



**Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS**

GABRIEL RHUDÁ DE SÁ E SILVA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PELA
SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DE TRIBUTO ANTES INCONSTITUCIONAL**

Brasília
2016

GABRIEL RHUDÁ DE SÁ E SILVA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PELA
SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DE TRIBUTO ANTES INCONSTITUCIONAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília como
requisito para conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof. MSc. João Ferreira
Braga.

Brasília
2016

GABRIEL RHUDÁ DE SÁ E SILVA

**A RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA PELA
SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE
DE TRIBUTO ANTES INCONSTITUCIONAL**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília como
requisito para conclusão do Curso de
Direito.

Orientador: Prof. MSc. João Ferreira
Braga.

Brasília, ___ de setembro de 2016.

Banca Examinadora

RESUMO

Por meio da pesquisa bibliográfica, tem-se como objetivo geral demonstrar as garantias constitucionais que devem prevalecer na coisa julgada formada no âmbito do controle difuso confrontada com a decisão proferida em controle concentrado, abstrato e com efeitos *erga omnes*. No primeiro capítulo, serão abordados conceito e efeitos da coisa julgada, de modo a viabilizar a compreensão desse instituto. No capítulo seguinte, será apresentada a tutela jurisdicional constitucional, importante para que se entenda de que forma se dão os pronunciamentos judiciais na seara constitucional e também de que forma são julgados esses conflitos. Já no último, será apresentada a problemática, consubstanciada pelo conteúdo introdutório com o objetivo de identificar qual será a melhor solução para esse conflito. A relativização da coisa julgada mostra-se, no caso, legítima e necessária, uma vez que sua manutenção causaria violação, com efeitos mais perversos, aos direitos e garantias constitucionais da isonomia, livre-concorrência e capacidade contributiva.

Palavras chave: Direito Constitucional. Processual Civil. Coisa Julgada. Jurisdição Constitucional. Contraposição. Princípios. Garantias e Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 A COISA JULGADA	8
2.1 A introdução conceitual	8
2.2 Os efeitos e os limites da coisa julgada	17
2.3 A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica	20
3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL	24
3.1 O Controle de Constitucionalidade	24
3.2 Os conflitos entre direitos fundamentais	29
4 A COISA JULGADA E A SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL (iniciar na próxima página)	34
4.1 Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade	34
4.2 A Segurança Jurídica em face de outros princípios igualmente garantidos	38
4.3 A Coisa Julgada: Núcleo do Conflito Constitucional	42
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	47

INTRODUÇÃO

Muitas vezes o contribuinte vê-se obrigado a recorrer ao Judiciário, detentor do poder de dizer o direito, para ter resguardados seus direitos, especialmente aqueles constitucionalmente garantidos. O Estado-Juiz, detentor da tutela jurisdicional, ao julgar um processo, pacifica um conflito social e sobre essa pacificação deve recair a segurança jurídica, individualmente garantida, como meio de respeito à autoridade das decisões.

A coisa julgada aparece, portanto, como instrumento de garantia dessa segurança jurídica e a sua relativização deve se ater a fatos excepcionalíssimos e que exijam relevante interesse público capaz de justificá-la.

A Constituição prevê de forma esparsa direitos e garantias individuais e coletivos. De um lado, tem-se a coisa julgada como direito do indivíduo, mas dotada de relevante interesse social por ter a finalidade de pacificar e solucionar conflitos, bem como está associada, no caso a ser tratado, ao princípio da irretroatividade da lei tributária. Por outro lado, há o interesse público de atribuir tratamento tributário equivalente aos agentes privados, buscando a manutenção de um ambiente concorrencialmente saudável, tudo relacionado ao princípio maior da isonomia de tratamentos.

O presente estudo mostra-se relevante por abordar questão tributária que envolve julgamentos constitucionais, em momentos distintos, que versam sobre o mesmo direito. Trata-se, assim, de períodos e espécies de tributos de grande arrecadação, a significar expressivo impacto ao jurisdicionado, em caso de perda de direitos outrora tão duramente reconhecidos pelo próprio Estado. Aliás, há de se destacar o reconhecimento de repercussão geral nos Recursos Extraordinários 949.297, 955.227 e 730.462, que tratam justamente do tema abordado no presente estudo.

Quem tiver acesso a esta pesquisa compreenderá, não exaustivamente, a relevância do instituto da coisa julgada, bem como poderá

entender de que forma se realiza a jurisdição constitucional, permitindo, por fim, a compreensão de todo o processo de tomada de decisão pela Corte Constitucional brasileira acerca do tema, a viabilizar juízo crítico com maior propriedade.

A escolha do tema deve-se à identificação com o assunto proposto, bem como com o Direito Tributário e Processual Civil no âmbito Constitucional. É um tema que transparece sua importância por trazer questões multidisciplinares e que envolvem a mais alta Corte Judiciária, bem como se relacionam a princípios constitucionais, garantias máximas em nosso ordenamento jurídico.

Há valor deste para a sociedade, uma vez que se relaciona a questões tributárias de grande porte econômico, que, de um lado, garantem a um contribuinte sua não sujeição ao recolhimento de determinado tributo, num país onde a carga tributária mostra-se intensa, e, de outro, podem confrontar os princípios da livre concorrência através de ato do próprio Estado, a quem incumbe o dever de garantir tal ambiente concorrencial pleno.

Pretende-se responder à indagação problemática: os contribuintes beneficiários de decisões transitadas em julgado podem deixar de fazer jus à coisa julgada individual em razão de posterior pronunciamento constitucional em sentido contrário e com efeitos *erga omnes*?

A hipótese para a dúvida acima pode ser assim compreendida: a coisa julgada individualizada, como um critério de isonomia, a ser alcançado por meio de diversas outras garantias constitucionais, somente deve ser relativizada em prol de um interesse público maior, tão relevante a ponto de se mostrar mais importante do que a segurança jurídica, princípio este de tamanha e secular preocupação.

A pesquisa se realizará de forma bibliográfica e tem por objetivo geral demonstrar as garantias constitucionais que devem prevalecer na coisa julgada formada no âmbito do controle difuso confrontada com a

decisão proferida em controle concentrado, abstrato e com efeitos *erga omnes*.

No primeiro capítulo, serão abordados os conceito e efeitos da coisa julgada, de modo a viabilizar a compreensão desse instituto. No capítulo seguinte, será apresentada a tutela jurisdicional constitucional, importante para que se entenda de que forma se dão os pronunciamentos judiciais na seara constitucional e também de que forma são julgados esses conflitos. Por fim, será apresentada a problemática, consubstanciada pelo conteúdo introdutório com o objetivo de identificar qual será a melhor solução para esse conflito.

2 A COISA JULGADA

Neste capítulo, serão abordados conceitos e características da coisa julgada, de modo a possibilitar a compreensão de suas particularidades, bem como da sua relação com o princípio da segurança jurídica.

2.1 A introdução conceitual

O instituto da coisa julgada, presente no ordenamento jurídico brasileiro, tem por finalidade garantir a segurança jurídica, de modo a preservar a imutabilidade das decisões, contra as quais não são mais cabíveis recursos, e o seu consequente cumprimento. É, então, a garantia de força e efetividade da prestação jurisdicional do Estado, de modo a alcançar a estabilização e pacificação dos conflitos.

A *res judicata* existirá, em regra, após um julgamento de mérito, de forma a ser o principal requisito para a existência da ação rescisória. Até porque essa se presta justamente a relativizar o que, a princípio, seria imutável, a coisa julgada.

A coisa julgada tem tratamento constitucional e legal, tamanha sua importância.

Na Constituição Federal de 1988, a coisa julgada está garantida no artigo 5º, inciso XXXVI¹, como direito fundamental do indivíduo de que a lei não prejudicará a coisa julgada.

Em questão infraconstitucional, está prevista na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), em seu artigo 6º, § 3º, no qual diz “chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso”.

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

A lei não pode prejudicar a coisa julgada, entendida esta como decisão passada em julgado, contra a qual não for mais possível a interposição de recurso. Ou seja, a lei não pode atingir um provimento jurisdicional estabilizado. A recíproca, no entanto, não é verdadeira.

