conceituação dos efeitos da coisa julgada em face dos princípios da moralidade pública e da segurança jurídica. 5. Direitos da cidadania em face da responsabilidade financeira estatal que devem ser asseguradas. 6. Inexistência de qualquer pronunciamento prévio sobre o mérito da demanda e da sua possibilidade jurídica. 7. Posição que visa, unicamente, valorizar, em benefício da estrutura social e estatal, os direitos das partes litigantes. 8. Recurso provido para garantir os efeitos da tutela antecipada, nos moldes e nos limites concedidos em primeiro grau. (BRASIL, 2000)

⁴⁰ “O problema para cuja reflexão se deseja fazer um convite é o de já não mais ser a decisão judicial inconstitucional passível de impugnação recursal. Nesta hipótese, existiria um mecanismo de controle de constitucionalidade da coisa julgada, ou esta é isenta de fiscalização? Ou reformulando o questionamento: verificando-se que uma decisão judicial sob o mando da *res iudicata* avilta a Constituição, seja porque dirimiu o litígio aplicando lei posteriormente declarada inconstitucional, seja porque deixou de aplicar determinada norma constitucional por entendê-la inconstitucional ou, ainda,

ordenamento jurídico deve reagir diante da existência de sentença judicial, transitado em julgado, que se encontre em dissonância com decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Isto porque, segundo entendem, as decisões judiciais transitadas em julgado não são matéria que não comportam qualquer juízo ou controle, como outrora fora, em busca da segurança e da certeza, uma vez que, não há que se falar, *in casu*, de ofensa à segurança jurídica na busca pela justiça:

“Depara-se, aí, mais uma vez, com o eterno conflito, mais aparente que real na espécie, do Direito quanto a sua preocupação com a segurança e certeza, ao mesmo tempo que persegue a justiça. Até bem pouco tempo sempre se buscou valorizar a segurança, pelo que a intangibilidade da coisa julgada vinha merecendo posição de destaque sendo poucos os que se aventuravam a questionar ou levantar o problema da inconstitucionalidade da coisa julgada, advogando a impossibilidade de sua subsistência. Admitir-se a impugnação da coisa julgada sob o fundamento autônomo de que contrária à Lei Fundamental do Estado era algo que não se coadunava com o ideal de certeza e segurança. [...] Neste cenário torna-se imprescindível repensar o controle dos atos do Poder Público, em particular da coisa julgada inconstitucional, na busca de soluções que permitam conciliar os anseios de justiça [...]” (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2002, p. 120)

Os autores, nesse sentido, atribuem à proteção constitucional da coisa julgada, prevista no art. 5, XXXVI, da Constituição Federal, uma interpretação restritiva, no âmbito do direito intertemporal, pelo qual é resguardada a coisa julgada, só e tão somente, diante de lei nova. Sustentam, no caso, a impossibilidade de irretroatividade de lei nova, não havendo, entretanto, comando que não se dirija ao legislador. (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2002, p. 129-130) O fundamento da intangibilidade da coisa julgada nesse sentido, estaria situado no Código de Processo Civil e não no texto constitucional, o que o torna, portanto, submetido ao princípio da constitucionalidade (ou supremacia constitucional), que é hierarquicamente superior à sua previsão normativa.

Concluem, nesse sentido que, uma vez hierarquicamente inferior o princípio da intangibilidade da coisa julgada, trazido pelo Código de Processo Civil, em face do “princípio da constitucionalidade”⁴¹, a leitura correta a ser realizada da coisa julgada no ordenamento jurídico brasileiro é a de que “a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme, estar-se-á diante do

porque deliberou contrariamente regra ou princípio diretamente contemplado na Carta Magna, poderá ser ela objeto de controle? (THEODORO JUNIOR; CORDEIRO DE FARIA, 2002, p. 119)

⁴¹ Ou princípio da supremacia constitucional

que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional”. (THEODORO JUNIOR; CORDEIRO, 2002, p. 131)

Na doutrina nacional, os autores encontraram diversos seguidores. Cândido Rangel DINAMARCO (2002, p. 39) também aponta pela possibilidade de relativização da coisa julgada diante de verificação de inconstitucionalidade do comando decisório. Em sua visão, é completamente ilegítimo eternizar injustiças em prol da garantia constitucional que busca evitar incertezas.

Na mesma linha de pensamento, José Augusto DELGADO (2002, p. 87) afirma ser perfeitamente cabível e aceito em nossa ordem constitucional a imposição de restrições ou até mesmo a supressão, em alguns casos, do instituto da coisa julgada, em prol da observância da justiça.

Carlos Valder do NASCIMENTO (2002, p. 11-12), em uma defesa principiológica, aponta pela necessidade de preponderância dos princípios da moralidade, da justiça e da equidade, que, em conflito com outros existentes no universo jurídico, encontram-se em posição privilegiada.

Dessa maneira, para THEODORO JUNIOR e CORDEIRO (2002, p. 136) os efeitos da decisão inconstitucional, são os mesmo que se dão com a lei inconstitucional, ou seja, a completa nulidade e aplicação dos demais efeitos decorrentes dos princípios e regras jurídicas aplicáveis aos atos jurídicos inconstitucionais. Isto, em nosso país, implica em dizer que, segundo o ponto de vista dos autores, a decisão judicial inconstitucional é completamente nula, tendo sua declaração efeitos *ex tunc*.

Os autores, entretanto, num posicionamento que soa contraditório, acabam por aceitar a possibilidade de existência de coisa julgada ilegal, posto que, neste caso, a segurança e a certeza seriam suficientes a justificar a validade de certos atos em desconformidade com a lei, desde que estejam em conformidade com a Constituição. Pergunta-se, nesse sentido: existe ato ou decisão, em desconformidade com a lei, que, em última análise, não implique em afronta a Constituição, posto que, conforme pontuado pelos autores, é a Constituição o parâmetro de validade de todos os atos ou decisões jurídicas?

Ao contrário, nos termos do princípio da supremacia da constituição, utilizada pelos autores para fundamentar possibilidade de relativização da coisa julgada diante de inconstitucionalidades, o texto constitucional irradia seus mandamentos por todo o ordenamento jurídico. Uma decisão que afronte a lei, qualquer que seja sua hierarquia

(Lei complementar ou lei ordinária, por exemplo), nesse sentido, é uma decisão contrária ao ordenamento jurídico, e, nesse sentido, também à Constituição pois o fundamento de existência da lei está calcado na própria constituição. O fundamento utilizado, de supremacia do princípio da constitucionalidade, não parece, desta maneira, sustentar a possibilidade de relativização da coisa julgada inconstitucional, além de gerar graves inseguranças aos jurisdicionados.

2.3.5. Coisa julgada inconstitucional?

Retoma-se, neste ponto, às linhas dedicadas, páginas atrás, ao Controle de Constitucionalidade, justificando, desta maneira, o estudo realizado. Isto porque, para o deslinde da questão posta, serão essenciais os fundamentos ali delineados. O principal ponto que se utilizará, nesta seção, diz respeito aos efeitos materiais e temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Aqui, será necessário diferenciar a decisão judicial em dois momentos, a saber: a decisão judicial proferida anteriormente à eventual pronúncia do Tribunal Constitucional e as decisões judiciais proferidas após a pronúncia da Suprema Corte. Isto porque, a depender do momento em que proferida a decisão parâmetro, os efeitos devem ser completamente distintos.

Conforme exposto no ponto anterior, com base na doutrina constitucionalista, o controle de constitucionalidade no Brasil, incidente sobre as leis, gera, em termos temporais, para ambas as modalidades, efeitos *ex tunc*, ou seja, há retroatividade da decisão de inconstitucionalidade (SILVA, 2010, p. 52). Decorre daí o caráter declaratório da sentença, ou seja, a decisão judicial em controle de constitucionalidade tão somente constata situação jurídica de inconstitucionalidade, desde o surgimento, da lei ou ato impugnado (SILVA, 2010, p. 54).

Isto posto, sabendo-se que a declaração de inconstitucionalidade possui efeitos *ex tunc*, via de regra, é correto afirmar-se que uma decisão judicial é inconstitucional diante de pronunciamento posterior do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria? Em outras palavras é dizer: Há, de fato, que se falar em coisa julgada inconstitucional?

No tocante às decisões proferidas após pronunciamento da Suprema Corte acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato que fundamente a decisão, deve-se concordar, em termos, com a afirmação.

Isto porque, havendo o parâmetro de decisão e a vinculatividade que é a marca do controle concentrado de constitucionalidade e também nos casos de controle difuso submetidos ao rito de recursos repetitivos, já ocorreu o fechamento sistêmico promovido pelo STF, aqui entendido como fixação do único sentido possível para a norma posta pelo legislador, no sistema. Assim sendo, a decisão proferida posteriormente à fixação deste parâmetro que não se adequa ao mandamento ali imposto, observando-se sua imperatividade e vinculatividade, é claramente inconstitucional e, portanto, nula.

Aqui, pode-se recorrer, ainda, à doutrina administrativista, que aponta claramente a nulidade do ato praticado em desconformidade à lei (DI PIETRO, 2012, p. 251)⁴², principalmente observando-se os comandos legais que determinam a vinculatividade da decisão proferida a todos os membros do Poder Judiciário e da Administração Pública. Dessa maneira, sendo a constituição uma lei, que ocupa o posto de ápice do ordenamento jurídico pátrio, a decisão judicial, como ato administrativo⁴³, padece de nulidade originária, não sendo passível de convalidação. Nesse sentido, não há sequer que se falar em “coisa julgada inconstitucional”, o ato nulo, praticado em inobservância da lei, é impossível de convalidação⁴⁴.

Lado outro, a situação delineia-se um pouco mais complicada no tocante à ausência de um parâmetro decisional no momento de formação da coisa julgada. Para responder adequadamente à essa questão, importante discorrer, primeiramente, sobre o tratamento que é conferido ao direito pré-constitucional em nosso ordenamento jurídico.

A questão teve sua primeira tratativa, após a promulgação da Constituição de 1988, na ADI nº 2, julgada no ano de 1992. Naquela ocasião, o Ministro Relator, Paulo Brossard, não conheceu de Ação Direta de Inconstitucionalidade que questionava lei promulgada anteriormente à Constituição de 1988. Em seu voto, consignou que o vício de inconstitucionalidade é congênito à lei e deveria ser apurado com base na Constituição vigente no momento da sua promulgação, sendo impossível confrontá-la com a Constituição posterior, uma vez que inexistente ao momento em que a Lei veio

⁴² “Atos nulos são os que violam regras fundamentais atinentes à manifestação da vontade, ao motivo, à finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei” (DI PIETRO, 2012, p. 251)

⁴³ Entendida aqui a administração pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico, conforme ensinamentos de DI PIETRO (2012, p. 50)

⁴⁴ Sendo essas uma das hipóteses de *querela nullitatis* conforme a doutrina (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p. 575)

a lume. O que seria possível, lado outro, seria sua revogação, posto que a Constituição Federal, em que pese ocupar a posição de ápice do ordenamento jurídico, não perde seus efeitos revogatórios. Pede-se licença para reproduzir aqui, na íntegra, a ementa do julgado, em razão da densidade de seu enunciado:

EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. **Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios.** Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (Grifos nossos)⁴⁵ (BRASIL, 1997)

Observa-se que o critério adotado, nestas decisões, não é o critério de constitucionalidade ou inconstitucionalidade da decisão. Ao se falar em recepção ou não recepção, trata-se, tão somente, de critérios temporais, já previstos pela Teoria Geral do Direito, qual seja, a revogação da lei anterior pela lei posterior, e positivado em nosso ordenamento pelo art. 2º, da Lei de Introdução ao Direito Brasileiro:

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. (BRASIL, 1942)

Os efeitos da revogação, entretanto, não são automáticos, como pode parecer pela leitura do parágrafo primeiro. Isto porque, nos termos do parágrafo segundo, o novo diploma pode se tratar de lei que estabeleça normas gerais ou especiais a par das já existentes. Assim sendo, a revogação de texto normativo anterior, quando não expressa pelo legislador no próprio texto da lei posterior, depende da detecção da antinomia pelo órgão judicial que, diante do pedido, pronuncia-se pela revogação do

⁴⁵ No mesmo sentido, ver ADI 4.222, AI 831.166

texto legal anterior. Esta necessidade resta corroborada pelo próprio STF, que, no julgamento da ADPF nº 33, entendeu pelo cabimento da medida para declaração de não recepção de diploma normativo anterior à Constituição de 1988 (BRASIL, 2006a)⁴⁶.

Aqui chega-se, enfim, ao ponto central do questionamento. Em se tratando de decisões judiciais e da coisa julgada, é possível confrontar uma decisão judicial anterior com o pronunciamento posterior do Supremo Tribunal Federal, ainda que proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade? Caso positivo, é correto afirmar-se a “inconstitucionalidade” da coisa julgada?

Ousa-se aqui, com todas as vênias, discordar parcialmente dos ilustres mestres processualistas. Conforme observa-se da argumentação acima, resta afastado em nosso ordenamento qualquer possibilidade de confronto de lei anterior ao parâmetro

⁴⁶ EMENTA: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada com o objetivo de impugnar o art. 34 do Regulamento de Pessoal do Instituto de Desenvolvimento Econômico-Social do Pará (IDESP), sob o fundamento de ofensa ao princípio federativo, no que diz respeito à autonomia dos Estados e Municípios (art. 60, §4º, CF/88) e à vedação constitucional de vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV, CF/88). 2. Existência de ADI contra a Lei nº 9.882/99 não constitui óbice à continuidade do julgamento de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal. 3. Admissão de amicus curiae mesmo após terem sido prestadas as informações. 4. Norma impugnada que trata da remuneração do pessoal de autarquia estadual, vinculando o quadro de salários ao salário mínimo. 5. Cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo. 6. Cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-constitucional). 7. Requisito de admissibilidade implícito relativo à relevância do interesse público presente no caso. 8. Governador de Estado detém aptidão processual plena para propor ação direta (ADIMC 127/AL, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.12.92), bem como arguição de descumprimento de preceito fundamental, constituindo-se verdadeira hipótese excepcional de jus postulandi. 9. ADPF configura modalidade de integração entre os modelos de perfil difuso e concentrado no Supremo Tribunal Federal. 10. Revogação da lei ou ato normativo não impede o exame da matéria em sede de ADPF, porque o que se postula nessa ação é a declaração de ilegitimidade ou de não recepção da norma pela ordem constitucional superveniente. 11. Eventual cogitação sobre a inconstitucionalidade da norma impugnada em face da Constituição anterior, sob cujo império ela foi editada, não constitui óbice ao conhecimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, uma vez que nessa ação o que se persegue é a verificação da compatibilidade, ou não, da norma pré-constitucional com a ordem constitucional superveniente. 12. Caracterizada controvérsia relevante sobre a legitimidade do Decreto Estadual nº 4.307/86, que aprovou o Regulamento de Pessoal do IDESP (Resolução do Conselho Administrativo nº 8/86), ambos anteriores à Constituição, em face de preceitos fundamentais da Constituição (art. 60, §4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal) revela-se cabível a ADPF. 13. Princípio da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.882/99): inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. 14. A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação. 15. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada procedente para declarar a ilegitimidade (não-recepção) do Regulamento de Pessoal do extinto IDESP em face do princípio federativo e da proibição de vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo (art. 60, § 4º, I, c/c art. 7º, inciso IV, in fine, da Constituição Federal). (BRASIL, 2006a)

constitucional atual, vez que este era inexistente como parâmetro no momento da edição da lei.

De forma analógica, o mesmo deve ocorrer com as decisões judiciais. É simplesmente impossível realizar o controle da coisa julgada com base em decisão posterior proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme pontuado pelo Ministro Paulo Brossard na ADI nº 02, seria pedir ao juízo primevo que baseasse sua decisão em precedente/decisão (e, por que não dizer, norma) ainda não existente. O fechamento sistêmico promovido pelo STF, ao determinar o único sentido possível da norma, ainda não havia ocorrido no momento em que se consolidou a coisa julgada. Há nesse sentido a criação da norma, que se assemelha à criação de lei (DERZI, 2009, p. 188). O mesmo ocorre, diante da mudança de um posicionamento anteriormente fixado. Com base no já exposto no item 2.1. deste trabalho, as palavras de DERZI são emblemáticas:

Se supervenientemente, o Poder Judiciário altera e muda a sua decisão, escolhendo uma outra alternativa (antes possível em razão do leque de significados da cadeia de signos), cria nova norma, específica e determinada. Tal norma nova equivale a uma nova lei, pois a lei anterior, ainda vigente no sentido formal, tinha sido dotada de um só conteúdo, unívoco, pois sofrera o esvaziamento do sentido proveniente das demais alternativas de significação, por decisão do próprio Poder Judiciário. Parece-nos que alterações jurisprudenciais desse teor, em que inexistem mudanças nas formulações linguísticas das leis e inexistem alterações nas características dos grupos de casos, configuram criações do direito, em sentido forte, pois o vínculo à lei, acaso existente, é estritamente formal” (DERZI, 2009, p. 189).

Ao contrário, se, no momento em que proferida, a decisão (e a coisa julgada que se constituiu) era “constitucional”, fruto de um devido processo legal e proferida fundamentadamente, dentro das possibilidades sistêmicas permitidas pela norma jurídica que está inserta no ordenamento jurídico, ausentes precedentes do STF com eficácia *erga omnes* ou vinculante, a coisa julgada fruto deste processo é plenamente constitucional, consolidada com base nos parâmetros existentes naquele momento e proferida nos limites da jurisdição (controle misto de constitucionalidade) e no pleno exercício dos poderes conferidos ao magistrado.

Não se está a afirmar aqui, porém, qualquer caráter absoluto à coisa julgada formada no ordenamento jurídico. Conforme dito anteriormente, o instituto possui limites e tem sua existência fundamentada no fechamento e estabilidade sistêmica. A superveniência de decisão posterior em sentido diverso da coisa julgada cria uma antinomia grave no ordenamento jurídico, assunto que será tratado mais adiante.

Seria uma completa subversão de um instituto destinado a garantir a coerência utilizá-lo para causar antinomias no ordenamento jurídico.

O que estar-se-á a dizer até momento é tão somente que a tratativa da coisa julgada, diante da existência de decisão posterior do Supremo Tribunal Federal, não pode ser a mera consideração de inconstitucionalidade da decisão com a relativização da Coisa Julgada fundamentada em princípios afetos, muitas vezes, ao direito material (como, por exemplo, a igualdade ou justiça). A tratativa deve ser diferente.

Qual deve ser, nesse sentido, o tratamento a se dar à coisa julgada em dissonância no ordenamento jurídico?

Conforme pontuado, não se pode compactuar com a ideia de que a decisão proferida anteriormente à fixação de um precedente seja considerada inconstitucional. Nesse sentido, seus efeitos anteriormente ao proferimento da decisão não devem, sob nenhuma hipótese, ser afetados. Imagine-se, por um momento, se, na história brasileira, a cada mudança de paradigma constitucional (até o momento foram 8!⁴⁷), todas as leis incompatíveis com a nova ordem constitucional anterior pudessem ser questionadas, com efeitos retroagindo à data de sua edição, ainda que compatíveis com o diploma constitucional que fundamentou sua edição. A segurança jurídica, tão almejada socialmente conforme pontuou-se no capítulo 1, seria inexistente. O que se defende, então, é que o mesmo regime deve ser aplicável às decisões judiciais e à coisa julgada (e é isso que está garantido pelo art. 5º, XXXVI, CF!).

Assim sendo, a solução que é fornecida pelo ordenamento jurídico, nestes casos, é que, quando a decisão for proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, cuja decisão possui efeitos *erga omnes* (ou seja, há extensão do comando decisório a todos os jurisdicionados), a coisa julgada em dissonância com o precedente fixado considera-se revogada (ou não recepcionada) pelo “novo” ordenamento inaugurado pela decisão do Supremo Tribunal Federal que, ao fixar o único sentido possível da norma, promoveu o fechamento do sistema jurídico.

Nesse sentido, o que se deve realizar é um “controle de compatibilidade” da decisão em face dos novos parâmetros estabelecidos pelo precedente proferido pela Suprema Corte. Isso já foi pontuado por THEODORO JUNIOR, que afirmou:

A relação jurídica acertada pela sentença continua a ter vida própria e, sem prejuízo do provimento judicial, se submete às vicissitudes próprias de todas

⁴⁷ Considerando a EC nº 01/1969 como novo diploma constitucional

as relações jurídicas, i.e., continua passível de extinção ou modificação por fenômenos supervenientes ao acerto judicial. (THEODORO JUNIOR, 2015, p. 1083)

E, assim como previsto pela LINDB, tal constatação carece de pronunciamento judicial. Este, entretanto, não pode ser realizado de forma genérica (revogam-se todas as decisões judiciais em sentido contrário, por exemplo), nos autos do próprio precedente. Esta constatação decorre de seu caráter generalista. Como as sentenças judiciais e coisas julgadas possuem um caráter específico, restrito às partes e ao caso específico, é necessário um pronunciamento judicial para que seja revogada a coisa julgada consolidada, após a necessária análise sobre a aplicabilidade do precedente ao caso. O Código de Processo Civil é inovador neste aspecto, ao prever tanto a necessidade de observância, com efeitos futuros, do precedente, bem como a possibilidade à parte de apresentar o cabimento do *distinguish* ou *overruling* no caso concreto. Na hipótese, entende-se aplicável tão somente a hipótese de *distinguish*, sob pena de utilização do expediente com caráter recursal e prolongamento eterno da discussão judicial sem o necessário fechamento sistêmico.

Reconhece-se que o ordenamento jurídico, no momento, não elucida nenhuma medida específica a este fim. No entanto, vislumbra-se a possibilidade de utilização da *Querela Nulitatis* para realizar esse controle.

Estabelece-se ressalvas, no entanto, no tocante ao controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Como visto no ponto 2.3.3.2.2., as decisões proferidas em sede de controle difuso carecem dos efeitos *erga omnes*, típico da decisão em controle concentrado. Em que pese a tentativa de construção jurisprudencial, calcada essencialmente em princípios, que vem sendo realizada pelo pretório excelso, entende-se que a legislação, em nenhuma hipótese confere às decisões do controle difuso eficácia *erga omnes*.

O que há bem delimitado e previsto na legislação, como apontado, é a previsão do efeito vinculante, para os processos em curso e futuros. Não há qualquer previsão, nesta hipótese, de extensão dos efeitos da decisão.

Dessa forma, ante a ausência de autorizativo legislativo para sobreposição da decisão antiga pela nova decisão, proferida em sede de controle difuso, bem como em razão da natureza jurídica da decisão desse tipo processual, qual seja, *inter partes* (ainda que possua vinculatividade), não se vislumbra possibilidade, no atual

ordenamento jurídico, de afastamento ou superação da coisa julgada nos julgamentos proferidos em sede de controle difuso.

Reconhece-se, nestes casos, a necessidade de intervenção legislativa que, pondo fim aos diversos dilemas envolvendo o controle difuso, contemple claramente a hipótese de efeitos erga omnes para o controle difuso realizado pelo Supremo Tribunal Federal que, assim, possam, da mesma forma que no controle concentrado, suplantar as decisões já proferidas.

2.4. O necessário resgate do Poder Judiciário como órgão de equilíbrio sistêmico

Ao fim e ao cabo do presente capítulo, em que se analisou exaustivamente a coisa julgada, suas nuances e os questionamentos envolvendo a suposta coisa julgada inconstitucional, resta, tão somente, realizar uma breve defesa da postura a ser tomada pelo Poder Judiciário, ao tratar da coisa julgada no sistema.

É quase unânime na doutrina, ao tratar da jurisdição, descrever seus efeitos como pacificadora de conflitos.

CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2011, p. 30) ressaltam, claramente, a função do Estado moderno como pacificador de conflitos interindividuais. A jurisdição, como poder estatal, destina-se, exclusivamente a realizar essa função.

DIDIER JUNIOR, por sua vez, qualifica a jurisdição como “a função atribuída a um terceiro imparcial (o Estado, no caso), para que realize o direito de modo imperativo, criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas, concretamente deduzidas, em decisões insusceptíveis de controle externo e com aptidão para se tornarem indiscutíveis” (2017, p. 173).

Humberto THEODORO JUNIOR e Juliana Cordeiro de FARIA (2002, p. 124) também pontuam que “com efeito, a função da jurisdição implica, em última análise, buscar uma solução definitiva e indiscutível para o litígio que provocou o exercício do direito de ação e a instauração do processo”. Na visão dos autores, é prejudicial, não apenas para a parte, mas para toda a sociedade, a incerteza jurídica decorrente do litígio sendo necessário, para tanto, conferir ao provimento jurisdicional uma estabilidade e definitividade, sem as quais seria impossível a composição do litígio (THEODORO JUNIOR; FARIA, 2002, p 129).

Conforme exposto no primeiro capítulo dessa dissertação, adota-se aqui a concepção de Niklas LUHMANN, do direito como sistema social, que deve operar de forma fechada, voltado para seu próprio *input* e de forma autopoietica, para que, então, consiga reduzir a complexidade social e, com isso, dirimir os conflitos sociais. Essa concepção, pode-se observar, se encaixa exatamente com a ideia de jurisdição, trazida pelos autores expostos.

Com isso, não se pode deixar de observar que, na concretização do sistema jurídico, que, como dito, é fechado, deve haver algum órgão institucional por garantir esse fechamento sistêmico e controlar o que é interno e externo ao sistema. Essa é a função que se acredita ser do Poder Judiciário.

O que tem se observado, entretanto, é que, na utilização desmedida de doutrinas neoconstitucionalistas bem como na pretensa releitura do papel do Poder Judiciário, conforme defendido por BARROSO, estar-se-á abandonando uma função institucional essencial, ocasionando uma imensa insegurança nos jurisdicionados. As doutrinas de relativização da coisa julgada, nesse sentido, são exemplo claro da insegurança que está a permear o direito.

Assim sendo, após a análise realizada, cumpre tão somente lembrar e resgatar, no Poder Judiciário, sua função primordial e mais básica, que é a de garantir aos jurisdicionados a segurança e a paz, que vem sendo duramente atacada quando segue pretensões de estabelecer políticas e critérios morais.

Conclusões Parciais

1. A sentença judicial é, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, um ato de criação e de aplicação do direito. Dessa forma, consiste em norma jurídica nova no ordenamento;
2. A coisa julgada, que na doutrina processualista já foi compreendida como efeito da sentença judicial proferida, hoje é entendida como uma proteção adicional que se confere aos efeitos da sentença;
3. Nos últimos séculos, os conflitos entre as doutrinas positivistas e neoconstitucionalistas tem ocasionado interpretações e compreensões diversas sobre o Direito, sua função e de seus institutos;
4. O positivismo jurídico preceitua a norma jurídica positivada como única fonte do direito, afastando do mundo jurídico os diversos critérios de caráter moral;
5. As doutrinas neoconstitucionalistas, surgidas após a segunda guerra mundial, são eminentemente marcadas pela inserção da moral no direito;
6. Em razão da maior influência da moral, as doutrinas neoconstitucionalistas preceituam a divisão dos ordenamentos em regras e princípios;
7. Regras, segundo preceitua ALEXY, são mandamentos definitivos, cumpridos na medida do tudo ou nada. Uma regra, se válida, somente pode ser cumprida ou descumprida. O conflito entre regras, nesse sentido, é solucionado com a exclusão de uma delas do ordenamento jurídico;
8. Princípios, segundo ALEXY, seriam mandamentos de otimização, que devem ser cumpridos na maior medida possível. Os conflitos entre princípios são resolvidos pela máxima da proporcionalidade, sem que um deles perca validade no ordenamento jurídico;
9. Há, em curso, em razão da força das doutrinas neoconstitucionalistas na atualidade, um grande movimento pela qualificação de uma série de normas do ordenamento como princípios;
10. A depender da qualificação da coisa julgada, como princípio ou regra, diferentes efeitos e possibilidades se apresentam ao aplicador;
11. A coisa julgada possui a natureza jurídica de garantia constitucional, positivada como regra no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal;

12. Em razão do seu caráter de regra, a coisa julgada não está submetida, ainda dentro das doutrinas neoconstitucionalistas, a relativização, mas sim a limites previstos no direito positivo;
13. Para além de sua qualificação jurídica, a coisa julgada deve ser compreendida como elemento para que se opere o adequado fechamento e estabilidade sistêmica, de acordo com a concepção de Direito de Niklas LUHMANN;
14. As doutrinas neoconstitucionalistas também tem buscado redefinir o papel do Poder Judiciário na atualidade, conferindo-lhe um caráter mais ativista;
15. De acordo com a doutrina de THEODORO JUNIOR E FARIA, há possibilidade de controle da constitucionalidade da coisa julgada, *a posteriori*;
16. Por essa concepção, a coisa julgada seria entendida como um princípio, sujeita e em conflito com uma série de princípios de nosso ordenamento jurídico;
17. O modelo de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o misto, sendo a regra o controle difuso-concreto com ações específicas de controle concentrado;
18. As decisões proferidas no controle concentrado-abstrato possuem o caráter de norma jurídica com aplicabilidade *erga omnes* e efeitos temporais *ex tunc*. Há possibilidade, prevista no ordenamento, de modulação dos efeitos da decisão;
19. As decisões proferidas no controle difuso-concreto de constitucionalidade possuem caráter de norma jurídica com aplicabilidade *inter partes* e efeitos temporais *ex tunc*. Há previsão legislativa de vinculatividade das decisões proferidas e para modulação dos efeitos temporais;
20. Não se pode confundir a repercussão geral com a extensão dos efeitos da sentença para todos (*erga omnes*);
21. É impossível realizar o controle, *a posteriori*, da constitucionalidade de decisão judicial;
22. É possível, lado outro, verificar a receptividade de uma decisão anteriormente proferida em face de nova norma jurídica, implantada por uma decisão com efeitos *erga omnes*;

- 23.** Inexiste possibilidade legislativa de uma decisão, em sede de controle difuso, servir como parâmetro para anular decisão proferida anteriormente e protegida pela coisa julgada;
- 24.** É necessário recuperar a função essencial do Poder Judiciário como garantidor do equilíbrio do sistema.