Ainda na seara legislativa, há a previsão no próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 502, que assim dispõe: “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

O § 4º do artigo 337 do mesmo diploma legal completa: “há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado”.

Da legislação, pode-se concluir que a coisa julgada alcança qualquer decisão de mérito, não limitada à sentença. No campo da doutrina, tem-se o que se segue.

Humberto Theodoro Júnior² entende que a coisa julgada é uma qualidade da sentença representada por sua imutabilidade. Afirma ainda que a preclusão – impossibilidade de interposição de novos recursos – seria um requisito para que a decisão alcançasse a qualidade de coisa julgada; antes disso, não passaria de uma situação jurídica.

Para Vicente Greco Filho³, a coisa julgada seria a imutabilidade dos efeitos da sentença ou da própria sentença, em razão de estar esgotada toda a via recursal cabível.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 54.

³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 246-247.

Acerca da coisa julgada, esclarecedoras são as considerações formuladas por Ada Pellegrini Grinover⁴:

a sentença não mais suscetível de reforma por meio de recursos transita em julgado, tornando-se imutável dentro do processo. Configura-se a coisa julgada formal, pela qual a sentença, como ato daquele processo, não poderá ser reexaminada. É sua imutabilidade como ato processual, provindo da preclusão das impugnações e dos recursos. A coisa julgada formal representa a preclusão máxima, ou seja, a extinção do direito ao processo (àquele processo, o qual se extingue).

Para Bermudes⁵, a *res judicata* está diretamente ligada à preclusão temporal para a prática de ato de recurso. Esclarece, antes, tratar-se de coisa julgada formal. Para ele, a coisa julgada formal assemelha-se à preclusão. Diferentemente do que entende Theodoro Júnior, Bermudes divisa a coisa julgada como efeito do ato decisório, a torna-lo imutável dentro do processo em que proferido.

Embora tenha escrito sua obra sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Bermudes já entendia não ser a coisa julgada fenômeno exclusivo da sentença. Citem-se suas palavras⁶: “a coisa julga formal não é fenômeno típico das sentenças, mas de quaisquer atos decisórios, a menos que a lei os exclua da incidência desse fenômeno.” E exemplifica:

o despacho de deferimento da inicial, por exemplo, não preclui, tanto assim que, havendo proferido aquele ato, pode o juiz voltar atrás e indeferi-la, como mostra o art. 301, III, [do CPC/1973] que permite ao réu alegar, na contestação, a inépcia daquela petição, causa do seu indeferimento (art. 295, I).

Da leitura das passagens acima transcritas, é possível concluir ser a preclusão temporal ou a impossibilidade de interposição de novo recurso uma condição para a imutabilidade da decisão dentro do processo em que ela foi proferida.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 305.

⁵ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 196.

⁶ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 197.

Essa imutabilidade seria objetiva, ou formal. Isso porque há, nas hipóteses legalmente previstas, a possibilidade de modificar excepcionalmente a decisão “imutável”, e ainda rejulgar a questão de mérito, por meio de procedimento autônomo, a exemplo da ação rescisória ou da ação anulatória, o que será visto mais adiante.

A posição de Bermudes parece se encaixar melhor na mais recente lógica processual adotada no Brasil, ao considerar a coisa julgada um efeito da decisão de mérito insuscetível de reanálise dentro do mesmo corpo processual.

Numa perspectiva legislativa, importante citar a Seção V do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe especificamente sobre a coisa julgada:

art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depende o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;

III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

§ 2º A hipótese do § 1º não se aplica se no processo houver restrições probatórias ou limitações à cognição que impeçam o aprofundamento da análise da questão prejudicial.

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.

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.

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

Art. 507. É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão.

Art. 508. Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.

Dos artigos citados, é possível concluir o seguinte: i) a coisa julgada decorrerá em qualquer decisão de mérito não mais sujeita a recurso; ii) poderá existir coisa julgada sobre questões prejudiciais de mérito, desde que decididas por juiz competente para julgar a questão como se principal fosse e desde que tenha ocorrido efetivo contraditório; iii) os motivos da decisão e a verdade dos fatos não se tornam imutáveis com o fim da lide, enquanto coisa julgada formal; iv) nas relações continuadas, ou de trato continuado, a modificação dos fatos ou da legislação na qual se fundamentou a decisão permite nova decisão de mérito; v) os efeitos da coisa julgada estão adstritos às partes integrantes da lide processual, à exceção dos casos de dissolução parcial de sociedade empresária, nos quais a pessoa jurídica apesar de não integrar a demanda sofrerá seus efeitos desde que ocorra a citação de seus sócios; e vi) o trânsito em julgado da decisão de mérito extingue a possibilidade de dedução de novos argumentos acerca da mesma matéria de direito já decidida, ainda que sob outros fundamentos.

A coisa julgada não está ligada pura e simplesmente a uma decisão de mérito, mas também à sua definitividade. Exemplo disso é a execução provisória do julgado. Aqui, ainda que haja decisão de mérito exequível, não é definitiva, porquanto sujeita está à possibilidade de modificação posterior, por isso provisória. Com isso, não é possível afirmar ter-se operado a coisa julgada sobre tal decisão.

Portanto, a coisa julgada depende de julgamento de mérito e de estabilidade, definitividade, imutabilidade.

Importante deixar claro que não se faz necessário aguardar o trânsito em julgado da ação quanto a todas as questões discutidas, pois a coisa julgada não depende necessariamente do fim da ação para existir.

O julgamento parcial de mérito foi uma inovação trazida pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação ao Código de Processo Civil de 1973 que reflete diretamente na admissibilidade da ação rescisória, uma vez que deixa de existir a ideia da coisa julgada *una*. Ou seja, torna-se cindível, a demanda judicial poderá alcançar a coisa julgada em mais de um momento processual.

O parágrafo 3º do art. 356 do Código de Processo Civil de 2015⁷ prevê justamente a execução definitiva desse julgamento parcial, quando ocorrer o trânsito em julgado nessa parte, sem prejuízo do prosseguimento da ação quanto aos demais pedidos. Veja-se o que dispõe o texto legal:

art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles:

I - mostrar-se incontroverso;

II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

§ 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida.

§ 2º A parte poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra esse interposto.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

§ 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz.

§ 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

⁷ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

Forçoso lembrar o que rege o parágrafo 3º do artigo 966 do Código de Processo Civil de 2015⁸, inovação trazida por esse código em relação ao anterior, que apresenta a seguinte redação: “A ação rescisória pode ter por objeto apenas 1 (um) capítulo da decisão”.

Desse contexto legislativo, vislumbra-se a possibilidade de formação da coisa julgada em momentos distintos e por capítulos, a serem impugnáveis de forma autônoma, independente.

Sobre tal aspecto, citem-se as ponderações de Humberto Theodoro Júnior⁹:

o novo Código repudia a tese da indivisibilidade do objeto litigioso, que segundo seus defensores exigiria um único julgamento de mérito em cada processo e, conseqüentemente, atingiria a coisa julgada numa única oportunidade. Prevê, pelo contrário, expressamente, a possibilidade de fracionamento do objeto do processo, regulando no art. 356 as condições para que um ou mais pedidos, ou uma parcela de pedidos, sejam solucionados separadamente.

O magistrado, ao proferir decisão parcial de mérito, concederá prazo para que o sucumbente apresente embargos de declaração¹⁰, em 5 (cinco) dias, ou recurso de agravo de instrumento¹¹, em 15 (quinze) dias. O transcurso desses prazos, sem o oferecimento da competente impugnação, gera a preclusão, que, por sua vez, lança àquela decisão a qualidade de coisa julgada sobre a matéria ali decida.

Não obstante isso, a processabilidade da ação não está prejudicada, pelo contrário, pois a lide está parcialmente resolvida. Assim, ainda que a demanda alce aos tribunais superiores em razão da interposição de algum recurso, parte dela não pode mais ser objeto de discussão, pois

⁸ BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 823.

¹⁰ Artigos 994, IV; 1.022 e 1.023, todos do CPC/15.

¹¹ Artigos 356, § 5º; 994, II; 1.003, § 5º; 1.015, II; e 1.070, todos do CPC/15.

precluso¹² o direito da parte de discutir aquela matéria, alcançada pela coisa julgada.