3. COISA JULGADA E DIREITO TRIBUTÁRIO: CORRELAÇÕES

Realizado o estudo pormenorizado da coisa julgada, bem como das questões envolvendo a polêmica relativização do instituto, principalmente diante dos casos de inconstitucionalidade superveniente, é o momento de se passar adiante. Neste capítulo, serão analisados os questionamentos envolvendo a aplicação da tese de relativização da coisa julgada em matéria tributária, investigando a existência de mandamentos e restrições a esse expediente que sejam próprios desse ramo do direito. Iniciar-se-á tratando sobre a metodologia do Direito Tributário e, logo após, sobre as possíveis influências dessa metodologia na análise da coisa julgada fiscal.

3.1. A metodologia específica do Direito Tributário

Diferentemente de outros países, viu-se que o Direito Tributário no Brasil possui sede constitucional e é regido e marcado por uma série de regras e princípios que se revestem da máxima segurança em um ordenamento jurídico. Viu-se também, ao tratar da relativização da coisa julgada, as diferenças entre o positivismo jurídico, que defende uma neutralidade científica da ciência do Direito, caracterizando-o como um sistema de normas organizadas em uma estrutura escalonada, pelas quais as normas de hierarquia superior delimitam e determinam a produção e atuação das normas de hierarquia inferior, e as concepções neoconstitucionalistas, com grande destaque para Ronald DWORKIN, que postula uma hermenêutica que “aceita a estrutura dos princípios da moralidade política tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo” (DWORKIN, 1985, p.04).

Todas as concepções resumidamente mencionadas influenciam diretamente a forma de pensar e projetar o Direito, gerando diversas consequências nos mais variados ramos jurídicos. É de se pensar, ainda, que tais teorias, ainda que pretendam aplicação à Ciência do Direito como um todo, podem ter maior ou menor afinidade com determinados ramos. Habitualmente, como solução para os problemas jurídicos, muitos doutrinadores costumam se debruçar sobre variadas técnicas hermenêuticas positivistas e pós-positivistas, apontando suas vantagens e desvantagens, com fins a determinar qual o método interpretativo a ser adotado pelos tribunais e, mais especificamente, pela Corte Constitucional. O questionamento que realizam então, é sempre da ordem do “Como, em princípio, um texto deve ser interpretado?” ou ainda

“Se eu fosse juiz, como eu decidiria determinado caso?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 47). Em termos gerais, pode-se afirmar que as teorias meramente interpretativas, sejam elas quais forem, lidam com a seguinte questão, de alto índice de abstração: “Como juízes perfeitos devem decidir os casos?” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 47).

Isso implica dizer que a principal preocupação dos autores de ambas as correntes versa sempre sobre a forma apropriada de interpretação do direito, sem levar em conta as demais variáveis. O mesmo método interpretativo pode acarretar efeitos completamente diferentes dos almejados. A determinação pelo método positivista como “o” correto pode gerar, em determinados casos, graves injustiças. Lado outro, a aplicação desenfreada das teses pós-positivistas pode ocasionar, como tem ocorrido, um aumento da insegurança jurídica e da sensação de justificação individual. Misabel DERZI, citando CARNELUTTI, chama atenção para as diversas diferenciações existentes entre os ramos jurídicos:

“o Direito tem caráter transformacional. Certos campos, podem colher relações jurídicas que nascem, espontaneamente, de forma direta, do tráfego social, graças à autonomia da vontade. É o caso do Direito Comercial ou Civil. [...] Outros ramos, como o Direito Penal e o Direito Tributário transformam ou tem como base outras relações jurídicas. Muitos dos delitos existentes [...] pressupõem vínculos regradados pelo Direito Civil. Também o Direito Tributário atua, em muitos casos, sobre fatos juridicizados.” (DERZI, 2009, p. 99)

Destaca, nesse sentido a fundamental diferença entre os métodos conceitual e tipológico de pensamento. O pensamento (ou método) conceitual, aponta, teve seu surgimento ainda na antiguidade e buscava traduzir a essência das coisas. Busca descrever o objeto, dessa maneira, de forma precisa, com destaques para suas notas essenciais, díspares e não unívocas que, uma vez ausentes, descaracterizariam o objeto. Lado outro, o pensamento tipológico, que tem sido largamente utilizado como recurso hermenêutico, em razão de sua fluidez de sentido e significação, é caracterizado por sua abertura, como um conjunto de características, graduáveis, com diferentes graus de inteireza e aproximação da realidade. (DERZI, 2009, p. 71-131)

Assim sendo, além das importantes discussões das teorias positivista ou neoconstitucionalista já desenvolvidas anteriormente, deve-se observar, também, a metodologia mais adequada a cada ramo. Mais do que impensável, é indevido tratar o Direito Civil e os direitos e garantias fundamentais, por exemplo, com rigidez conceitual extrema. Lado outro, tratar ramos como o Direito Penal e Tributário com

imprecisão conceitual ou pensamento tipológico é gerar insegurança. Nesta linha, ao descrever a importância e o papel da dogmática jurídica, em diferenciação sobre os métodos tipológico e conceitual, afirma DERZI que:

[...] O método correto somente será aquele adequado às peculiaridades de seu objeto. A metodologia não faz parte da Lógica, ela está no *interior* de cada Ciência, como alerta VILANOVA e exige o extralógico. Assim é que, somente na consideração dos princípios próprios do Direito e *de cada campo jurídico*, poderemos identificar o modo de pensar conceitual ou tipológico. (DERZI, 2009, p.185)

Isso implica dizer, dessa forma que diferentes ramos do direito possuem diferentes métodos de trabalho e pensamento. Diante deste fato, pode-se verificar que os ramos que possuem maior necessidade de especificação conceitual, melhor de adaptam às teorias positivistas, que postulam uma aplicação mais rígida do direito, com base em textos positivados, conforme estudado. Ramos com maior abertura para o pensamento tipológico se adequam, lado outro, às teorias neoconstitucionalistas, tendo em vista a premente necessidade de conexão com a realidade e dinamismo social.

Sobre o Direito Tributário, especificamente, afirma ainda, ao continuar a tratar as diferenças entre os métodos tipológico e conceitual, que, a este campo, em razão da grande necessidade de segurança jurídica, é preponderante a aplicação do método conceitual. Em suas palavras:

Os conceitos, plenamente determinados, rígidos e fechados, de que se valem preferencialmente – sem qualquer exclusividade – o Direito Tributário, o Direito Penal e partes do Direito Civil e Comercial, cristalizam valores, como segurança jurídica e isonomia, no sentido de padronização e uniformização de entendimento. São sujeitos a interpretação, como tudo que é humano, de sentido e de valor, mas graças a sua rígida estrutura, alteram-se de forma lenta no tempo e, não raramente, atritam com a realidade. Como alerta NIKLAS LUHMANN, os conceitos devem ser sempre socialmente adequados, sem que se percam os parâmetros legais. As mudanças mais significativas advêm do legislador. (DERZI, 2009, p. 186)

No mesmo sentido e conforme já apontado no capítulo anterior, MOREIRA e CALILI (2013, p. 528) ressaltam que, em que pese a expansão da metodologia tipológica, em razão da utilização de doutrinas neoconstitucionalistas em ramos nos quais deve imperar a segurança jurídica, ao exemplo do Direito Penal e do Direito Tributário, o estudo adequado do objeto exige a utilização do método conceitual, principalmente quando a legalidade for o sustentáculo principal do ramo jurídico.

3.2. Há possibilidade de “interferência” das regras Direito Tributário na coisa julgada?

Demonstrada a especificidade do ramo tributário e de sua metodologia, o próximo passo é questionar se a coisa julgada, enquanto instituto de sede constitucional e com regulamentação eminentemente processual, sofre algum tipo de alteração quando incide sobre sentenças que versam sobre matéria tributária. Para responder ao questionamento é necessário, primeiramente, retornar a elementos básicos da teoria geral do Direito, para estabelecer o que é a norma jurídica.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que a norma jurídica não se confunde com o enunciado normativo. Norberto BOBBIO (2001, p. 72-73) afirma que a norma é uma proposição, como um conjunto de palavras que possuem um significado enquanto unidade. No entanto, proposições, afirma, não se confundem com seu enunciado. O enunciado, neste sentido, seria a forma gramatical e linguística pela qual se expressa um enunciado, de forma que uma proposição pode ser obtida por diversos enunciados como diversos enunciados podem compor uma única proposição, e, nesse sentido, a norma jurídica.

No mesmo sentido, Sacha Calmon Navarro COELHO (2012, p. 138) afirma que a lei (ou enunciado normativo, conforme BOBBIO) é a fórmula legislativa literal, por meio da qual o direito é posto de forma válida e vigente. A norma jurídica, por outro lado, seria a proposição científica que descreve o direito, o juízo hipotético que desvenda a lei.

Miguel REALE (2009, p. 95), corroborando esta linha de pensamento, afirma que a norma é “uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória”. A qualificação, enquanto estrutura proposicional, segundo afirma, decorre do fato de que o conteúdo pode ser depreendido mediante uma ou mais proposições correlacionadas entre si, de forma que o significado pleno só pode ser obtido pela integração das proposições que nela se contém.

Dessa maneira, vemos que a norma jurídica, enquanto comando emanado de uma série de proposições, sejam elas regras ou, por exemplo, princípios, somente é obtida por meio da conjugação e interpretação sistêmica de todas essas proposições.

Com a coisa julgada, pensa-se, não há qualquer diferença. Tem-se, por costume, a tentativa de redução da norma jurídica a um único e exclusivo enunciado

linguístico, o que é impróprio. Muitas vezes um único enunciado efunde mais de uma norma, assim como em outras situações vários enunciados linguísticos precisam ser analisados para a reconstrução do sentido de uma única norma jurídica. Por todos, de ver José Souto Maior BORGES (1999) que, no tocante à coisa julgada afirma:

A Constituição Federal diz que a lei não retroagirá para alcançar a coisa julgada (art. 5º, XXXVI). Que seja a coisa julgada, no entanto, algo indeterminado no texto constitucional. A determinação do conteúdo, limites objetivos e subjetivos da coisa julgada, dá-se na da legalidade integrativa da Constituição Federal, inauguralmente pelo CTN, art. 156, X. A eficácia da coisa julgada é algo que cabe à lei integrativa material (CTN) e processual (CPC) fixar e delimitar. Em última análise, embora os direitos e garantias individuais tenham aplicabilidade imediata (CF, art. 5º, §1º), a efetividade da coisa julgada não pode ser extraída só da Constituição Federal: ela depende da legislação complementar e ordinária federal, porque é nesse plano infraconstitucional que se dá consistência normativa ao seu conteúdo e limites.

Consequência dessas ponderações: não passa de petição-de-princípio, dar como demonstrado o demonstrável, o ainda indemonstrado, ou seja, fundar exclusivamente na Constituição Federal a interdição de agravo à coisa julgada. O preceito constitucional é ponto de partida, não o ponto terminal da hermenêutica jurídica. Não diz o que é coisa julgada, nem o seu regime, efeitos e limites. É essa uma função que, à falta de determinação constitucional, incumbe à legalidade integrativa. Efeito da coisa julgada é eficácia – susceptibilidade à produção dos efeitos jurídicos – prevista em lei infraconstitucional (CTN, CPC, etc.). Não podem esses efeitos serem extraídos diretamente da Constituição Federal. (BORGES, 1999, p. 173).

Dessa maneira, entende-se aqui que, diferentemente do que possa soar ao senso comum, podem sim os diversos ramos do direito dotar a coisa julgada de conteúdo, apresentando-lhe novas extensões, interpretações e limitações. Como exemplo, veja-se o caso, aqui já estudado, da previsão, pela Constituição, de extensão dos efeitos da coisa julgada nos casos de controle concentrado de constitucionalidade. Vê-se que a norma, de cunho eminentemente processual, tem seu sentido preenchido por uma disposição de direito material, versando especificamente sobre o controle de constitucionalidade. Em direito penal, por exemplo, outro efeito evidente: a cessação da coisa julgada penal condenatória na superveniência de lei descriminalizante. Trata-se, novamente, de princípios penais preenchendo e alterando as dimensões da coisa julgada.

Essa conclusão, como será desenvolvido, acarreta em uma série de consequências não apenas para o Direito Tributário, objeto dessa dissertação, mas para todos os demais ramos jurídicos.

3.3. Coisa Julgada Tributária?

3.3.1. *As principais ações tributárias e seus efeitos temporais*

Para iniciar a análise sobre a possível existência de uma coisa julgada tributária, cumpre, primeiramente, tratar brevemente sobre os principais tipos de ações tributárias e quais são os seus efeitos temporais. O estudo se faz necessário pois, somente com a compreensão adequada das dimensões das sentenças que são proferidas nesses processos, é possível avaliar qual o tipo de proteção conferida pela coisa julgada.

Como alerta MARINS (2016, p. 437), inexistente no Brasil diploma processual dedicado exclusivamente a tratar do Direito Tributário. Isso significa que o processo judicial tributário se vale do Código de Processo Civil para responder às demandas que surgem envolvendo a matéria. Assim sendo, pode-se dividir as ações que versam sobre a lide tributária em exacionais, antiexacionais e mistas, divisão que se fundamenta no polo que a fazenda pública ocupa no processo: ações exacionais, são as ações que possuem o fisco em seu polo ativo; ações antiexacionais, são aquelas em que o fisco ocupa o polo passivo; mistas são as ações em que o fisco pode ocupar os dois polos, ativo ou passivo.