Vislumbra-se cristalina a ideia de coisa julgada fracionada.

Outro aspecto processual relevante, presente no inc. IV do art. 963 do Código de Processo Civil de 2015, é de que a sentença estrangeira apenas será homologada no Brasil se não ofender coisa julgada brasileira.

Um último ponto a ser abordado nesse tópico diz respeito ao duplo aspecto da coisa julgada, quais sejam o formal e o material, já citados ao longo do presente trabalho.

A coisa julgada formal, como a própria denominação sugere, trata de aspecto formal (formalidade). Diz respeito à situação processual. É aquela ligada à preclusão temporal. Pode-se afirmar que a coisa julgada formal é absoluta dentro dos autos em que surgiu; porém, passível de ser rediscutida em outro processo¹³.

De outro lado, a característica primordial da coisa julgada material é a impossibilidade de se rediscutir o mérito ali posto, seja nos próprios autos, seja na via autônoma da ação rescisória, desde que decorrido o prazo para o respectivo ajuizamento.

Bermudes¹⁴ estabelece o seguinte paralelo:

o art. 473 do Código de Processo Civil [de 1973] refere-se à coisa julgada formal, tornando defeso à parte discutir, no processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Transitadas em julgado as decisões dessas questões, nenhum órgão judicial poderá reexaminá-las. Por isso, a lei proíbe a parte de discuti-las.

¹² Artigo 507 do CPC/15: “É vedado à parte discutir no curso do processo as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão”.

¹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 54.

¹⁴ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 198-199.

Se a sentença de mérito, [...], preclui, fazendo coisa julgada formal, ela produz eficácia geradora de outro e importantíssimo fenômeno: a coisa julgada material, que é a coisa julgada propriamente dita, só ela capaz de compor, definitivamente, o conflito, prevenindo a lide iminente ou solucionando a lide ocorrente, e, assim, restituindo a paz ao grupo social.

A coisa julgada material é extravasante: não se limita ao processo, no qual se proferiu a sentença, mas impede a jurisdição de qualquer outro órgão, de qualquer grau, em qualquer outro processo.

A coisa julgada atribui à sentença força de lei (CPC [1973], art. 468), como se o Estado houvesse editado uma norma, especificamente formulada para prevenir ou fazer cessar o conflito, que lhe foi submetido através da ação.

Aludido autor refere-se ainda à teoria da vontade estatal, a qual explica ser interesse do Estado que, a partir de determinado momento, cesse o contraditório, a qualquer custo, pela necessidade de composição da lide.

Para Bermudes, a preclusão da decisão alcançada pela coisa julgada formal levaria a efeito a coisa julgada material.

É a preclusão da preclusão. Uma decisão de mérito, transitada em julgado, alcança os efeitos da coisa julgada material com o transcurso do prazo para sua rescindibilidade. Aqui, já não é mais possível rever o que restou fixado na decisão, ainda que haja algum daqueles defeitos relacionados como hipóteses de cabimento da ação rescisória (art. 966 do Código de Processo Civil de 2015).

Câmara¹⁵ tem a seguinte concepção:

basta recordar que o provimento judicial, uma vez tonado irreversível, torna-se também imutável. E, por ser imutável, é o provimento também indiscutível (afinal, não haveria qualquer utilidade em discutir aquilo que não se pode mudar). Sendo o provimento de *meritis*, contém ele a resolução do objeto do processo. Nesse caso, ao se tornar imutável o provimento, também seu conteúdo torna-se imutável. Enquanto a imutabilidade do provimento judicial se chama coisa julgada formal, a imutabilidade de seu conteúdo (isto é, do ato judicial que resolve o mérito da causa) chama-se coisa julgada material.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48-49.

O autor bem ponderou ser a imutabilidade do conteúdo a característica da coisa julgada material; ainda que decorra de questão processual, é a impossibilidade de qualquer via procedimental alcançar o conteúdo daquela decisão passada em julgado.

2.2 Os efeitos e os limites da coisa julgada

Uma vez compreendidos os conceitos doutrinários e as disposições normativas da coisa julgada, faz-se necessário discorrer melhor sobre os efeitos produzidos no mundo jurídico pelo instituto e os limites aos quais ele está adstrito, visto que não é capaz de alcançar a decisão como um todo.

Dois efeitos decorrem da situação jurídica imutável e indiscutível da coisa julgada, o positivo e o negativo. Ao obstar o magistrado de reexaminar ou rejulgar a matéria, seja no mesmo processo ou em nova demanda, a coisa julgada exerce sua força normativa (positiva). Nesse caso, caberá ao julgador apenas tornar a matéria indiscutível. De outro lado, por vincular definitivamente as partes, a coisa julgada atua de forma proibitiva (negativa) ao não permitir que as partes proponham nova ação idêntica àquela já decidida.¹⁶

Vicente Greco Filho¹⁷ acrescenta ser o efeito negativo da coisa julgada aquele com vista a obstar a rediscussão daquilo que ficou assentado no dispositivo da sentença em face das mesmas partes, “qualquer que seja a ação futura”.

Nesse sentido, pode-se concluir que a imutabilidade estaria adstrita aos efeitos e ao dispositivo da decisão, com o objetivo de estabilizar o conflito.

¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 55.

¹⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 259-260.

Como visto anteriormente, a coisa julgada não se restringe apenas à sentença, mas alcança qualquer decisão de mérito. À título ilustrativo, no entanto, ao abordar os limites da *res judicata*, faremos referência à sentença e aos seus elementos. Nesse sentido, tem-se que a sentença é composta de três partes: relatório, motivação e dispositivo. A coisa julgada está intrinsecamente ligada à parte dispositiva da sentença, ou seja, à parte na qual a decisão é efetivamente tomada. O Código de Processo Civil de 2015, da mesma forma que o Código anterior, expressamente determina que (i) os motivos e (ii) a verdade dos fatos estão fora do alcance da coisa julgada.

No que diz respeito aos motivos, Humberto Theodoro Júnior entende¹⁸:

os motivos, ainda que relevantes para fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico de elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem do manto da intangibilidade que é próprio da *res indicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta.

O magistrado ao decidir uma demanda faz uso de duas atividades, a cognitiva e a decisória. A primeira se refere à análise no plano lógico de tudo aquilo que deve ser considerado na conclusão do processo. Já a segunda, diz respeito à declaração de deferimento ou indeferimento do pedido postulado pela parte autora. É nesse segundo exercício que reside a autoridade da coisa julgada.¹⁹

Nesse ponto, importante ressaltar que na hipótese de os fundamentos serem tão substanciais, a ponto de sua eventual abstração

¹⁸ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 55.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 570.

ensejar em uma mudança de julgamento, eles serão praticamente considerados parte dispositiva da sentença.²⁰

No que tange à verdade dos fatos, essa também decorre do fato de que apenas a conclusão da sentença transita em julgado. De acordo com Humberto Theodoro Júnior, isso ocorre, pois “um fato tido como verdadeiro em um processo pode muito bem ter sua inverdade demonstrada em outro, sem que a tanto obste a coisa julgada estabelecida na primeira relação processual.”²¹

O Código de Processo Civil de 2015, apesar de ter mantido as limitações acima delineadas, inovou ao ressaltar algumas hipóteses nas quais as questões prejudiciais, decididas expressa e incidentalmente, poderiam ser abarcadas pela coisa julgada.

Sobre esse tema, cabe primeiro clarificar que questões prejudiciais se relacionam com fatos anteriores à lide, os quais não se comunicam diretamente com a demanda em questão, mas que vão influir sobre esta. Nesse sentido, tais questões prejudiciais poderiam ser objeto de um processo autônomo.

Nos termos do artigo 503 do Código de Processo Civil de 2015, os requisitos para que a *res judicata* alcance questões prejudiciais são: a dependência do julgamento da prejudicial para que se possa decidir o mérito, o respeito ao contraditório efetivo (não se aplica em caso de revelia) e a competência do juiz para decidi-la como questão principal.

Todas as limitações acima delineadas, dizem respeito ao alcance objetivo da coisa julgada. No que se refere aos limites subjetivos,

²⁰ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 570.