Para a análise que aqui se pretende realizar, levar-se-á em conta tão somente aquelas em que o fisco pode ocupar o polo passivo. Dentre essas se destacam as mistas e as antiexacionais. Dentre as ações mistas, MARINS (2016, p. 454) enumera: ação rescisória; mandado de segurança; ação civil pública; ação popular e as ações de controle concentrado de constitucionalidade (que já foram estudadas no capítulo 2). Dentre as ações exclusivamente antiexacionais, destaca: embargos à execução fiscal; ações ordinárias – declaratória, condenatória de repetição de indébito e anulatória de ato impositivo; e as ações de tutela de urgência.

Em razão do caráter mais instrumental das ações de tutela de urgência, e do caráter extremamente específico da ação de embargos à execução, vinculada ao processo de execução fiscal, abordar-se-ão aqui tão somente as ações ordinárias e seus efeitos, bem como o mandado de segurança.

A ação declaratória é a ação aforada pelo contribuinte que destina a ver reconhecida e declarada a existência ou a inexistência de relação jurídico tributária. Seu objetivo, nesse sentido, é promover o acerto da relação entre o fisco e o

contribuinte, que se encontram em litígio. A sentença proferida na ação declaratória, em razão de seu caráter, tem a natureza de ato jurisdicional prescritivo, concedendo ao contribuinte o direito subjetivo de pautar seu comportamento em conformidade com o conteúdo emanado do órgão judicial (MARINS, 2016, p. 459-462).

Além disso, fato que interessa diretamente a este trabalho, a sentença da ação declaratória possui efeitos prospectivos, ou seja, busca o acertamento da relação fisco-contribuinte enquanto permanecerem idênticas as situações de fato e de direito que fundamentaram sua concessão. Assim sendo, a coisa julgada recai sobre o conteúdo declaratório da parte dispositiva, acertando a relação jurídica pretérita (efeitos *ex tunc*) e resguardando seus efeitos para o futuro (DERZI, 2009, p. 230).

O segundo tipo de ação ordinária que se interessa ao presente estudo é a ação anulatória de ato impositivo. Ela tem a finalidade precípua de anular, total ou parcialmente, ato administrativo de lançamento fiscal. Sua sentença, de caráter constitutivo negativo, possui efeitos, eminentemente, retroativos, ou seja, diz tão somente à anulação de atos já praticados, no passado, pela Administração Pública (MARINS, 2016, p. 471-473). Não raro, este tipo de ação vem cumulado com a ação declaratória, mas não se deve confundir os efeitos gerados por cada um dos tipos específicos de ação. Neste caso, a coisa julgada recai sobre o conteúdo desconstitutivo, resguardando a definição, proporcionada por sentença, de relação jurídica passada e com efeitos redirecionados ao futuro (DERZI, 2009, p. 231).

Sobre o terceiro tipo de ação, a repetitória de indébito, cumpre dizer que sua sentença possui caráter condenatório, gerando para o contribuinte o direito de obter do fisco prestação pecuniária. O caráter de sua sentença é constitutivo e a coisa julgada recai sobre esse conteúdo, com efeitos retroativos e prospectivos, gerando certeza sobre a obrigação determinada por sentença (DERZI, 2009, p. 231).

Por fim, cumpre tecer algumas palavras sobre os efeitos da sentença do mandado de segurança. Prevista no art. 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, o mandado de segurança é o remédio constitucional destinado à proteção de direito líquido e certo, não amparado por outros remédios específicos (habeas corpus e habeas data), em face de lesão ou ameaça de lesão por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica que esteja no exercício de funções públicas. A sentença, que possui caráter mandamental (concede a segurança para que se determine a cessação do ato coator), é destinada à limitação ou remoção do ato ilegal, ou, ainda, a evitar que aconteça. No entanto, não se observa qualquer diferenciação entre seus efeitos

e os de eventual ação declaratória ou anulatória quando verse sobre o mérito da contenda tributária (MACHADO, 1991, p. 352). Assim sendo, a sentença proferida em mandado de segurança poderá ter efeitos prospectivos (como a declaratória) ou referentes a um único e específico ato (como a anulatória), a depender do pedido de segurança pleiteado.

3.3.2. Coisa Julgada Tributária: confiança, coerência do sistema e robusta proteção do Direito Tributário à coisa julgada versando sobre a matéria

Conforme exposto na seção 3.1, o Direito Tributário é ramo onde impera a segurança jurídica. Em razão disso, exige raciocínio e pensamento por método conceitual, em oposição ao tipológico, que impera em outros ramos, como no Direito Civil. Viu-se, ainda, no ponto 3.2, que a norma jurídica não se confunde com enunciados normativos, e, em razão disso, pode ser composta pela junção de vários enunciados. Além disso, foi abordado o fato de que a coisa julgada, em que pese instituto de Direito Constitucional e Processual, tem seu conteúdo preenchido e delimitado pelas normas de outros ramos. Sobre o assunto, foi definitiva a passagem de José Souto Maior BORGES, para o qual a eficácia da coisa julgada, prevista constitucionalmente, é determinada tanto pelo direito material como pelo processual.

Dito isto, cumpre tratar sobre a existência ou não da denominada coisa julgada tributária em nosso ordenamento. É certo que diversos autores recusam a ideia de coisa julgada tributária.

James MARINS (2016, p. 636). ressalta a importância da coisa julgada enquanto corolário da segurança jurídica, principalmente no tocante às relações tributárias. Segundo aponta, se o instituto já é tema crucial em se tratando de relações privadas, entre particulares, a situação ganha uma outra dimensão em se tratando da relação jurídico tributária, posto que as lides versam sobre dois dos mais importantes valores previstos em nossa constituição: liberdade e propriedade

No entanto, ainda que se entenda pela inexistência da coisa julgada tributária, certo é que a espécie de relação sobre a qual versam os processos é regida por uma série de regras e princípios que se acoplam à coisa julgada tributária para lhe conferir maior segurança.

Segundo o art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional, extingue o crédito tributário a coisa julgada. Trata-se, *in casu*, não de proteção adicional, mas de efeito do próprio trânsito em julgado (COÊLHO, 2012, p. 755).

Além dessa regra, são relevantes à proteção da coisa julgada em matéria tributária:

- a) Princípio da Legalidade, que estabelece a necessidade de lei formal para instituição de tributos;
- b) Princípio da Anterioridade, que determina a impossibilidade de cobrança de tributos sem lei prévia. Este princípio possui especial importância no tocante a questionamentos envolvendo a anulação de decisões e da coisa julgada inconstitucional;
- c) Princípio da Irretroatividade, que determina a impossibilidade de aplicação pretérita, seja de leis, seja de normas jurídicas estabelecidas mediante sentenças judiciais em desfavor do contribuinte;
- d) Princípio da proteção da confiança e boa-fé, nos termos defendidos por DERZI (2009, p. 546-554), em casos de modificação da jurisprudência, nos quais o contribuinte deve ser protegido do poder público, tendo em vista sua situação de hipossuficiência.

Dessa maneira, ao se interpretar e questionar os limites da coisa julgada, em matéria tributária, ainda que não se possa diferenciar o instituto do que é aplicado aos demais ramos do Direito, deve-se conjugá-lo e interpretá-lo com as demais normas de Direito Tributário, que lhe concedem uma roupagem distinta como se verá no capítulo seguinte.

Conclusões Parciais

1. Usualmente, há uma pugna entre positivistas e neoconstitucionalistas acerca da interpretação correta para o Direito. Esse embate, levando-se tão somente em consideração critérios hermenêuticos, é insuficiente para a definição da correta abordagem para cada ramo jurídico;
2. A metodologia não pode ser prévia ao objeto, ela deve se adequar a ele;
3. O Direito Tributário, como ramo onde impera a legalidade e a segurança jurídica, exige o método conceitual de raciocínio, em oposição a outras searas jurídicas em que pode preponderar o método tipológico;
4. A norma jurídica não se confunde com o enunciado normativo;
5. Uma norma jurídica geralmente é composta por uma série de enunciados normativos, considerados conjuntamente e interpretados sistematicamente;
6. O conteúdo e os limites da coisa julgada não se encontram exclusivamente em sua definição. São fornecidos por outros ramos do direito e outras normas que lhe dão conteúdo e sentido;
7. No Direito Tributário, os principais tipos de medidas judiciais utilizadas pelo contribuinte são: ação declaratória, cuja sentença possui efeitos prospectivos; ação anulatória e ação repetitória, cuja sentença possui efeitos constitutivos (negativo, no primeiro, e positivo, no segundo caso); e o mandado de segurança, cuja sentença, de caráter mandamental, pode possuir ambos os matizes;
8. Ainda que não se considere a existência da coisa julgada tributária, ela sofre a influência direta de uma série de comandos normativos e princípios tributários, como a previsão de extinção do crédito tributário pelo trânsito em julgado e os princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade, boa-fé e proteção da confiança;

4. OS LIMITES DA COISA JULGADA NO DIREITO TRIBUTÁRIO: RELEITURAS

Após um estudo exaustivo sobre a coisa julgada, seu fundamento e sua natureza jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como suas conexões e possíveis alterações quando recai sobre sentença em matéria tributária, cumpre, por fim, explanar os limites da coisa julgada, especialmente quando aplicados às sentenças que versam sobre matéria tributária. Serão objeto de estudo também, neste capítulo, as polêmicas e os posicionamentos jurisprudenciais a respeito do assunto. Sem mais delongas, passa-se a tratar dos limites da coisa julgada na doutrina processualista.

4.1. Os limites da coisa julgada, segundo a doutrina

A doutrina processualista costuma classificar os limites da coisa julgada em subjetivos, objetivos, temporais e espaciais. Confira-se.

4.1.1. Limites subjetivos

Por limites subjetivos da coisa julgada busca-se compreender quem está a ela submetido (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA 2015, p. 542).

Nos termos do art. 506 do Código de Processo Civil⁴⁸, os efeitos da coisa julgada operam *inter partes*, ou seja, vinculam apenas aqueles que compuseram o litígio, não operando efeitos contra terceiros.

THEODORO JUNIOR (2015, p. 1113) pontua que isso não implica dizer que a sentença é válida somente entre as partes. Quer dizer, segundo o autor, que a imutabilidade e a indiscutibilidade da sentença se aplicam às partes processuais e não podem prejudicar terceiros estranhos ao processo. No entanto, a eficácia da sentença vale perante toda a comunidade jurídica, ou seja, o julgado é oponível a terceiros.

Há, no entanto, hipóteses de extensão da coisa julgada a terceiros. DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA (2015, p. 543) elencam os casos de coisa julgada ultra partes como aqueles que atingem não apenas as partes do processo, mas também terceiros que não participaram do processo. É o caso, por exemplo, da ocorrência de

⁴⁸ Art. 506. A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não prejudicando terceiros.

substituição processual na legitimação concorrente, na fixação de obrigações solidárias e nas ações coletivas. Há, ainda, a hipótese de vinculação do Ministério Público, nos casos em que atua como fiscal da lei (BRASIL, 2013)⁴⁹.

O caso mais relevante, porém, em se tratando de extensão da coisa julgada a terceiros, é o da coisa julgada *erga omnes*, como as decorrentes dos processos de controle concentrado de constitucionalidade. Nestes, a coisa julgada atinge todos os jurisdicionados, tenham ou não participado do processo (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 544). O caso ganha notável importância diante da tentativa de construção jurisprudencial para o aumento do número de possibilidades de decisões com efeitos *erga omnes* no Brasil, a exemplo das sistemáticas de recursos repetitivos e de repercussão geral previstas pelo Código de Processo Civil (artigos 987, §5º e 1039, caput). Sobre o assunto, remete-se às considerações já realizadas nos itens 2.2.3.1 e 2.3.3.2, quanto à aplicabilidade da coisa julgada *erga omnes*. Isso porque, conforme visto, há uma diferença crucial dos efeitos da coisa julgada no controle concentrado de constitucionalidade e no controle difuso, a ver.

⁴⁹ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO DE INVALIDAR REGISTROS IMOBILIÁRIOS. ANTERIOR AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA COM SENTENÇA DE MÉRITO TRANSITADA EM JULGADO. COISA JULGADA MATERIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DE AGIR. MODALIDADE ADEQUAÇÃO-UTILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1- Após intervir, na condição de fiscal da lei, nas fases de conhecimento, liquidação e execução do processo de desapropriação indireta entre os recorridos e a Terracap, o Ministério Público do Distrito Federal busca com a presente demanda, ultrapassado o lapso decadencial da ação rescisória, desconstituir a coisa julgada material nele formada, ao argumento de preservar o "sistema registrário". 2- À semelhança do que se observa com a litispendência, a identidade de partes nas demandas coletivas não se atém, no que diz respeito à coisa julgada, aos estreitos limites do art. 301, § 2º, do CPC, de modo que, seja atuando como substituto processual na presente ação, seja atuando como custos legis na demanda anterior, o recorrente, de fato, participou ativamente de todas as fases e graus de jurisdição, o que identifica ambas as ações também pela unidade de propósito a que fora chamado a resguardar: a defesa da ordem jurídica (CF, art. 127, caput). Sujeita-se, portanto, o Ministério Público à coisa julgada nela produzida. 3- Tal qual se observa nesta demanda coletiva, a titularidade e a extensão dos imóveis expropriados compuseram - com base nos registros imobiliários cuja nulidade ora se alega - a causa de pedir da desapropriação indireta. Todas as questões levantadas na ação civil pública, acerca da regularidade da escritura de compra e venda por meio da qual os réus adquiriram a propriedade do imóvel em 1942, poderiam ter sido suscitadas pelo Ministério Público como obstáculo ao reconhecimento do domínio dos recorridos, então expropriados, causa de pedir da desapropriação indireta. Dessa forma, passada em julgado a sentença de mérito "reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como a rejeição do pedido" (CPC, art. 474). 4- A desapropriação, enquanto modo originário de aquisição da propriedade, permite que o adquirente receba, sem derivação de domínio, o imóvel expropriado isento de qualquer mácula; não o vinculando, portanto, ao título aquisitivo anterior, seja qual for o vício que porventura se lhe impinja. Com isso, a formulação de pedido fundado em nulidade dos registros imobiliários afigura-se, na espécie, destituído de utilidade prática, visto que, consumada a transmissão do bem ao domínio do ente estatal, falece ao recorrente - escoimada a propriedade de quaisquer vícios originários - interesse processual em defender a exatidão de atos registrários a que visa desconstituir. 5- Recurso Especial a que se nega provimento. (BRASIL, 2013)

A decisão, e, portanto, a coisa julgada decorrente do controle concentrado de constitucionalidade possui, de fato, a denominada eficácia *erga omnes*. Logo, neste caso há estritamente a extensão dos efeitos da coisa julgada de um processo a terceiros não participantes. Isso implica dizer que a decisão judicial daquele processo afeta diretamente o acervo jurídico subjetivo de todos os jurisdicionados. Isso fica claro pela leitura do art. 102, §2º, da Constituição Federal.