²¹ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 53. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 572.

tem-se que a coisa julgada alcançará as partes do processo, não produzindo efeitos em prejuízo de terceiros.

O parágrafo único do art. 601 do Código de Processo Civil de 2015, no entanto, traz uma exceção ao regramento sobre os efeitos da coisa julgada operar apenas contra aqueles que integraram a lide. Veja-se:

art. 601. Os sócios e a sociedade serão citados para, no prazo de 15 (quinze) dias, concordar com o pedido ou apresentar contestação.

Parágrafo único. A sociedade não será citada se todos os seus sócios o forem, mas ficará sujeita aos efeitos da decisão e à coisa julgada.

Verifica-se do dispositivo acima transcrito a possibilidade de os efeitos da coisa julgada se operarem contra pessoa jurídica não integrante da lide processual. Todavia, vale ressaltar que a hipótese está prevista para o caso de dissolução parcial de sociedade empresária e tem por requisito a citação de todos os sócios.

Aqui, a dispensa da intimação da pessoa jurídica se justifica, uma vez que todos os seus proprietários estão cientes e participam ativamente da lide. Não há que se falar, portanto, em desconhecimento da demanda pela parte que, apesar de não integrar a lide, também sofrerá com os efeitos da decisão. Ou seja, não se trata de prejuízo, trata-se de economia processual.

2.3 A coisa julgada e o princípio da segurança jurídica

Enfrentadas as questões centrais relativas ao estudo da coisa julgada, faz-se necessário traçar um paralelo entre essa e o princípio com o qual intrinsecamente ligado, *i.e.* o da segurança jurídica.

Em síntese, pode-se sustentar ser a segurança jurídica a certeza da solidez nas relações, bem como a garantia na uniformidade dos atos e práticas jurídicas.

Diante da contínua evolução social e de possíveis mudanças na Constituição, o princípio da segurança jurídica atua como um dos pilares do Estado democrático de direito na manutenção da estabilidade nas relações de cunho jurídico.

Pedro Lenza²² ao discorrer sobre o surgimento da necessidade do estabelecimento de critérios firmes e parâmetros objetivos de interpretação, introduz os conceitos de certeza e segurança.

Na visão de Paulo de Barros Carvalho²³, a segurança jurídica é na verdade um sobre princípio, uma vez que não possui formulação expressa no direito positivo, mas se realiza na conjunção de outros princípios. Nesse caso, tal princípio está diretamente interligado ao princípio da igualdade, da anterioridade, da legalidade, do devido processo legal, da irretroatividade e ao princípio do controle judiciário, a fim de resguardar uma possível intervenção do Poder Judiciário na manutenção da estabilidade das decisões em sede de controle de constitucionalidade.

A ausência de menção expressa na Constituição Federal de 1988 ao princípio não retira a sua significância. Doutrinadores são, em maioria, unânimes em afirmar que o princípio está presente em todo ordenamento jurídico. Nas palavras de Sacha Calmon e André Moreira²⁴ “[...] trata-se de norma axiomática de qualquer ordem jurídica, dedutível dos direitos e garantias fundamentais”. No mesmo sentido, Carrazza²⁵ entende que “É certo que o princípio (ou sobre princípio) da segurança jurídica é

²² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

²³ CARVALHO, Paulo de Barros. *Legalidade e o sobre princípio da segurança jurídica de normas tributárias*. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Organizadores). *Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 32.

²⁴ COELHO, Sacha Calmon Navarro; MOREIRA, André Mendes. *Segurança jurídica e mutações jurisprudenciais: a incidência do IPI nas importações feitas por não contribuintes. Necessidade de reversão do entendimento atual do STF, com modulação de seus efeitos – Repercussão Geral*. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Organizadores). *Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

²⁵ CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65.

implícito. Mas é igualmente certo que todo o ordenamento jurídico milita no sentido de fazê-lo valer”.

O entendimento também reverbera na mais alta corte brasileira, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, ao relatar a Questão de Ordem na Petição n. 2.900/RS²⁶, sustentou que a segurança jurídica pode ser considerada uma derivação do postulado do Estado de Direito: “Em verdade, a segurança jurídica, como subprincípio do Estado de Direito, assume valor ímpar no sistema jurídico, cabendo-lhe papel diferenciado na realização da própria ideia de justiça material”.

Ressalta-se a relevância do princípio da segurança jurídica, que permaneceu assegurado no art. 27 da Lei 9.868/1999,²⁷ diploma que disciplina as ações de controle concentrado de constitucionalidade:

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.

O instituto da modulação dos efeitos foi introduzido no direito positivo brasileiro com a promulgação da Lei 9.868/99. Ao contrário do que se pode pensar, a princípio, a modulação de efeitos não vai de encontro à segurança jurídica. Sob as mais diversas perspectivas, está a serviço da segurança jurídica para proteger a intangibilidade dos atos jurídicos perfeitos e promover a confiança²⁸.

²⁶ Pet-QO 2900, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2003, publicado em 01/08/2003, Segunda Turma.

²⁷ BRASIL. *Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

²⁸ COELHO, Sacha Calmon Navarro; MOREIRA, André Mendes. *Segurança jurídica e mutações jurisprudenciais: a incidência do IPI nas importações feitas por não contribuintes. Necessidade de reversão do entendimento atual do STF, com modulação de seus efeitos – Repercussão Geral*. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Organizadores). *Sistema Constitucional Tributário: Dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A segurança jurídica, como demais princípios da Constituição Federal Brasileira, não é absoluta e admite-se a sua ponderação. Ao longo do presente capítulo restou amplamente demonstrada a importância da coisa julgada na manutenção da estabilidade das relações jurídicas, consubstanciada na garantia da segurança jurídica. No entanto, como trata-se de princípio e instituto sujeitos à tutela jurisdicional constitucional, cabe agora fazer uma análise de como funciona o controle de constitucionalidade e em que medida ele pode acarretar na relativização da coisa julgada.

3 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesta etapa, será apresentado de que modo é feita a jurisdição constitucional. Significar afirmar que se pretende esclarecer o *modus operandi* da função jurisdicional na esfera do texto constitucional. Pretende-se esclarecer ainda de que forma são tratados os conflitos de normas constitucionais.

3.1 O Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade basicamente é o controle realizado pelo poder judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal, sobre as violações ao texto constitucional.

Tem-se, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição como a lei maior, a base do ordenamento jurídico e a fonte de sua validade. Manoel Gonçalves Ferreira Filho²⁹, explica que todas as leis a ela, Constituição Federal, se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor.

Ferreira Filho³⁰ entende que a superioridade da Constituição resulta em eventuais vícios aos atos que com ela conflitam, ou seja, dela resulta a inconstitucionalidade dos atos que a contrariam. E, para assegurar a supremacia da Constituição, é preciso efetivar um controle sobre atos jurídicos, a fim de se identificar os que, por colidirem com a Constituição, não são válidos.

A verificação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma norma é exercido de duas formas: preventiva ou repressiva. Esta se dá em momento posterior à entrada em vigor da norma no ordenamento jurídico; e aquela, em momento anterior à promulgação da norma.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

³⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

Sobre esse ponto, citem-se as palavras de Rafael Pandolfo³¹:

diz-se que o controle de constitucionalidade pode ser exercido de forma (i) *preventiva* ou (ii) *repressiva*. O primeiro ocorreria tanto no âmbito do (a) Poder Legislativo – como o realizado pela Comissão de Constituição e Justiça –, como no âmbito do (b) do Poder Executivo, através do veto que pode ter como fundamento a afronta a determinado preceito constitucional (...). A forma repressiva ocorre no judiciário, tendo como resultado mais drástico a retirada de determinado enunciado do ordenamento jurídico.

Note-se, portanto, que o controle jurisdicional de constitucionalidade nada mais é do que o controle realizado pelo poder judiciário sobre questões que afetem ou contrariem o texto constitucional. E, por ser repressivo, exige-se que a norma avaliada esteja em pleno vigor.

As normas nascem eficazes e constitucionais, até que se pronuncie o contrário. Conforme explica Camila Novais Lopes³², trata-se do princípio da presunção de constitucionalidade das leis, que, em verdade, é a derivação do princípio da “separação de poderes”.

Para Luis Roberto Barroso³³, ao poder judiciário cabe prestar jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados.

Assim, o controle de constitucionalidade realizado pelo poder judiciário deve ser feito respeitando a própria limitação em relação aos demais poderes.

Via de regra, as normas têm a citada constitucionalidade presumida. A declaração de inconstitucionalidade de uma lei infraconstitucional, efetivamente em choque com a lei maior, justifica a

³¹ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 158

³² LOPES, Camila Novaes. Controle de Constitucionalidade (Princípios Norteadores). Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf> Acesso em: 20 jun. 2016.

³³ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.

intervenção do poder judiciário sem ferir o princípio da separação dos poderes.

Para Paulo Bonavides³⁴, o controle de constitucionalidade, uma vez exercido por um órgão jurisdicional, adquire supremacia decisória no tocante à verificação de constitucionalidade dos atos executivos e legislativos. O resultado disso é: o órgão judiciário tutelando o próprio estado.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁵ entende ser o controle jurisdicional de constitucionalidade a verificação da adequação da norma ao texto constitucional, ou seja, a verificação da concordância de um ato à lei maior.

A doutrina clássica, como é o caso de Ferreira Filho³⁶, pronuncia-se no seguinte sentido:

o controle de constitucionalidade é a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente da lei) à Constituição. Envolve a verificação tanto dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que editou – objetivos, como a forma, os prazos, os ritos, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

O controle jurisdicional de constitucionalidade se presta a extirpar do ordenamento jurídico toda e qualquer norma contrária aos comandos constitucionais.

São essas ações que possibilitam a declaração de nulidade de determinado ato - pela regra, os seus efeitos devem ser desconstituídos desde a data de sua edição *ex tunc* – mas, pode o Supremo Tribunal Federal, em certos casos, estipular que esse reconhecimento de nulidade não produza

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122.

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

³⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 53.

efeitos senão a partir de determinada data, ou para o futuro, *ex nunc*. É o que prevê o artigo 27, da Lei 9.868/1999, cujo teor já foi mencionado.

O controle jurisdicional pode ser realizado por intermédio do controle difuso ou do controle concentrado. Há controle difuso quando qualquer juiz pode apreciar a alegação de inconstitucionalidade. Nesse sistema o juiz resolve a questão de constitucionalidade como se se tratasse de um mero conflito de leis, ou seja, de determinação de qual a lei aplicável a um caso concreto.

É concentrado o controle toda vez que a competência para julgar a questão de constitucionalidade é reservada a um único órgão, como é o caso do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal, instância máxima e, portanto, o guardião da Constituição, é o órgão responsável pelo controle de constitucionalidade.

Sob esse aspecto, Gilmar Mendes³⁷ explica:

é seguro que o Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição. Isso pode ser feito depois de a emenda haver sido promulgada, em casos concretos, por qualquer juiz, podendo também se efetuar o controle abstrato, pelo STF, por meio de ação direta de inconstitucionalidade. O controle pode ocorrer antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, reconhecendo-se legitimação para agir exclusivamente ao congressista.

Veja-se a existência de três possibilidades de controle de constitucionalidade: o controle realizado pelo poder judiciário, juiz de primeira instância julgando por via incidental; o controle abstrato, em que o Supremo Tribunal Federal declara através de julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade; e o controle feito pelo próprio poder legislativo.

³⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 9. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

Pedro Lenza³⁸ expõe ter regra geral da nulidade absoluta da lei inconstitucional abordada por Hans Kelsen sido afastada pela jurisprudência brasileira e repensada pela doutrina. Isso porque, ao lado do princípio da nulidade, o qual certamente possui *status* de valor constitucionalizado, tendo em vista o princípio da supremacia da Constituição, tem-se também, de igual hierarquia, o princípio da segurança jurídica e o da boa-fé.

Para Lenza³⁹ “o Brasil ‘legalizou’ a tendência jurisprudencial que já vinha sendo percebida, muito embora lentamente, a flexibilizar a rigidez do princípio geral da nulidade da lei declarada inconstitucional no controle concentrado”.

Como previamente mencionado, foi a Lei 9.868, de 1999, que trouxe expressamente a possibilidade de modulação dos efeitos.

Pedro Lenza⁴⁰ entende ainda que a materialização da técnica de modulação dos efeitos da decisão permite uma melhor adequação da declaração de inconstitucionalidade, assegurando, por consequência, outros valores também constitucionalizados, como os da segurança jurídica, do interesse social e da boa-fé.

A partir disso, pode-se pensar no caso em que é declarada a inconstitucionalidade de uma norma e nos efeitos desse julgamento. Ferreira Filho⁴¹, no caso americano “*Marbury versus Madison*”, o julgador expressou em seu voto que, se a Constituição era a base do direito e imutável por meios ordinários, as leis comuns que a contradissem não eram verdadeiramente leis, logo não eram direito. Assim, essas leis seriam nulas, não obrigando os particulares.

³⁸ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

³⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

⁴⁰ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

⁴¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

Ferreira Filho⁴² cita que, tanto na tradicional doutrina estrangeira (Marshall), quanto na doutrina nacional (Rui Barbosa), o ato inconstitucional é nulo. Portanto, ele não é de aplicação obrigatória e, caso seja, essa aplicação é nula. Por tais razões, o efeito da declaração de nulidade, em regra, teria efeitos *ex tunc*, retroagindo até a data de sua entrada no ordenamento jurídico, não sendo válidos os atos praticados sob o seu império.

Nesse mesmo sentido, pronuncia-se Rafael Pandolfo⁴³:

a regra geral é que as decisões proferidas no controle concentrado de constitucionalidade retroajam à data em que ingressou no mundo jurídico a norma declarada inconstitucional, de acordo com a consagrada teoria das nulidades, que impede a manutenção de qualquer eficácia decorrente de uma prescrição normativa nula, incompatível com a norma que lhe serve de fundamento de validade. A eficácia das decisões, portanto, como regra geral, é *ex tunc*.

Pode-se perceber, a partir de tudo o quanto visto, que a normas contrárias ao texto constitucional estão sujeitas ao controle jurisdicional de constitucionalidade e podem deixar de produzir efeitos desde sua edição.

3.2 Os conflitos entre direitos fundamentais

Há os casos em que Direitos e Garantias Constitucionais entram em conflito entre si, sem necessariamente refletirem alguma irregularidade jurídica.

Nesses casos, faz-se necessário entender a natureza e características das normas Constitucionais, de modo a entender se o conflito entre elas poderá ser hierarquizado ou se a ponderação seria a única hipótese de solução.

⁴² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 75.

⁴³ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 210.

Os direitos fundamentais podem ser classificados em 3 gerações distintas. Os de primeira geração compreendem os direitos e garantias individuais e políticos, seria, as liberdades negativas ou formais. Os direitos fundamentais de segunda geração se identificam com as liberdades positivas ou reais, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Já os direitos fundamentais de terceira geração materializam poderes de titularidade coletiva.

Vejam-se as palavras de Alexandre de Moraes⁴⁴:

Modernamente, a doutrina apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

[...]

Assim, os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), surgidos institucionalmente a partir da *Magna Charta*.

Referindo-se aos hoje chamados de direitos fundamentais de segunda geração, que são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século, [...].

Por fim, modernamente, protege-se, constitucionalmente, como direitos de terceira geração os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos [...].

No presente estudo, serão abordados os direitos de primeira e segunda geração – direitos e garantias individuais e coletivos. Os direitos e garantias fundamentais, em regra, possuem eficácia e aplicabilidade imediata, independente de regulamentação.

Nesse sentido, veja-se o que ensina Alexandre de Moraes⁴⁵ :

são direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito de seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior a

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31-32.

⁴⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 32.

aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais.

Na mesma passagem, Moraes continua:

em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Acerca da eficácia plena da norma, discorre Pedro Lenza⁴⁶:

normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional.