O mesmo não se pode dizer, porém, das decisões proferidas em controle difuso, ainda que em sede de repercussão geral ou sob a sistemática dos recursos repetitivos. Isso porque a decisão proferida se torna precedente vinculante para os demais órgãos do Poder Judiciário, que devem, em suas decisões futuras e para os processos em curso, aplicar a tese definida pelo Tribunal Superior. Isto não implica, entretanto, a extensão dos efeitos da coisa julgada do processo paradigma a terceiros. A aplicabilidade da decisão remanesce condicionada à decisão individual no caso concreto de cada processo.

Essas ponderações geram repercussões inúmeras acerca da receptividade ou não de decisão já transitada em julgado diante de novo parâmetro fixado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme será explorado adiante.

4.1.2. *Limites objetivos*

Aponta o art. 503, *caput*, do Código de Processo Civil que “a decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida” (BRASIL, 2015).

Ao se tratar de limites objetivos da coisa julgada, busca-se elucidar a questão sobre “o que” se torna imutável. Segundo DIDIER, OLIVEIRA e BRAGA (2015, p. 522), a coisa julgada incide e torna indiscutível a norma jurídica individualizada, decorrente do processo decisório do magistrado para a solução do caso concreto. A expressão “força de lei” teria o sentido de deixar clara a impositividade da norma jurídica concreta definida pelo Poder Judiciário. Além disso, ao se afirmar sobre questão expressamente decidida, quer o Código dizer que inexistente coisa julgada implícita. Portanto, a proteção da coisa julgada recai apenas sobre o objeto expresso do litígio, delineado na petição inicial (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 525).

Humberto THEODORO JUNIOR (2015, p. 1096-1097) afirma que os limites objetivos da coisa julgada restringem-se àquelas questões que, trazidas à lide, foram

objeto do provimento jurisdicional *in concreto*, sobre os quais recai a coisa julgada material.

Uma das questões de suma importância, em se tratando de limites objetivos da coisa julgada, diz respeito sobre sua incidência nos motivos da sentença. Isso porque, conforme determina o art. 489 do Código de Processo Civil, a sentença é composta de relatório, fundamentação e parte dispositiva.

Para THEODORO JUNIOR (2015, p.1097), a coisa julgada não recai sobre a integralidade da sentença, tendo em vista a previsão expressa do art. 504, que exclui de seu âmbito os motivos, ainda que determinantes, e a verdade dos fatos (BRASIL, 2015)⁵⁰. Assim, em sua concepção, somente o comando concreto seria abarcado pela imutabilidade da coisa julgada. *A ratio decidendi*, nesse sentido, estaria afastada do manto da coisa julgada. Isso não implica, porém, em dizer que apenas a parte dispositiva seria abarcada pela coisa julgada, conforme defendido por SOUZA JUNIOR (2011, p. 91). Ao contrário,

Dentro do processo uma situação jurídica litigiosa reclamou o acertamento judicial, de maneira que é esse acertamento que, em nome da segurança jurídica, se sujeitará à força ou autoridade da *res iudicata*. (THEODORO JUNIOR, 2015, p.1101)

Assim, para o autor, o provimento jurisdicional demandado pelas partes é um conjunto indissociável de questões que necessitam ser resolvidas pelo julgador para que se obtenha um provimento jurisdicional. É sobre essa situação jurídica material, que pode não se encontrar integralmente na parte dispositiva, que deve recair o manto da coisa julgada, sob pena de não se alcançar a pacificação social e a segurança jurídica almejada pelo instituto.

4.1.3. *Limites espaciais*

Alguns autores tratam ainda sobre os limites espaciais (ou territoriais) da coisa julgada.

A priori, pode-se dizer que à coisa julgada aplicam-se os mesmos limites da jurisdição, já previstos no Código de Processo Civil, nos artigos 21 a 25. Nesse

⁵⁰ Art. 504. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença. (BRASIL, 2015)

sentido, aplicam-se seus efeitos dentro do território nacional e quanto a fatos ou atos praticados no país, além dos casos em que no Brasil esteja domiciliado o réu ou tenha que ser cumprida a obrigação que se requer.

Sobre o assunto, MARINONI, ARENHART e MITIDIERO afirmam que, por meio deste critério, é possível distinguir a coisa julgada nacional, estrangeira e internacional (2015b, p. 627).

Segundo os autores, a coisa julgada estrangeira seria oriunda de decisões forâneas que se tornam eficazes em território nacional após a realização do processo de internalização, conforme previsto nos artigos 960 e seguintes do Código de Processo Civil. A coisa julgada internacional, por outro lado, seria aquela decorrente de jurisdições e cortes internacionais das quais o Brasil seja signatário, como o Tribunal Penal Internacional (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015b, p. 628).

Além disso, o art. 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assenta a possibilidade de execução, no Brasil, de sentença estrangeira que tenha sido proferida por juiz competente – observando-se o devido processo legal (ocorrência de citação ou certificação legal da revelia) –, que esteja passada em julgado e revestida das formalidades para execução no país em que proferida e que, além disso, esteja traduzida por intérprete autorizado e tenha sido homologada pelo STF (BRASIL, 1942).

Reconhece-se, ainda, a depender da previsão de direito interno de cada país, a possibilidade de aplicação da coisa julgada em outras jurisdições, a depender dos limites que cada País delinea para a coisa julgada formada fora de seu território.

4.1.4. Limites temporais

Talvez o ponto de maior polêmica acerca dos limites da coisa julgada diga respeito aos seus limites temporais. A questão a ser respondida, neste caso, é o “até quando a decisão acobertada pela coisa julgada é indiscutível”. O ponto de partida para este estudo deve ser, não outro, que o Código de Processo Civil, cujo art. 505 dispõe:

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei. (BRASIL, 2015)

Pela redação do artigo, portanto, somente pode ser revisitada a coisa julgada na ocorrência de alteração da situação de fato ou de direito, para as relações jurídicas de trato continuado, e nos demais casos expressos pela lei. Ausentes esses pressupostos, é inteiramente vedado, seja ao juiz da causa, seja aos demais juízes, decidir novamente sobre o que versa a decisão acobertada pela coisa julgada (DIDIER, OLIVEIRA E BRAGA, 2015, p. 550).

O mesmo posicionamento é encontrado em MARINONI, ARENHART e MITIDIERO (2015b, p. 628), para os quais a coisa julgada é historicamente situada e, portanto, mantém sua vinculatividade enquanto permanecer vigente o quadro fático-jurídico que a gerou, conforme a máxima civilista “*rebus sic stantibus*”. Os autores pontuam ainda que não gera efeitos retroativos a superveniência de fatos que, de alguma maneira, alterem a situação jurídica e fática sobre o qual recai a coisa julgada.

Humberto THEODORO JUNIOR (2015, p. 1120), em que pese ser um dos precursores da tese da coisa julgada inconstitucional, conforme visto no item 2.3.4, também se posiciona de forma incisiva a respeito da eficácia temporal da coisa julgada. Para o autor, diferentemente do que a interpretação literal do Código de Processo Civil indica, não é o efeito da coisa julgada que se extingue em determinado momento, mas sim o próprio objeto do julgado, e, em razão disso, o comando da sentença deixaria de ser atual. Qualquer nova circunstância fática ou jurídica que vier a acontecer operará efeitos para o futuro e não para o passado, que restará resguardado pela coisa julgada.

O posicionamento contundente dos autores não impede que as mais diversas polêmicas surjam a respeito do limite temporal da coisa julgada, principalmente no tocante ao Direito Tributário. Esses assuntos serão discutidos no tópico subsequente.

4.2. Os limites da coisa julgada no Direito Tributário: polêmicas e releituras

Analisados, genericamente, os limites da coisa julgada na doutrina processual civil, cumpre agora analisar os limites da coisa julgada no Direito Tributário, bem como as diversas polêmicas que surgem da compreensão destes limites. Conforme pontuado no item 3.2, a coisa julgada tributária, além dos limites e proteção que lhe são conferidos pelo Código de Processo Civil, também se fortalece pelas regras e

princípios específicos do ramo tributário, direito material, portanto. Rememorando a passagem de Souto Maior BORGES, a eficácia da coisa julgada material é preenchida pelas regras processuais e materiais que compõem a norma jurídica derivada de seus comandos. Além disso, nos procedimentos de execução fiscal, também os regramentos da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais) podem influenciar nessas limitações, devendo ser cuidadosamente observadas pelo aplicador.

MARINS (2016, p. 636), pontua que a compreensão do instituto e dos limites e efeitos da coisa julgada em matéria tributária são incipientes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Em razão disso, são diversas as polêmicas referentes ao instituto, que surgem constantemente, abalando a segurança jurídica dos contribuintes.

4.2.1. Coisa julgada e execução fiscal

A respeito dos limites objetivos, Hugo de Brito MACHADO, ainda no ano de 1991, questionava-se sobre a existência de coisa julgada em processo de execução fiscal. Havia dúvidas, pertinentes, acerca da sentença que extingue o executivo fiscal por pagamento fazer coisa julgada. Isso, por consequência, impediria futuros ajuizamentos de ações ordinárias para questionar o débito ou requerer sua repetição, posto que já julgados reflexamente em favor do fisco na execução. Em caso positivo, somente seria possível, ao contribuinte, a impugnação mediante ação rescisória.

Segundo o autor, com base em posicionamento de THEODORO JUNIOR⁵¹, a sentença do processo de execução fiscal não faz coisa julgada material, pois não há, ali, qualquer discussão de mérito. Nesse sentido, inexistem impedimentos à discussão sobre a legitimidade ou não do crédito, mesmo se quitada a dívida no executivo fiscal (MACHADO, 1991, p. 349-351).

⁵¹ Que remanesce inalterado, até os dias de hoje: “Em regra, a sentença que extingue a execução, a teor do art. 925, não assume a autoridade de coisa julgada material, a respeito do direito do exequente, porque este em nenhum momento esteve em litígio dentro da execução forçada, mesmo porque esta não gera um processo de índole contraditória, nem se destina a julgamento ou acerto de relações jurídicas controvertidas. A indiscutibilidade e imutabilidade da sentença transitada em julgado são fenômenos que dizem respeito ao elemento declaratório das sentenças de mérito, que só podem se localizar no processo de conhecimento” (THEODORO JUNIOR, 2018, p. 785).

4.2.2. Coisa julgada e mandado de segurança

Sobre limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária, cumpre destacar, também, os efeitos da coisa julgada em mandado de segurança. Afirma o art. 19 da Lei nº 12.016/2009:

Art. 19. A sentença ou o acórdão que denegar mandado de segurança, sem decidir o mérito, não impedirá que o requerente, por ação própria, pleiteie os seus direitos e os respectivos efeitos patrimoniais. (BRASIL, 2009)

O mandado de segurança, conforme exposto no item 3.3.1, é ação excepcional, prevista pela Constituição Federal destinada à proteção de direito líquido e certo diante de ilegalidade perpetrada por agente público. Em razão de seu caráter, a lei fixa uma série de requisitos para sua propositura, como, por exemplo, o respeito ao prazo de 120 dias, desnecessidade de dilação probatória, dentre outros.

Dessa maneira, o mandado de segurança pode ser extinto por uma série de motivos que, não necessariamente, atacam o seu mérito. As decisões proferidas em mandado de segurança têm aptidão para se revestir de coisa julgada material tão somente quando enfrentarem o *meritum causae*, com cognição exauriente (BUENO, 2010, p. 153). Nesse sentido, andou bem o legislador ao afirmar que a sentença denegatória, quando não atacar o mérito da questão, não faz coisa julgada material, mas tão somente formal, não obstando ao requerente que ingresse com o meio adequado para pleitear seus direitos. Esta é, inclusive, a posição do Supremo Tribunal Federal, descrita na Súmula nº 304 (BRASIL, 1963).

4.2.3. Coisa Julgada e o argumento declaratório

Outro ponto a se abordar, no que diz respeito aos limites objetivos, diz respeito à eficácia de eventual argumento de caráter declaratório em ações anulatórias, embargos à execução e mandado de segurança.

A hipótese se refere aos casos em que, em que pese o pedido do contribuinte (e a parte dispositiva) ser anulatório ou condenatório, a concessão seja fundamentada em eventual declaração de ilegalidade/inconstitucionalidade do tributo. A dúvida é pertinente uma vez que a redação do artigo 504, I, do Código de Processo Civil, sustenta que os motivos, mesmo que determinantes, não fazem coisa julgada. Dessa

forma, há dúvida real sobre eventual conteúdo declaratório que faça parte dos motivos ser abarcado pela coisa julgada.

Segundo Hugo de Brito MACHADO (1991, p. 355) a existência da relação jurídico-tributária, quando se configura tão somente como premissa da sentença, ainda que consubstancie em questões de direito, não seria abarcada pela coisa julgada.

No entanto, não parece com razão o ilustre tributarista. Conforme exposto anteriormente, o que se busca com o desenvolvimento de um processo, é o acertamento de uma relação jurídica. Dessa maneira, ainda que não explícita na parte dispositiva a questão de direito, sendo ela indissociável e necessitando ser resolvida para o deslinde da questão, deve ser abarcada pelo manto da coisa julgada.

4.2.4. Coisa julgada e inexigibilidade da obrigação diante de declaração de inconstitucionalidade (art. 525, §12 e art. 535, §5º, do CPC/2015)

Ainda sobre limites objetivos da coisa julgada, cumpre analisar a disposição, inovadora do Código de Processo Civil de 2015 sobre a inexigibilidade do título executivo em caso de posterior declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Lê-se do art. 525, parágrafos 12 e 14, e 535, parágrafos 5º e 7º, do CPC:

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

§ 1º. Na impugnação, o executado poderá alegar:

[...]

III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[...]

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

[...]

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

[...]

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[...]

III – inexecuibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;

[...]

§ 5º. Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

[...]

§ 7º. A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5º deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. (BRASIL, 2015)

Em termos simples, observa-se que o CPC autorizar, como matéria de defesa em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, a invocação da existência de julgamento do STF anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda que tenha, em sede de controle concentrado ou difuso, declarado inconstitucional lei ou interpretação de lei na qual se fundou a sentença.