Evidente, assim, que os direitos e garantias fundamentais têm, em regra, sua aplicação livre, direta e imediata. Ainda assim, a doutrina explica inexistir direito absoluto, mesmo quando se tratar de direitos fundamentais. Ou seja, nem mesmo o Direito à Vida é absoluto. A título de exemplo, pode-se citar os casos em que é autorizada a realização do aborto por mulher vítima de estupro ou quando está submetida à gravidez de risco.

Vislumbra-se, então, o método da ponderação ou da relativização dos direitos fundamentais, que nada mais é senão a limitação de direitos fundamentais quando contrapostos a outros igualmente protegidos. Significa afirmar que os direitos fundamentais podem ser restringidos, desde que em razão de outro decorrente do mesmo nível de proteção – ainda que previsto em norma infraconstitucional, mas derivado de direito ou garantia fundamental, como o é o Direito do Consumidor.

Esclarecedores são os ensinamentos de Alexandre de Moraes⁴⁷, a seguir reproduzidos:

⁴⁶ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

⁴⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 32-33.

os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna.

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Como bem pontuou Moraes, os direitos e garantias fundamentais devem ser relativizados quando entram em confronto entre si. Essa relativização deve buscar a menor restrição possível de quaisquer dos princípios em conflito, de modo a evitar a inaplicabilidade total de determinado direito ou garantia fundamental.

Leandro Paulsen⁴⁸ também compartilha do entendimento de inexistir direito absoluto. E, na seara dos conflitos entre princípios constitucionais, entende adequada a técnica da ponderação para uma resolução justa. Embora Paulsen use nomenclatura diferente – ponderação no lugar de relativização –, cuida-se da mesma técnica de resolução de conflitos entre direitos constitucionalmente previstos.

Acerca dessa técnica de julgamento, Paulsen⁴⁹ destaca a importância de se definir, antes de qualquer coisa, quais são os princípios que estão sob conflito. Veja-se:

importante, para se proceder a uma ponderação adequada, é a identificação dos princípios relevantes no caso. Assim é que se terá clareza quanto aos bens jurídicos que devem ser protegidos.

⁴⁸ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica e modulação de efeitos nas ações rescisórias em matéria tributária in Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Adilson Pires [et al]; Marcus Lívio Gomes, Andrei Pitten Velloso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57.

⁴⁹ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica e modulação de efeitos nas ações rescisórias em matéria tributária in Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Adilson Pires [et al]; Marcus Lívio Gomes, Andrei Pitten Velloso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 58.

Aparentemente óbvia, mas a identificação dos princípios relevantes ao conflito visa a permitir a correta compreensão da problemática e sua real extensão.

Noutra passagem, Paulsen⁵⁰ esclarece a finalidade da ponderação:

a ponderação buscará síntese dialética, a harmonização, a concordância prática dos princípios envolvidos, de modo que cada qual mereça aplicação na medida do possível e que nenhum deles tenha seu núcleo essencial afetado.

Note-se das palavras de Paulsen que o significado e objetivo da ponderação são idênticos aos da relativização, assim entendida por Alexandre de Moraes. Trata-se do mesmo instituto explicado de forma e sob nomenclaturas distintas.

Feitos os esclarecimentos necessários à compreensão da jurisdição constitucional quanto aos conflitos entre direitos e garantias constitucionais, passa-se, então, à análise da problemática proposta.

⁵⁰ PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica e modulação de efeitos nas ações rescisórias em matéria tributária in Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Adilson Pires [et al]; Marcus Lívio Gomes, Andrei Pitten Velloso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 65.

4 A COISA JULGADA E A SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL (iniciar na próxima página)

Neste capítulo, último, será abordada a problemática proposta: os efeitos específicos da jurisdição constitucional, os princípios conflitantes e o resultado proposta da ponderação ou relativização desses.

4.1 Os Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade e de Constitucionalidade

Apresentados os conceitos introdutórios de interesse ao presente estudo, este será o momento para se entender os efeitos dos julgamentos constitucionais a fim de verificar em que medida subsistem os efeitos da coisa julgada diante da superveniente constitucionalidade de norma tributária.

Importante se faz esta etapa na medida em que possibilitará a definição de quais princípios serão abordados no item seguinte, a serem contrapostos ao da coisa julgada. No item 2.1 foram apresentadas as formas de controle constitucional. Agora, em atenção ao que proposto em relação Recurso Extraordinário 949.297/CE, serão analisados apenas os efeitos do julgamento de inconstitucionalidade incidental – controle difuso – e do julgamento de constitucionalidade abstrato – controle concentrado.

Pedro Lenza⁵¹ explica que, no Brasil, adotou-se a teoria da nulidade para os casos de declaração de nulidade. Essa teoria vai ao sentido de que o julgamento pela inconstitucionalidade é meramente declaratório, de modo que declara a inexistência da norma desde a sua edição. Essa é a regra geral.

⁵¹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 258.

Há exceção à regra da teoria da nulidade, esclarece Lenza⁵², que possibilita sua flexibilização, no sentido de limitar a retroatividade dos efeitos da declaração de nulidade do ato normativo. Para ele, essa flexibilização deve ser casuística e observar os Princípios da Supremacia da Constituição, da Segurança Jurídica e da Boa-fé, em evidente relativização da segurança jurídica em detrimento de outra norma de mesma hierarquia.

Esse também é o entendimento de Alexandre de Moraes⁵³ que acrescentar ter sido introduzida no ordenamento jurídico brasileiro o art. 52, X, da Constituição Federal de 1988⁵⁴, que possibilitou o Senado Federal, ante o julgamento de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, modular os efeitos dessa decisão, de modo a permitir que sejam conferidos efeitos *ex tunc* – não retroativos – ao julgamento de inconstitucionalidade da norma.

Rafael Pandolfo⁵⁵ traz ilustração quanto à exceção da teoria das nulidades, e assim o faz citando Alexandre de Moraes. Veja-se:

a respeito do assunto, Alexandre de Moraes entende que a teoria das nulidades dos atos inconstitucionais e seus efeitos, retroativos ao ingresso no mundo jurídico do ato inválido, admite duas exceções, a saber: a) efeitos *ex nunc*, a partir do trânsito em julgado da decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade; e b) efeitos *ex tunc*, a partir de qualquer outro momento escolhido pelo Supremo.

No ordenamento jurídico brasileiro, então, adota-se a teoria das nulidades dos atos inconstitucionais, viabilizada sua relativização, desde que considerados o excepcional interesse social e a segurança jurídica.

O controle de constitucionalidade se dá de duas formas: incidental ou principal. A declaração de inconstitucionalidade incidental, como

⁵² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 262.

⁵³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 728.

⁵⁴ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

⁵⁵ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 212.

a própria nomenclatura sugere, tem caráter declaratório, com efeitos, em regra, *ex tunc* – retroagem desde a entrada em vigor da norma, uma vez que nunca poderia ter surtido efeito no mundo jurídico – e alcança apenas as partes do processo no qual foi declarada a inconstitucionalidade.

Verifique-se o que discorre, de maneira completa e precisa, Alexandre de Moraes:⁵⁶

declarada *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo pelo Supremo Tribunal Federal, desfaz-se, desde sua origem, o ato declarado inconstitucional, juntamente com todas as consequências dele derivadas, uma vez que os atos inconstitucionais são nulos e, portanto, destituídos de qualquer carga de eficácia jurídica, alcançando a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados. Porém, tais efeitos *ex tunc* (retroativos) somente tem aplicação para as partes e no processo em que houve a citada declaração.

Nesse mesmo sentido, é o entendimento de Gilmar Mendes⁵⁷, *in litteris*: “No controle incidental a inconstitucionalidade é arguida no contexto de um processo ou ação judicial, em que a questão da inconstitucionalidade configura um incidente, uma questão prejudicial que deve ser decidida pelo Judiciário”.

Alexandre de Moraes⁵⁸ destaca: “Este controle [difuso] não acarreta a anulação da lei ou do ato normativo com efeitos *erga omnes*, aplicando-se somente ao caso concreto em que a norma foi julgada inconstitucional”.

Num contexto geral, essa declaração de inconstitucionalidade incidental aproveita apenas às partes integrantes da lide, o que significa afirmar que não é aproveitável à sociedade em geral.

Noutros termos, a inconstitucionalidade retroagirá desde a edição da norma e terá seus efeitos produzidos apenas em relação às partes

⁵⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 727.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.008.

⁵⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 721.

do processo. A importância desse efeito será demonstrada no item 3.2 deste trabalho.

Por outro lado, a jurisdição constitucional por meio do controle concentrado tem naturalmente efeitos *erga omnes*, oponível a todos, inclusive ao próprio Estado. É justamente por esse motivo que se mostra despropositada a análise sobre um caso concreto, pois o objetivo é excluir do ordenamento jurídico, para que não mais produza efeitos, norma inconstitucional.

Nesse ponto, citem-se as explicações de Alexandre de Moraes⁵⁹:

por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando-se à obtenção da invalidade da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

A declaração de inconstitucionalidade, portanto, é o objeto principal da ação, da mesma forma que ocorre nas Cortes Constitucionais europeias, diferentemente do ocorrido no controle difuso, característica básica do *judicial review* do sistema norte americano.

Gilmar Mendes⁶⁰ pontua: “o controle principal permite que a questão constitucional seja suscitada autonomamente em um processo ou ação principal, cujo objeto é a própria inconstitucionalidade da lei”.

Mendes⁶¹ faz importante observação quanto à possibilidade de se julgar a inconstitucionalidade de um ato por alteração nas relações fáticas ou jurídicas. Nesse contexto, relevante destacar a hipótese em que a Corte Constitucional muda seu entendimento acerca de norma antes interpretada e sem que haja qualquer alteração legislativa.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 736.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.008.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.024-1.025.

O Código de Processo Civil de 2015 positivou essa hipótese de superação do precedente, também conhecida como *overruling* (Art. 489, inc. VI). Todavia, reserva-se estudo desta técnica de superação de entendimento para um outro estudo, mais oportuno e inciso sobre a citada temática, o que não poderá ser feito no presente trabalho, sob pena de se desviar do objetivo proposto.

Pois bem, a declaração de inconstitucionalidade em controle difuso é aproveitável apenas às partes do processo em que foi declarada. No controle concentrado, por outro lado, o mesmo julgamento tem efeitos gerais, *erga omnes*.

A doutrina apresentada, ao tratar do julgamento de inconstitucionalidade, sem diferenciar se realizado em caráter incidental ou principal (difuso ou concentrado), refere-se à teoria do ato nulo, cujos efeitos de tal julgamento devem, em regra, retroagir até a data de edição do ato normativo inconstitucional.

É possível que o Supremo Tribunal Federal possa alterar seu entendimento acerca de determinada norma sem que haja alteração legislativa.

Essas constatações serão aproveitadas nos tópicos seguintes, de modo a esclarecer por que a coisa julgada se confrontará com outros direitos e garantias constitucionais.

4.2 A Segurança Jurídica em face de outros princípios igualmente garantidos

Na linha do que foi exposto no parágrafo anterior, chega-se ao momento de identificar quais direitos e garantias constitucionais confrontam-se com a coisa julgada no caso em que uma lei, a qual gera uma obrigação tributária, é declarada inconstitucional por meio do controle difuso e, em

momento posterior e em controle difuso, tem-se o reconhecimento de sua constitucionalidade.

Esse é o passo fundamental para se alcançar o último tópico deste trabalho, porque será realizada neste a ponderação entre os direitos e garantias constitucionais aqui identificados e devidamente classificados.

De plano, identificam-se, em contraposição ao princípio da segurança jurídica, os princípios da isonomia, da livre-concorrência, capacidade contributiva, todos inter-relacionados. Explique-se.

No campo da realidade fática, imagine-se que uma determinada empresa, ao se deparar com nova lei instituidora de tributo que, a seu ver, é inconstitucional. Dessa forma, recorre ao Poder Judiciário com a finalidade de ver declarada inexistência de relação jurídico-tributária. Alcançada a instância máxima, o Supremo Tribunal Federal declara, incidentalmente – em controle difuso –, a inconstitucionalidade do tributo.

Transitada em julgada e transcorrido o prazo decadencial de 2 anos para a Ação Rescisória, a sentença proferida naqueles autos alcança o *status* da coisa julgada material.

Em momento posterior, o Supremo Tribunal Federal, em grau de controle concentrado, analisa a mesma norma, mas desta vez entende sê-la constitucional. Conforme comentado, mostra-se possível e legítima tal declaração como forma de superação do entendimento anteriormente adotado.

Diante dessa situação, tem-se, de um lado, a garantia constitucional de respeito à coisa julgada ostentada pela sentença favorável à empresa e, de outro, a necessidade de se manter estabelecidas a Isonomia, a Livre-concorrência e Capacidade Contributiva, todos na forma de interesses coletivos.

A garantia à isonomia significa basicamente que é devido tratamento igual aos iguais. No âmbito do Direito Tributário, a isonomia tributária se daria no sentido de que não se pode diferenciar contribuintes que se encontrem em situação jurídica de equivalência.

Nesse ponto, cite-se Rafael Pandolfo⁶²:

o art. 5º (caput) da Constituição Federal – enunciado constitucional identificado como previsão genérica do Princípio da Isonomia – estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

[...]

A Isonomia é identificada como Princípio fundamental para a análise tanto de direitos subjetivos públicos, como privados. A dogmática, em geral, parte da definição formulada originalmente por Aristóteles, segundo o qual “ igualdade” é tratar como iguais os iguais e tratar de maneira desigual os desiguais.

No campo do Direito Tributário, Pandolfo⁶³ refere-se à isonomia da seguinte forma:

no art. 145, § 1º, da Carta Maior, encontra-se o grande critério, aplicável a quase todos os tributos não vinculados, a saber: a capacidade contributiva. Ela constitui o critério calibrador da igualdade e o modo a partir do qual ela deve ser observada no direito tributário, conforme argutamente apontado por Francisco José Raya. Sua observação pode ser relativizada quando se estiver diante de exações que exerçam função extrafiscal e/ou sejam sensíveis a outros princípios, como o da seletividade em função da essencialidade.

Das palavras de Pandolfo, é possível entender a correlação da isonomia tributária com a capacidade contributiva.

⁶² PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 141-142.

⁶³ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 145.

Ainda sobre a isonomia, Paulo de Barros Carvalho⁶⁴, no mesmo sentido de Pandolfo, acrescenta:

o intuito é garantir a tributação justa (sobre valor). Isto não significa, contudo, que todos os contribuintes devam receber tratamento tributário igual, mas, sim, que as pessoas, físicas ou jurídicas, encontrando-se em situações econômicas idênticas, ficarão submetidas ao mesmo regime jurídico, com as particularidades que lhes forem próprias.

Sobre a capacidade contributiva, prevista no art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988, Paulo de Barros Carvalho⁶⁵ descreve o conceito:

a capacidade contributiva do sujeito passivo sempre foi o padrão de referência básico para aferir-se o impacto da carga tributária e o critério comum dos juízos de valor sobre o cabimento e a proporção do expediente impositivo. Mensurar-se a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos, sendo o modo como é avaliado o grau de refinamento dos vários sistemas de direito tributário.

Por fim, e não menos importante, classifica-se o princípio da livre-concorrência. Esse princípio está diretamente ligado ao princípio da livre iniciativa, previsto no art. 170, inc. III, da Constituição Federal, bem como ao amplo princípio da isonomia. Traduz-se a livre-concorrência como o direito a um ambiente livre de desigualdades concorrenciais, de modo a permitir a livre e saudável concorrência.

Nesse ponto, Rafael Pandolfo⁶⁶ explica:

ao condicionar os atos praticados pelo Estado, seja a produção normativa, seja sua aplicação, a isonomia, além de representar um limite, configura um ônus ao exercício da atividade estatal que conjugada à livre iniciativa, exige a diferenciação de contribuintes em situações marcadamente distintas, autorizando, inclusive, a aplicação de restrições ao livre exercício da atividade econômica em casos extremos,

⁶⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 284.

⁶⁵ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 331.

⁶⁶ PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 149.

sobretudo quando está em jogo a livre-concorrência e verifica-se a presença de outros valores e finalidades constitucionalmente relevantes.