O fundamento, conforme pontua THEODORO JUNIOR (2018, p. 83) é o mesmo aplicável à coisa julgada inconstitucional, apontado na seção 2.3.4, qual seja, a nulidade absoluta de atos do Poder Público que contrariem a Constituição.

Além disso, repise-se, é necessário que a decisão paradigma do Supremo Tribunal Federal tenha sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda. O trânsito em momento posterior deverá ser alvo de ação rescisória (cuja temática será abordada mais adiante)

DIDIER JUNIOR, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA (2017, p. 545) defendem que no caso, para utilização da decisão do STF, deve existir uma relação direta de causa e efeito, de tal sorte que a lei declarada inconstitucional tenha sido motivo decisivo e determinante para que a sentença fosse proferida em determinado sentido.

Embora polêmico o assunto, verifica-se de imediato que o artigo não trata sobre limite ou relativização da coisa julgada, mas sim da cessação da eficácia dos efeitos da sentença⁵² (DIDIER JUNIOR; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 546). Não há, nesse sentido, que se falar em desfazimento da decisão proferida, posto que, conforme largamente exposto no capítulo 2, a coisa julgada não é efeito da sentença.

Isso posto, no caso em tela, observa-se que o artigo determina a ineficácia do julgado, a ser arguida em cumprimento de sentença, quando proferido em desacordo com decisão pretérita do STF, em controle concentrado ou difuso.

⁵² Na hipótese prevista no art. 525, §12. A hipótese de ação rescisória, prevista no parágrafo 15 trata-se de limitação/relativização da coisa julgada e será tratada a seguir, nos limites temporais

Nesse ponto, a redação do artigo é irretocável. Conforme já estudado no ponto 2.3.4, a Constituição Federal, em seu art. 102, §2º, determina a observância por todos os órgãos, nos casos presentes e futuros, das decisões preferidas em sede de controle concentrado. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil também determina a vinculatividade das decisões em casos de assunção de competência e nos julgamentos dos recursos extraordinários submetidos à sistemática de repetitivos.

Assim sendo, a decisão exequenda, ao descumprir os comandos legais, nos termos dos artigos supramencionados, incide em clara inconstitucionalidade, sendo passível de anulação. O que o CPC permite, nessa hipótese, é que de forma mais célere se torne ineficaz o seu comando, a fim de não se gerar maiores prejuízos para as partes.

4.2.5. A validade da coisa julgada posterior, segundo a jurisprudência do STJ

No tocante aos limites subjetivos, importante abordar hipótese que vem sendo assentada jurisprudencialmente pelo STJ, de validade de coisa julgada posterior nos casos em que existam conflitos entre duas coisas julgadas. O entendimento é extraído dos seguintes precedentes: Recurso Especial nº 1.524.123⁵³; Agravo Regimental no Recurso Especial nº 643.998⁵⁴; Recurso Especial nº 598.148⁵⁵; Recurso Especial nº

⁵³ PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória. 3. Recurso Especial não provido. (BRASIL, 2015c)

⁵⁴ RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. 1- Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória. 2- Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL, 2009b)

⁵⁵ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. COISA JULGADA. AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À EXECUÇÃO. SENTENÇAS CONTRADITÓRIAS SOBRE O MESMO OBJETO. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. PRECEDENTES. 1. No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória. 2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulatória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos à Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para excluir parcela do crédito exequendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente improcedentes. 3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor, por ter sido formada por último. Precedentes do STJ. 4. Recurso Especial provido. (BRASIL, 2009c)

400.104⁵⁶, além de objeto do informativo de jurisprudência nº 0565, que restou assim descrito: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO ENTRE COISAS JULGADAS. Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória.” (BRASIL, 2003).

O caso é polêmico e carece de análise. Observa-se da leitura dos precedentes que, em todos os casos, apresentava-se o mesmo objeto, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido em ações diversas (anulatória e embargos à execução, por exemplo). Ocorrendo decisão em ambos os casos, entendeu o STJ que haveria conflito entre coisas julgadas, devendo prevalecer a última.

Com a devida vênia, não parece ser o caso. Não há, sequer, que se falar em conflito entre coisas julgadas, quanto mais que deve prevalecer a última. A adoção de tal posicionamento é uma completa subversão da ordem processual, como se demonstrará.

O Código de Processo Civil, em seu art. 337⁵⁷, afirma que há litispendência quando existe repetição de processo, em curso ou já anteriormente ajuizado, com as mesmas partes, mesma causa de pedir e o mesmo pedido. A litispendência é matéria de ordem pública, podendo ser discutida em qualquer fase processual, além de causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, V, do CPC.

Assim sendo, no caso em tela, não há sequer que se falar em conflito entre coisas julgadas, sendo que uma das sentenças é inteiramente nula e deve ser expurgada da ordem jurídica. Resta o questionamento: qual delas é válida?

Segundo o STJ, em decisão completamente dissonante das disposições do Código, seria a que por último transitou em julgado. É de se recorrer, novamente, ao

⁵⁶ PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÕES CONFLITANTES. TRÂNSITO EM JULGADO. CANCELAMENTO DE PRECATÓRIO. DECISÃO NÃO DESCONSTITUÍDA POR AÇÃO RESCISÓRIA. PREVALÊNCIA DAQUELA QUE POR ÚLTIMO TRANSITOU EM JULGADO. 1. Verificada a existência de decisões conflitantes versando sobre o mesmo bem jurídico e ambas trânsitas em julgado, prevalece aquela que por último transitou em julgado. 2. Somente se admite a desconstituição de sentença trânsita em julgado através da ação rescisória. 3. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2003)

⁵⁷ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

[...]

VI - litispendência;

[...]

§ 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§ 2º Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§ 3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso. (BRASIL, 2015a)

Código de Processo Civil, que afirma em seu artigo 59 que o registro ou a distribuição da inicial torna prevento o juízo. Acatar-se qualquer outra decisão que não a proferida pelo juízo prevento (salvo as hipóteses de modificação da competência) é uma ofensa grave às disposições do Código.

Dessa maneira, válida deve ser somente a coisa julgada referente ao juízo prevento, ainda que sua sentença seja proferida anteriormente. O desrespeito a essa regra processual implica, ademais, em afronta ao princípio do juiz natural, insculpido no art. 5º, XXXVII e LII, da Constituição Federal.

4.2.6. Relações jurídicas de trato sucessivo: o principal problema

A discussão a respeito da coisa julgada e relações tributárias de trato sucessivo não é nova no direito brasileiro. A primeira questão judicial envolvendo o tema, conforme será analisado no subtópico a seguir, data de 1944. Além disso, no já mencionado artigo de Hugo de Brito MACHADO sobre a coisa julgada tributária, que data de 1991, o autor já trazia argumentos para tentar elucidar a questão. Ao que parece, a questão, além de não solucionada adequadamente até o momento, acaba por ganhar mais contornos com o passar dos anos.

4.2.6.1. Súmula nº 239

Acerca dos limites temporais da coisa julgada em matéria tributária, uma primeira polêmica relaciona-se com o verbete sumular 239, do STF. Ao longo dos anos, já foram diversos os trabalhos que se prestaram a analisar a súmula, razão pela qual será feita uma análise mais sucinta a respeito de sua tratativa.

A súmula nº 239 do Supremo Tribunal Federal foi aprovada no longínquo ano de 1963 e possui a seguinte redação: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”. Com redação obtusa, o enunciado necessita de esclarecimentos quanto ao seu conteúdo.

A súmula nº 239 tem como primeiro precedente o julgamento dos Embargos Infringentes no Agravo de Instrumento nº11.227⁵⁸, em 1944, que versava exclusivamente sobre erros no lançamento em um exercício específico. Naquela oportunidade, insurgiu-se o contribuinte contra erros no lançamento do Imposto de Renda, referente ao exercício de 1934, devido à incidência sobre juros de apólice em desconformidade com a lei. Naquela oportunidade, obteve procedência em seus pedidos, transitando em julgado a decisão que declarou a ilegitimidade da cobrança. Ocorre que, no ano de 1936, o contribuinte insurgiu-se novamente contra a cobrança, alegando, em seus fundamentos, a existência de coisa julgada na ação referente ao exercício de 1934 como óbice à cobrança da Fazenda Nacional.

Observa-se, de antemão, que a ação movida pelo contribuinte, naquela oportunidade, era uma anulatória de ato impositivo específico daquele exercício. A coisa julgada obtida, naquela oportunidade, referia-se tão somente à ilegalidade referente ao exercício de 1934. Conforme apontado no item 3.3.1, as ações anulatórias de ato impositivo não possuem o caráter prospectivo das ações declaratórias. Destinam-se a regulamentar e elucidar relações tributárias específicas, já ocorridas.

No voto vencedor, o Ministro Castro Nunes bem elucidou a questão, apontando, em seu voto, que:

“anual é o lançamento, não o imposto em si mesmo. É o lançamento (em se tratando de impostos diretos) que se renova anualmente; de modo que uma questão sobre irregularidades verificadas num dado lançamento é restrita ao exercício, não alcançando a sentença nela proferida os exercícios posteriores em que o lançamento poderá não ter os mesmos vícios” (BRASIL, 1945, p. 03)

Irretocável o pensamento do Ministro. A coisa julgada, referente à ação anulatória, recai sobre o comando sentencial que abarcara tão somente um único lançamento de um único exercício. Não era objeto daquela lide a relação jurídico-tributária, como em uma ação declaratória.

A polêmica em relação à súmula surge quando, retirando-se seu enunciado do contexto em que emitida, seu sentido é expandido para aplicação a todos os tipos de

⁵⁸ Executivo fiscal - Imposto de renda sobre juros de apólices - Coisa julgada em matéria fiscal. É admissível em executivo fiscal a defesa fundada em "coisa julgada" para ser apreciada pela sentença final. Não alcança os efeitos da coisa julgada em matéria fiscal, o pronunciamento judicial sobre nulidade do lançamento do imposto ou da sua prescrição referente a um determinado exercício, que não obsta o procedimento fiscal nos exercícios subsequentes. (BRASIL, 1944)

ação tributária, especialmente as que possuem, em seu comando decisional, conteúdo declaratório. Dessa maneira, elucidado o real significado da súmula, não há que se falar em sua aplicação nestas hipóteses.

4.2.6.2. Coisa julgada inconstitucional, relações tributárias de trato sucessivo e o parecer PGFN 492/2011

Outro ponto que tem gerado polêmica, sendo, inclusive, uma das razões que motivou o desenvolvimento deste trabalho, diz respeito à polêmica relativização da coisa julgada em casos de posterior declaração de (in)constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Este é o assunto que se discute nos Recursos Extraordinários 949.397 e 955.227, temas de repercussão geral nº 881 e 885, respectivamente.

Como adendo à discussão, no ano de 2011, a Procuradoria da Fazenda Nacional publicou o Parecer nº 492/2011, que, basicamente discorre sobre as hipóteses de desconsideração da coisa julgada diante de julgamentos de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de relações jurídicas de trato sucessivo proferidos pelo Supremo Tribunal Federal. Eis sua ementa:

DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO QUE DISCIPLINA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CONTINUATIVA. MODIFICAÇÃO DOS SUPORTES FÁTICO/JURÍDICO. LIMITES OBJETIVOS DA COISA JULGADA. SUPERVENIÊNCIA DE PRECEDENTE OBJETIVO/DEFINITIVO DO STF. CESSAÇÃO AUTOMÁTICA DA EFICÁCIA VINCULANTE DA DECISÃO, TRIBUTÁRIA TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE VOLTAR A COBRAR O TRIBUTO, OU DE DEIXAR DE PAGÁ-LO, EM RELAÇÃO A FATOS GERADORES FUTUROS.

1. A alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes ao tempo da prolação de decisão judicial voltada à disciplina de uma dada relação jurídica tributária de trato sucessivo faz surgir uma relação jurídica tributária nova, que, por isso, não é alcançada pelos limites objetivos que balizam a eficácia vinculante da referida decisão judicial. Daí por que se diz que, alteradas as circunstâncias fáticas ou jurídicas existentes à época da prolação da decisão, esta naturalmente deixa de produzir efeitos vinculantes, dali para frente, dada a sua natural inaptidão de alcançar a nova relação jurídica tributária.

2. Possuem força para, com o seu advento, impactar ou alterar o sistema jurídico vigente, por serem dotados dos atributos da definitividade e objetividade, os seguintes precedentes do STF: (I) todos os formados em controle concentrado de constitucionalidade, independentemente da época em que prolatados; (II) quando posteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham resultado de julgamento realizado nos moldes do art. 543-B do CPC; (III) quando anteriores a 3 de maio de 2007, aqueles formados em sede de controle difuso de constitucionalidade, seguidos, ou não, de Resolução

Senatorial, desde que, nesse último caso, tenham sido oriundos do Plenário do STF e confirmados em julgados posteriores da Suprema Corte.

3. Os precedentes objetivos e definitivos do STF constituem circunstância jurídica nova, apta a fazer cessar, prospectivamente, eficácia vinculante das anteriores decisões tributárias transitadas em julgado que lhes forem contrárias.

4. A cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado opera-se automaticamente, de modo que: (I) quando se der a favor do Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional na anterior decisão, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; (II) quando se der a favor do contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional na decisão anterior, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido.

5. Face aos princípios da segurança jurídica, da não surpresa e da proteção à confiança, bem como por força do art. 146 do CTN, nas hipóteses em que o advento do precedente objetivo e definitivo do STF e a consequente cessação da eficácia da decisão tributária transitada em julgado sejam pretéritos ao presente Parecer, a publicação deste configura o marco inicial a partir do qual o Fisco retoma o direito de cobrar o tributo em relação aos fatos geradores praticados pelo contribuinte-autor. (BRASIL, 2011)

Em síntese, o parecer determina que os precedentes emanados pelo STF, em controle concentrado ou difuso de constitucionalidade, são aptos a alterar as circunstâncias fáticas e jurídicas de modo a fazer cessar os efeitos da coisa julgada. Implicam, pois, na circunstância jurídica nova, nos termos do (atual) art. 505, I, do CPC.

O parecer especifica, ainda, no caso do controle difuso de constitucionalidade, a sua incidência nos julgamentos de recursos repetitivos, após 03 de maio 2007, e nos proferidos pelo Plenário do STF, com confirmação posterior, para os julgamentos anteriores a 03 de maio de 2007. Ademais, afirma ainda a desnecessidade de resolução senatorial e que a cessação da eficácia se opera de forma automática sem necessidade de prévia autorização judicial.

Para discussão do assunto, é necessário, primeiramente, retornar às conclusões já apresentadas no item 2.3.5, em síntese:

- a) No controle concentrado de constitucionalidade, em razão da previsão do art. 102, §2º da Constituição Federal, há a extensão da nova coisa julgada, aplicável a todos (efeitos *erga omnes*) e estabelecendo nova norma jurídica no ordenamento. Em razão disso, a coisa julgada anterior pode ser revogada (não recepcionada) pelo novo padrão normativo estabelecido;

- b) No controle difuso de constitucionalidade, em que pese diversas previsões normativas determinando a *vinculatividade* da decisão, inexistente norma que estenda o comando decisório para todos os jurisdicionados. Existe, tão somente, a determinação de aplicabilidade da decisão pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública, aos casos em trâmite e futuros. Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade de revogação da coisa julgada anterior por este novo julgado.

Com essas considerações, passamos a tratar, especificamente do caso em questão.

No tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, é irretocável a conclusão do parecer. Isto porque, conforme já discutido anteriormente: (I) a decisão configura criação de norma nova, apta a alterar circunstâncias jurídicas; (II) por força de dispositivo constitucional (art. 102, §2º), há extensão dos efeitos da decisão para todos os jurisdicionados. No entanto, o mesmo não pode ser dito em relação ao controle difuso de constitucionalidade. O parecer, neste sentido, sustenta uma extensão dos efeitos da decisão proferida sem que exista qualquer fundamento normativo para tanto. Além disso, o que é mais impressionante, o parecer dispensa completamente um dos requisitos que, segundo FERNANDES (2008, p. 1552), conferiria os almejados efeitos, qual seja, a Resolução Senatorial prevista no art. 52, X, da Constituição Federal.

O parecer pontua, ainda, que a cessação dos efeitos é imediata, autorizando tanto à Fazenda Nacional quanto ao contribuinte, cobrar ou deixarem de cobrar de acordo com a decisão proferida. Nessa parte, infelizmente, andou mal.

Atualmente, o novo Código de Processo Civil exige, expressamente, em seu artigo 505, I, que a parte interessada poderá pedir a revisão do que foi estatuído na sentença. Assim sendo, não tem autorização legal a Fazenda Nacional para, espontaneamente, realizar a cobrança sem antes promover a revisão do julgado, nos casos de controle concentrado, mediante *querela nullitatis*.

Além disso, a cobrança a eventualmente ser realizada pelo fisco somente pode ser realizada do momento da declaração de nulidade em diante, em atenção máxima às previsões do art. 156, X, do Código Tributário Nacional (que confere efeitos à coisa julgada tributária, como visto) e em atenção às regras de legalidade e irretroatividade previstas no art. 150, I e III, da Constituição Federal.

Além disso, conforme exposto no capítulo anterior, a coisa julgada em matéria tributária em favor do contribuinte vem reforçada pelo princípio da proteção da confiança e da boa-fé, diante da mudança de jurisprudências (DERZI, 2009, p. 546-554). Deve-se rememorar que o contribuinte, de boa-fé, possuía subjetivado em seu acervo jurídico decisão transitada em julgado, emanada por órgão judicial competente e no exercício pleno da jurisdição. Essa situação gera nele, confiança na declaração do poder público, passando a se guiar e planejar-se com base nessa manifestação legítima. Ao se permitir qualquer tipo de cobrança retroativa, estar-se-ia penalizando a parte mais fraca na relação (pois dela não emanou nenhuma lei, decisão ou ordem) pelo fato de ter confiado nos atos do poder público. Isso, conforme os ensinamentos de DERZI, é inadmissível. Dessa maneira, não se vislumbra, no caso, qualquer possibilidade de cobranças pretéritas.

Outro ponto polêmico, em relação à questão, diz respeito ao caso quando a sentença particular transitada em julgado declarou a inconstitucionalidade do tributo e decisão posterior, em controle concentrado, declara sua constitucionalidade, fato que atinge, diretamente, ao contribuinte em favor da Fazenda. Para diversos autores, a anulação dessa sentença implicaria em reinstituição de tributo o que somente poderia ocorrer pela edição de nova lei. Entendimento diverso, apontam, seria equivalente à repristinação, fenômeno inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

O pensamento parece, no entanto, não se sustentar. Isto porque, a declaração de inconstitucionalidade declara tão somente a nulidade da lei no sistema, determinando a impossibilidade de aplicação de seu comando pelo Poder Judiciário. Ou seja, afeta-se o plano da validade da lei, não de sua existência.

O julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, porém, não tem o condão de excluir lei do ordenamento jurídico. Isso compete só e tão somente ao Senado Federal, nos termos do tão mencionado art. 52, X, da Constituição Federal. Assim sendo, em que pese tenha ocorrido a declaração de inconstitucionalidade por juiz singular, com trânsito em julgado, isso não implicou em exclusão da lei do ordenamento. O que se reverte, dessa maneira, é a declaração de invalidade da norma o que não implica, em momento algum, em repristinação de lei.

Portanto, quando superveniente decisão, proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade, afirma a constitucionalidade da lei, não se verifica qualquer descumprimento ao art. 150, I, da Constituição Federal, como se a decisão estivesse instituindo nova lei. A lei, caso não excluída expressamente pelo Senado

Federal, continua existente no ordenamento. O que se reverteu no ordenamento foi sua invalidade, tão somente.

4.2.7. Ação Rescisória, a Súmula 343 do STF e o novo limite insculpido nos artigos 525, §15, e 535, §8º do CPC

Continuando a polêmica envolvendo a coisa julgada inconstitucional e sua pretensa aplicabilidade em matéria tributária, cumpre analisar, também, as hipóteses de rescindibilidade da coisa julgada em matéria tributária.

Afirma o art. 966, do Código de Processo Civil que:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestamente norma jurídica;

VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;

VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos (BRASIL, 2015)

Segundo THEODORO JUNIOR (2018, p. 871), a ação rescisória é o remédio previsto pelo ordenamento jurídico destinado a atacar uma decisão, já sob efeito da coisa julgada, que contenha um vício ou nulidade.

DIDIER JUNIOR E CUNHA (2016, p. 421-422) afirmam que a ação rescisória é a ação autônoma de impugnação que objetiva desconstituir a decisão judicial transitada em julgado dentro das hipóteses previstas no código de processo civil.

Como não é objeto deste trabalho analisar exaustivamente as causas de rescindibilidade, a análise será limitada ao inciso V, que é objeto de muita discussão no âmbito do Direito Tributário. O inciso V do art. 966 aponta a possibilidade de manejo da ação rescisória em caso de violação manifesta a norma jurídica. A expressão, extremamente vaga, carece de elucidação.

Para THEODORO JUNIOR (2018, p. 891), o legislador do Código de Processo Civil de 2015 prevê violação de norma jurídica quando a decisão ofender princípio jurídico, literal disposição de lei de forma frontal e evidente ou o entendimento dos Tribunais.

DIDIER JUNIOR e CUNHA (2016, p.488) pontuam que diferente do CPC de 1973, que afirmava violação literal de lei, o CPC de 2015 fala em norma jurídica que pode ser de qualquer natureza, desde que seja uma norma geral. Além disso, afirmam os autores que também a interpretação sem qualquer razoabilidade com o texto normativo ou sem coerência ou integridade ao ordenamento jurídico poderia ser impugnada com base neste dispositivo legal (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p.493).

Chega-se, desta maneira à questão da interpretação. Ocorre que, em razão da diversidade de interpretações que os mais diferentes órgãos do Poder Judiciário podem emanar, principalmente em um país que adota o controle misto de constitucionalidade, diversas ações rescisórias estavam sendo ajuizadas diante da fixação, pelos tribunais superiores, de entendimento pacífico a respeito de determinada norma (fechamento sistêmico).

O Supremo Tribunal Federal então, diante da situação, editou a súmula de nº 343, que em seu enunciado afirma: “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais” (BRASIL, 1963). Restava assim, devidamente afastada, a utilização da ação rescisória, na hipótese de violação expressa de lei, em casos de dissidência jurisprudencial.

No entanto, o entendimento do Supremo a respeito da aplicação da súmula começou a mudar. Em 2008, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 328.812 (BRASIL, 2008), o Pretório Excelso afirmou que a súmula nº 343 era inaplicável quando o texto controvertido nos tribunais fosse a Constituição Federal sob os argumento de que, em última *ratio*, cabe a ele a guarda da constituição, e de que a manutenção de decisões diferentes da proferida pela Egrégia Corte, em outras instâncias, configuraria uma afronta à força normativa da constituição e ao princípio da supremacia constitucional.

Além disso, também sobre o texto constitucional, foram firmadas as teses de não cabimento da rescisória quando a sentença estivesse de acordo com o posicionamento do STF à época em que foi proferida, mesmo diante de superação

posterior de precedente⁵⁹, e que a decisão proferida pelo Supremo não teria o condão de, automaticamente, reformar ou rescindir as decisões anteriores, devendo ser ajuizadas as respectivas ações rescisórias dentro do prazo legal, que iniciar-se-ia da data da decisão do STF⁶⁰.

Observe-se que o que o Supremo Tribunal Federal fez, jurisprudencialmente, foi esvaziar o instituto da coisa julgada em matéria constitucional.

Ocorre que, conforme ressaltado ainda na introdução deste trabalho, a matéria tributária foi campo predileto do Constituinte, fazendo com que diversas matérias tributárias sejam, também constitucionais. Com base, então, na súmula 343 e em sua interpretação determinada pela suprema corte, o fisco ajuizou diversas ações rescisórias de julgados que tinham sido revertidos naquele tribunal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Um agravante, porém, fazia parte das ações:

⁵⁹ AÇÃO RESCISÓRIA VERSUS UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. O Direito possui princípios, institutos, expressões e vocábulos com sentido próprio, não cabendo colar a sinonímia às expressões “ação rescisória” e “uniformização da jurisprudência”. AÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO. O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda. (BRASIL, 2014)

⁶⁰ Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMATIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES. INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO. 1. A sentença do Supremo Tribunal Federal que afirma a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo gera, no plano do ordenamento jurídico, a consequência (= eficácia normativa) de manter ou excluir a referida norma do sistema de direito. 2. Dessa sentença decorre também o efeito vinculante, consistente em atribuir ao julgado uma qualificada força impositiva e obrigatória em relação a supervenientes atos administrativos ou judiciais (= eficácia executiva ou instrumental), que, para viabilizar-se, tem como instrumento próprio, embora não único, o da reclamação prevista no art. 102, I, “I”, da Carta Constitucional. 3. A eficácia executiva, por decorrer da sentença (e não da vigência da norma examinada), tem como termo inicial a data da publicação do acórdão do Supremo no Diário Oficial (art. 28 da Lei 9.868/1999). É, conseqüentemente, eficácia que atinge atos administrativos e decisões judiciais supervenientes a essa publicação, não os pretéritos, ainda que formados com suporte em norma posteriormente declarada inconstitucional. 4. Afirma-se, portanto, como tese de repercussão geral que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado. 5. No caso, mais de dois anos se passaram entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto reconhecendo, incidentalmente, a constitucionalidade do artigo 9º da Medida Provisória 2.164-41 (que acrescentou o artigo 29-C na Lei 8.036/90) e a superveniente decisão do STF que, em controle concentrado, declarou a inconstitucionalidade daquele preceito normativo, a significar, portanto, que aquela sentença é insuscetível de rescisão. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2015)

a cobrança dos tributos não pagos que ainda estavam dentro do prazo decadencial/prescricional.

Essa prática se fundamenta, especificamente, no caráter da sentença da ação rescisória. Para THEODORO JUNIOR (2018, p. 933) a sentença que acolhe o pedido possui caráter constitutivo. A sentença que nega o pedido, por outro lado, possui caráter declaratório. DIDIER JUNIOR e CUNHA (2016, p. 422) afirmam, por sua vez, que o pedido e, por conseguinte, a sentença possuem sempre caráter desconstitutivo. O pedido de novo julgamento que terá caráter constitutivo, declaratório ou condenatório.

Assim sendo, uma vez julgada procedente a ação rescisória, ocorreria a rescisão da sentença desde a data de seu proferimento, com o subsequente rejuízo da causa, com o estabelecimento de outro comando decisório. Esta nova decisão, no entendimento do fisco, autorizaria a cobrança dos exercícios anteriores, dentro dos limites de prescrição/decadência.

Em relação a este tipo de prática, a doutrina tributária sempre levantou as máximas vozes, alegando no tocante à cobrança de créditos pretéritos, o efeito do art. 156, X, do Código Tributário Nacional, além das evidentes violações aos princípios da Legalidade, irretroatividade, proteção da confiança e boa-fé do contribuinte. É importante trazer aqui, novamente, o fato de que o contribuinte deixara de recolher os tributos e se planejou com base em manifestação oficial do Poder Judiciário, que, em sentença transitada que foi subjetivada em seu acervo jurídico, determinou os limites da relação jurídico tributária durante aquele período.

Fundamentou-se, assim, na confiança da manifestação e agiu de boa-fé durante todo o procedimento, principalmente neste caso em que não havia sequer pronunciamento anterior da Corte em favor do fisco. Assim, decisão completamente inovadora estaria penalizando o contribuinte pelas variações de entendimento jurisprudencial, o que é completamente inadmissível.

A discussão, agora, ganha um novo capítulo, desta vez positivado nos artigos 525, §§ 12 e 15, e 535, §§5º e 8º do Código de Processo Civil:

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

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

[...]

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

[...]

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

[...]

§ 5º Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

[...]

§ 8º Se a decisão referida no § 5º for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Pela leitura conjunta dos artigos, vê-se que o legislador do Código de Processo Civil acabou por positivizar exatamente o entendimento da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, como uma nova hipótese de ação rescisória, agora não mais calcada na interpretação meramente jurisprudencial que realizava.

Observa-se, então, a possibilidade de manejo de ação rescisória, pelo executado em cumprimento de sentença, quando a decisão transitada em julgado for em sentido diverso da interpretação do Supremo Tribunal Federal, mesmo que proferida anteriormente à fixação do precedente. Em sentido completamente distinto a todo o estudado, a redação do artigo também não difere do tipo de controle, podendo ser manejada a rescisória com base em decisão no modelo concentrado ou difuso.