Extrai-se, assim, que a isonomia tributária tem por objetivo dar tratamento igual aos que estão em situação de equivalência.

A capacidade contributiva, a seu turno, tem relação com o interesse público de mensurar a capacidade que cada “classe de contribuintes” pode ou deve contribuir para que o Estado tenha condições financeiras para perseguir suas finalidades institucionais.

A livre-concorrência, por sua vez, traduz-se no direito de cada empresa ou empreendedor exercer atividade econômica livre de práticas ou tratamentos anti-concorrências, os quais colocam determinados agentes de mercado em situação de extrema vantagem em relação a seus concorrentes.

Diante de tantos princípios de caráter público – direitos coletivos e sociais –, verifica-se que, de fato, se faz necessária a ponderação de tais princípios de modo a verificar o que deve juridicamente prevalecer ao caso concreto. Ou seja, deve-se encontrar a solução que alcance maior paz social.

4.3 A Coisa Julgada: Núcleo do Conflito Constitucional

Finalmente, é o momento de se contrapor todas as garantias constitucionalmente tuteladas que se confrontam a fim de se chegar a uma solução justa e legítima.

Como bem delineado, a coisa julgada tem relação direta com a segurança jurídica e deve ser respeitada com o objetivo de garantir a pacificação dos conflitos.

No caso dado como exemplo o sobre o qual serão aplicados os mencionados princípios, a empresa que recorreu ao judiciário para ver declarada a inexistência de relação jurídico-tributária que a fizesse recolher

o novo tributo tem a seu favor a garantia constitucional da coisa julgada material, imutável.

Essa empresa, portanto, deixa de recolher aquele tributo anteriormente declarado inconstitucional. Diante dessa situação, pode-se verificar que suas concorrentes, empresas que atuam no mesmo ramo de atividade econômica, obrigadas ao recolhimento do tributo, estão em desvantagem com relação a ela, pois têm a seu desfavor custo tributário maior.

De uma só vez, essa situação jurídica traduz violação à isonomia, à livre-concorrência e à capacidade contributiva, pois dá tratamento diferenciado a pessoas (jurídicas, no caso) em situação de equivalência.

Embora haja interesse público na preservação da coisa julgada como meio de manter eficaz a pacificação de conflitos intermediada pelo Estado – respeito à autoridade da solução do conflito intermediada pelo Poder Judiciário, detentor da prerrogativa de dizer o Direito –, por outro existe o dever da garantia de tratamento isonômico a todos, com ambiente econômico livre de condições excessivamente desfavoráveis a determinados agentes econômicos, bem como o cumprimento das obrigações institucionais do Estado, as quais são financiadas pelos particulares através do recolhimento dos tributos.

Portanto, confrontando-se os princípios, ante a evidente necessidade e ausência de solução alternativa, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, a solução que aparenta acarretar menor prejuízo ao interesse público e à segurança jurídica é a relativização da coisa julgada em prol da isonomia entre pessoas e empresas, restabelecendo-se a livre-concorrência e mantendo-se a equidade da contribuição entre os contribuintes em situações jurídicas equivalentes.

Por outro lado, mostra-se, ainda sob o enfoque da proporcionalidade, bem como pela autorização interpretativa da modulação

dos efeitos da jurisdição constitucional, mais correta a fixação de efeitos *ex nunc*. Ou seja, o tributo deveria ser exigível novamente da empresa a partir do julgamento que declarou, com efeitos *erga omnes*, a constitucionalidade do tributo.

Isso porque, antes disso, a empresa não estava obrigada ao recolhimento e, em atenção ao princípio da segurança jurídica – embora relativizado, não deve deixar de ser aplicado, mas apenas em menor extensão – impõe seja assegurada à empresa a manutenção de sua situação financeira como planejada, considerada a ausência de exigibilidade do tributo.

Não obstante isso, há de se prestigiar o particular que foi diligente e, com a persecução de seus Direitos, alcançou pronunciamento judicial favorável a si.

Aliás, não é demais lembrar que, ao aplicar o Princípio da Proporcionalidade como instrumento de ponderação entre direitos e garantias fundamentais, há de se levar em conta o Princípio da Razoabilidade como um critério de justiça na resolução do conflito.

E, nesse ponto, nada mais emblemática do que a máxima há muito conhecida que diz: o Direito não socorre aos que dormem. Portanto, aplicando-se a máxima em sentido reverso, não há razão para determinar o recolhimento de tributo por aquele contribuinte diligente que buscou a tutela jurisdicional e sob seu legítimo manto deixou de pagar o tributo.

Todavia, a partir do momento em que se reconhece que o tributo, na verdade, é devido por todos, cessa nesse momento o benefício, sem prejuízo dos atos jurídicos perfeitos e acabados no passado, praticados com a liberdade de quem agiu legitimamente.

CONCLUSÃO

A relativização da coisa julgada mostra-se, no caso, legítima e necessária, uma vez que sua manutenção causaria violação, com efeitos mais perversos, aos direitos e garantias constitucionais da isonomia, livre-concorrência e capacidade contributiva.

É evidente o não esgotamento do tema, o que deixa caminho aberto à continuidade deste tema para explorá-lo com maior profundidade, adentrando-se com maior profundidade nos conceitos dos Princípios Constitucionais e as formas e efeitos da jurisdição constitucional, devendo ser explorados inclusive precedentes jurisprudenciais, de modo a identificar como a Suprema Corte tem resolvido situações como a que foi apresentada. Aliás, é de se acompanhar o desfecho dos Recursos Extraordinários 949.297, 955.227 e 730.462, que trarão novos parâmetros, mas não encerrarão a questão, que há tempos revisita as casas judiciárias. outrossim, após o julgamento, pode ser feito o estudo dos casos a fim de verificar o acerto da decisão firmada na ocasião desses julgamentos.

O método de desenvolvimento da pesquisa foi o bibliográfico, de onde foram extraídos os conceitos mais relevantes e condutores do presente trabalho.

O trabalho viabilizou a compreensão da relevância do instituto da coisa julgada, mas mostrou também que não há direito absoluto. Aliás, pode-se concluir que o único direito absoluto é o da proporcionalidade, pois será este sempre utilizado para dirimir conflitos entre direitos e garantias fundamentais.

O trabalho cumpre o objetivo proposto, na medida em que apresentou critérios para a solução de conflitos entre Princípios Constitucionais, bem como analisados de que forma os princípios seriam violados e a necessidade de se alcançar solução que não restrinja completamente uma garantia fundamental, mas apenas relativize seu campo

de aplicação. Restou demonstrada a possibilidade da relativização da coisa julgada e o modo como seria aplicada ao caso apresentado. Por fim, demonstrou-se que a relativização dos direitos fundamentais deve se dar com cautela e observar critérios, como o interesse social. A solução, portanto, exige as particularidades de cada caso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 88.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 196.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 122.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

_____. *Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 22 set. 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 48-49.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 65.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 284.

_____. *Legalidade e o sobre princípio da segurança jurídica de normas tributárias*. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Organizadores). *Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 32.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 305.

COELHO, Sacha Calmon Navarro; MOREIRA, André Mendes. *Segurança jurídica e mutações jurisprudenciais: a incidência do IPI nas importações feitas por não contribuintes. Necessidade de reversão do entendimento atual do STF, com modulação de seus efeitos – Repercussão Geral*. In: GOMES, Marcus Lívio; VELLOSO, Andrei Pitten (Organizadores). *Sistema Constitucional Tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 21.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 123.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 246-247.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 65.

LOPES, Camila Novaes. Controle de Constitucionalidade (Princípios Norteadores). Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/serie_s/2/Controle_de_Constitucionalidade_53.pdf Acesso em: 20 jun. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 9. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.008.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 31-32.

PANDOLFO, Rafael. *Jurisdição Constitucional Tributária: Reflexos nos Processos Administrativo e Judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 158

PAULSEN, Leandro. *Segurança jurídica e modulação de efeitos nas ações rescisórias em matéria tributária in Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. Adilson Pires [et al]; Marcus Lívio Gomes, Andrei Pitten Velloso (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 57.

Pet-QO 2900, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2003, publicado em 01/08/2003, Segunda Turma.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. Vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 823.