É sem dúvidas, um completo esvaziamento do instituto, conforme as palavras de Sacha Calmon Navarro Coelho:

Ademais disso, a preponderar o pensamento contrário, teríamos a provisoriedade de todas as decisões definitivas sobre questão constitucional que não forem do STF, mesmo já passadas em julgado, formal e materialmente falando. Estaria instalado o caos jurídico, tão abominado pelo Direito, ofendendo-se os princípios da certeza e da segurança do direito revelado nas decisões judiciais. (COELHO, 2012, p. 755)

Conclusões Parciais

1. Os limites à Coisa Julgada podem ser de quatro espécies: objetivos, subjetivos, espaciais e temporais;
2. Os limites objetivos dizem respeito sobre o que recai a coisa julgada;
3. Excluem-se do manto da coisa julgada, por expressa determinação do CPC, os motivos, ainda que determinantes. Isso não implica, porém, que somente a parte dispositiva é abarcada pela coisa julgada. O conjunto indissociável de questões necessárias a resolução da lide também compõe a coisa julgada;
4. Os limites subjetivos são aqueles que dizem respeito a quem é vinculado pela coisa julgada;
5. Via de regra, são vinculados pela coisa julgada as partes participantes do processo. Existem, no entanto, hipóteses de expansão da coisa julgada a terceiros, como no caso do Ministério público ou em ações com efeitos erga omnes;
6. Os limites espaciais da coisa julgada são aqueles que versam o espaço de aplicabilidade da coisa julgada;
7. Via de regra, aplica-se a coisa julgada os mesmos limites da jurisdição. Há hipóteses, porém de aplicação para além dos limites territoriais, como no caso da coisa julgada internacional e da coisa julgada estrangeira;
8. Os limites temporais são os que dizem respeito a até quando a decisão é acobertada pela coisa julgada;
9. Via de regra, a coisa julgada permanece válida até que se alterem as situações fáticas ou jurídicas. Além disso, no caso de relação jurídica de trato continuado, a alteração das circunstâncias fáticas e jurídicas podem ocasionar a revisão do julgado;
10. Não se aplica à sentença de extinção por pagamento da execução fiscal, a coisa julgada material. Isso significa que a realização do pagamento pelo contribuinte não obsta posterior discussão do débito e repetição de indébito;
11. Há coisa julgada material nas sentenças de mandado de segurança desde que versem sobre o mérito da questão. Sentenças denegatórias que não atinjam o mérito não obstam ao contribuinte pleitear direitos pelos meios próprios;

- 12.** A razão declaratória em ações que não tenham esse caráter (anulatória, repetitória, e.g.) é abarcada pela coisa julgada desde que a declaração seja indissociável para o deslinde do pedido;
- 13.** O julgado, ainda que transitado em sentido oposto a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida anteriormente ao seu trânsito é inexecutível, nos termos do art. 525, §12, do CPC;
- 14.** No caso de coexistência de coisas julgadas versando sobre a mesma matéria, deve prevalecer aquela proferida pelo juízo prevento. O entendimento do STJ sobre a questão, dessa forma, encontra-se incompatível com o ordenamento jurídico;
- 15.** A súmula 239, do STF tem aplicabilidade restrita às ações que versem sobre lançamentos determinados no tempo. Ela não afeta os efeitos prospectivos das ações declaratórias e sentenças mandamentais com conteúdo declaratório;
- 16.** A coisa julgada inconstitucional não serve de fundamento para a anulação imediata e automática de julgados proferidos anteriormente, em sentido contrário, como determina o parecer PGFN nº 492/2011;
- 17.** Os artigos 525, §15 e 535, 8º trazem novas hipóteses de ajuizamento de ação rescisória, para além dos previstos no art. 966 do CPC. Eles positivam na ordem jurídica o expediente estabelecido pelo supremo, por meio da Súmula 343, de possibilidade de ajuizamento da rescisória em caso de inconstitucionalidade do julgado. A possibilidade agora abarca os controles concentrado e difuso de constitucionalidade.

CONCLUSÃO – O esvaziamento do instituto da coisa julgada

O instituto da coisa julgada encontra sua razão de ser dentro da lógica de segurança jurídica do sistema. Se presta a, diante do inevitável passar do tempo, preservar as relações jurídicas passadas para que, diante disso, possam os sujeitos de direito observar o futuro.

O raciocínio que foi desenvolvido neste trabalho buscou, primeiramente, vincular a coisa julgada à segurança jurídica e localizá-la dentro de uma função de fechamento sistêmico, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. Sendo o Direito um sistema fechado e autopoietico, devem existir elementos que garantam o fechamento e a solução definitiva dos conflitos. Essa, segundo verificou-se, é a função a coisa julgada. Após isso, passou-se a tratar sobre a aplicação e os limites do instituto, para verificar se, na aplicação, havia correspondência com a defendida função alegada.

Passo seguinte, questionou-se sobre a possibilidade de aplicação diferenciada em sentenças que versem sobre matéria tributária e viu-se que a norma da coisa julgada tem seu conteúdo preenchido por normas de direito material e processual. Assim sendo, à coisa julgada que verse sobre matéria tributária, é garantida uma proteção adicional, fruto de disposições do Código Tributário Nacional e de princípios constitucionais que regem a matéria.

No entanto, o que se observou, ao fim do trabalho é que a segurança jurídica, nas últimas décadas, em razão da compreensão, cada vez mais constante, de que sua existência e dos institutos destinados à sua promoção (cite-se ainda, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido), tem sido um obstáculo à promoção da justiça (ainda que não se consiga definir qual o seu critério ideal), ocasionando cada vez mais sua relativização e afastamento.

Nesse cenário, muito destaque ganha a posição que o Poder Judiciário tem tomado frente a esse processo de afastamento da segurança jurídica. Ao que parece, a máxima “não há segurança jurídica sem justiça” parece dominar os bastidores dos Tribunais Superiores. Em que pese a discordância quase integral com THEODORO JUNIOR e FARIA (p. 117-120), a respeito da denominada coisa julgada inconstitucional, uma constatação que realizam soa importantíssima: está em curso, sem dúvidas, a perversão do Estado de Direito em Estado Judicial, ou seja, com a

fixação do posicionamento de superioridade do Poder Judiciário e de seus posicionamentos e interpretações diante dos demais poderes e dos cidadãos. O Poder Judiciário, nesse sentido, acaba se posicionando acima da lei.

A conclusão a que se chega, ao término do estudo acerca da coisa julgada, como anunciamos no título dessa conclusão, é de um completo esvaziamento do instituto, que submete os jurisdicionados cada vez mais aos cambiantes conceitos de justiça do Poder Judiciário. Tudo isso, ao que parece, em razão de uma aparente incapacidade do Judiciário de arcar com as responsabilidades dos atos emanados por seus membros. Uma declaração, em erro, de uma inconstitucionalidade (ou constitucionalidade), pode gerar efeitos gravíssimos aos particulares. Dessa maneira, soa mais fácil cambiar todos os julgados, a cada alteração jurisprudencial sobre o assunto do que responsabilizar-se pelos danos causados. Essa parece ser a solução que tem sido encontrada.

Ressalte-se que, com essas palavras não se busca, aqui, incitar qualquer despreço ou ódio ao Poder Judiciário. Ao contrário, ao pleitear sua organização e a adoção de uma postura mais condizente com sua função, assumindo, inclusive, suas responsabilidades perante os jurisdicionados, o que se busca é o seu fortalecimento diante das demais instituições democráticas.

O objetivo inicial deste trabalho era, talvez, encerrar com conclusões mais animadoras, elucidando os caminhos necessários para valorização da segurança jurídica. Finaliza-se, entretanto, com um sinal de alerta, sobre os movimentos que estão se desencadeando e suas consequências. Espera-se que, de sua leitura, reste a certeza de que não é exterminando a segurança jurídica que se promoverá a justiça.

Ao contrário, em que pese a existência de graves desigualdades e injustiças a permear cada vez mais um mundo extremamente complexo e fluido (BAUMAN, 2001), a ideia de justiça, qualquer que seja ela, somente poderá ser promovida em um ambiente de segurança aos indivíduos, para que possam usufruir plenamente de sua condição de cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tiago Flecha. *Coisa Jugada. Uma releitura de sua função e do valor que orienta no processo, pela perspectiva das teorias dos sistemas e da confiança de NIKLAS LUHMANN*. 2014. 128 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) – Faculdade de direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2014.

ÀVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 1. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: Entre a Ciência do Direito e o Direito da Ciência. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. nº 17, jan/fev/mar. Salvador: 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Contramajoritário, representativo e iluminista. Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas*. In: *Revista Direito & Praxis*. Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em: < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806> >. Acesso: 22 jan. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzien. 1. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo Líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, José Souto Maior. *Limites constitucionais e infraconstitucionais da coisa julgada tributária*. In: *Revista dos Tribunais: Cadernos Tributários* nº 27, abril/junho. 1999.

BRASIL. Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Parecer nº 492 de 2011. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/atos-da-pgfn-1/pareceres-da-pgfn-aprovados-pelo-ministro-da-fazenda/2011/PARECER%20CRJ%20492-2011.pdf/view>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. *A nova lei do mandado de segurança*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1942.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 12.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. P. 51.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da Administração Pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Nº 45. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1281015901.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2020.

DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 28. Ed. De acordo com a nova reforma ortográfica da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 77-121

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25.ed. São Paulo: Atlas, 2012

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 1. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 19. Ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 2. Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Tutela Provisória. 10. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 3. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 13. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume 5. Execução. 7. Ed. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 33-76

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. 1.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOBBSAWM, Eric. J. A era das revoluções. 1789-1848. 1. Ed. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>>. Acesso em 22 jan. 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Linkletter v. Walker*, 381 U.S. 618 (1965). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/618/>>. Acesso em 23 jan. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. Técnica, decisão, dominação. 6. Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FRIEDMAN, Barry. *The will of the people*. How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. 1.ed. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010.

GUASTINI, Ricardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. 1. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Versão condensada pelo próprio autor. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira (org.). *Coisa Julgada: de Chiovenda a Fazzalari*. 1.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros escritos sobre a Coisa Julgada*. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. 1. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. 1. Ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LUHMANN, Niklas. Law as a social System. *Northwestern University Law Review*. Vol 83, nº 136. Evanston: Northwestern University, 1989.

MACHADO, Hugo de Brito. Aspectos da coisa julgada em questões tributárias. In: *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 111, p. 347-366, jul./set. 1991. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175865> >. Acesso em 25 jan. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Volume 1. Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Volume 2. Tutela dos direitos mediante procedimento comum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015b.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro administrativo e judicial*. Atualizado de acordo com o Novo Regimento Interno do Carf e com o Novo Código de Processo Civil. 9.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MOREIRA, André Mendes. RIBEIRO, Jamir Calili. Metodologia do Direito Tributário e o modo de raciocinar por tipos e por conceitos. IN: COELHO, Sacha Calmon Navarro (coord.). *Segurança Jurídica. Irretroatividade das decisões judiciais prejudiciais aos contribuintes*. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NASCIMENTO, Carlos Valder. Coisa Julgada inconstitucional. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 01-31

NEVES, Daniel. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume único. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Márcio Luís. *A constituição juridicamente adequada*. Transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. 1.ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

QUINTELA, Guilherme Camargos. *Segurança Jurídica e proteção da confiança*. A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício da inconstitucionalidade. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. 2. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. P. 165-191.

SANDEL, Michael J. *Justiça*. O que é fazer a coisa certa. Trad. Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 13. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SHAPIRO, Scott J. *Legality*. 1. Ed. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA JUNIOR, Antônio Carlos Ferreira. *A cessação dos efeitos da coisa julgada nas relações tributárias continuativas em face de superveniente decisão do STF*. 2011. 148 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Universidade Católica de Pernambuco, 2011.

STUMPF, Livia Troglio. *Coisa julgada tributária e controle de constitucionalidade*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: *University of Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper*. Nº. 28. jul. 2002. Disponível em: < https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/ > Acesso em: 24 jan. 2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto. FARIA, Juliana Cordeiro. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.). *Coisa julgada inconstitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 123-170.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Volume I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, HUMBERTO. *Curso de Direito Processual Civil*. Volume III. 51. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEGISLAÇÃO

BRASIL. Decreto-lei nº 4657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1942, p. 01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em 21 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.869 de 17 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil de 1973. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1973, p. 01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em 31 jan.2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988a. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988, p. 01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em 31 jan. 2020

BRASIL. Lei nº 7.689 de 15 de dezembro de 1988b. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1988, p. 24541. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7689.htm>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999. *Diário Oficial da União*. Brasília, 1999, p. 01. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.016 de 07 de agosto de 2009a. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2009, p. 02. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a. Código de Processo Civil de 2015. *Diário Oficial da União*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 19 jan. 2020.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 11.227. Relator Ministro Castro Nunes. Rio de Janeiro, 10 fev. 1945. *Coleção de Leis do Brasil*, p. 143. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 343. Brasília, 1964, p. 150. *Imprensa Nacional*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 239. Brasília, 1964, p. 114. *Imprensa Nacional*. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 146.733. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 06. nov. 1992. *Diário da Justiça*. P. 20110. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1534598>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 150.764. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 02 abr. 1993. *Diário da Justiça*. P. 5623. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1540938>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02. Relator Min. Paulo Brossard. Brasília, 21 nov. 1997, p; 60585. *Diário da Justiça*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1480183>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 240.712. Relator Ministro José Delgado. Brasília, 24 abr. 2000. *Diário da Justiça*, p. 38. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 33. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 27 out. 2006a. *Diário da Justiça*, p. 31. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2030720>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 400.104. Relator Ministro Paulo Medina. Brasília, 09 jun. 2006b. *Diário da Justiça*, p. 313. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 15. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 30 ago. 2007. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1483376>>. Acesso em: 25 fev. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 328.812. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 30 abr. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1978185>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 643.998. Relator Des. Celso Limongi. Brasília, 15 dez. 2009b. *Diário da Justiça eletrônico*. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 598.148. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 25 ago. 2009c. *Diário da Justiça eletrônico*. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.155.793. Relator Ministra Isabel Gallotti. Brasília, 11 out. 2013. *Diário da Justiça eletrônico*. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 590.809. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 21 nov. 2014. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2630912>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 730.462. Relator Ministro Teori Zavascki. Brasília, 08 set. 2015. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4353441>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.524.123. Relator Ministro Herman Benjamin. Brasília, 30 jun. 2015b. *Diário da Justiça eletrônico*. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>> Acesso em: 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 949.297. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 12 mai. 2016a. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4930112>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 955.227. Relator Ministro Roberto Barroso. Brasília, 26 abr. 2016b. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4945134>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2859. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 20 out. 2016c. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2106858>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.697. Relator Ministro Edson Fachin. Brasília, 30 mar. 2017a. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4177264>>. Acesso em: 04 fev. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 651.703. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília, 25 abr. 2017b. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4117105>>. Acesso em 31 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 838.284. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 22 set. 2017c. *Diário da Justiça Eletrônico*. Disponível

em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637342>>. Acesso em 04 fev. 2020.