

Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL

**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP
Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes – Rede LFG**

**Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em
Direito Processual Grandes Transformações**

Turma 6

FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

MAURA HIROMI FUJITO URQUIZA

PRESIDENTE PRUDENTE / SP

2008

“O fim da lei não é abolir ou restringir,
mas conservar e ampliar a
liberdade... onde não há lei, não há
liberdade”.

John Locke

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à Deus pelo seu infinito amor. À minha família, pela paciência e compreensão dos últimos dias. E, finalmente, aos meus amigos, principalmente, à Juliana, pelo incentivo que me deram.

RESUMO

O presente estudo tem como escopo excitar a contenda sobre a precisão de aceitação de revisão de decisões judiciais, principalmente no campo tributário, vencidos os prazos e independente das hipóteses legais. Almeja-se explanar que a relativização da coisa julgada é indispensável uma vez que as decisões judiciais inconstitucionais ferem os princípios constitucionais e a eficácia da prestação jurisdicional e eterniza uma decisão inconstitucional pela ausência de previsão legal de revisão desses tipos de decisões, restando limitada às situações previstas no Código de Processo Civil. Tendo em vista a globalização econômica repercutindo sobre os sistemas político e jurídico pátrio é uma das hipóteses de aparecimento de decisões inconstitucionais, e, concomitantemente, como fundamento da relativização da coisa julgada.

Com a finalidade de melhorar o ajuste do tema, primeiramente se faz necessário conceituar o instituto da coisa julgada e delimitar seus principais fundamentos e princípios. Prosseguindo no desenvolvimento do presente trabalho monográfico se faz necessário o estudo do instituo em questão perante seu posicionamento na Magna Carta de 1988, tendo em vista os princípios constitucionais e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chaves: Constituição Federal de 1988, coisa julgada, Direito Tributário

ABSTRACT

The present study it has as target to excite the dispute on the precision of acceptance of revision of sentences, mainly in the field tributary, loosers the stated periods and independent of the legal hypotheses. It is longed for to explanar that the relativização of the considered thing is indispensable a time that the unconstitutional sentences wound the principles constitutional and the effectiveness of the judgement and eternalize an unconstitutional decision for the absence of legal forecast of revision of these types of decisions, remaining limited to the situations foreseen in the Code of Civil action. In view of the economic globalization reverberating on the systems politician and legal native she is one of the hypotheses of appearance of unconstitutional decisions, and, concomitantly, as bedding of the relativização of the considered thing. With the purpose to improve the adjustment of the subject, first one becomes necessary to appraise the institute of the considered thing and to delimit its main beddings and principles. Continuing in the development of the present monographic work if it makes necessary the study I institute of it in question before its positioning in the Great Letter of 1988, in view of the principles constitutional and its consequences in the Brazilian legal system.

Word-keys: Federal Tax law, 1988 judged thing, constitution

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1 ASPECTOS GERAIS DA COISA JULGADA.....	09
2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE ATO JURÍDICO PERFEITO, COISA JULGADA E DIREITO ADQUIRIDO.....	14
3 A COISA JULGADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	20
4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	27
CONCLUSÃO.....	29
BIBLIOGRAFIA.....	32

INTRODUÇÃO

A coisa julgada é atributo dos efeitos da sentença final de um litígio, ou seja, é a imutabilidade concedida a prestação jurisdicional do Estado, na ocasião em que é apresentada de forma definitiva.

Concluída a relação processual, o julgamento final se torna inatacável e irrevogável conseqüentemente transformando seus feitos de igual modo, em imutáveis. Contudo esse entendimento vem sofrendo grandes ataques, pois a doutrina contemporânea vem defendendo a relativização desse instituto, cujo absolutismo, um tanto quanto recriminado, está aos poucos sendo afastado. Uma das maiores preocupações no tocante à relativização da coisa julgada para determinada parte da doutrina é o risco provocado na segurança jurídica das decisões judiciais, embora outra parte da doutrina defenda a probabilidade de reforma das conseqüências de decisões judiciais inconstitucionais, buscando a efetiva prestação jurisdicional.

O presente estudo tem como escopo excitar a contenda sobre a precisão de aceitação de revisão de decisões judiciais, principalmente no campo tributário, vencidos os prazos e independente das hipóteses legais. Almeja-se explanar que a relativização da coisa julgada é indispensável uma vez que as decisões judiciais inconstitucionais ferem os princípios constitucionais e a eficácia da prestação jurisdicional e eterniza uma decisão inconstitucional pela ausência de previsão legal de revisão desses tipos de decisões, restando limitada às situações previstas no Código de Processo Civil.

Tendo em vista a globalização econômica repercutindo sobre os sistemas político e jurídico pátrio é uma das hipóteses de aparecimento de decisões inconstitucionais, e, concomitantemente, como fundamento da relativização da coisa julgada.

Com a finalidade de melhorar o ajuste do tema, primeiramente se faz necessário conceituar o instituto da coisa julgada e delimitar seus principais fundamentos e princípios. Prosseguindo no desenvolvimento do presente trabalho monográfico se faz necessário o estudo do instituo em questão perante seu

posicionamento na Magna Carta de 1988, tendo em vista os princípios constitucionais e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, o ápice da pesquisa será na ocasião da apreciação da relativização da coisa julgada em matéria tributária.

Para a compreensão de suas características, a forma de coleta de dados será através de documentação direta e indireta, utilizando os métodos dedutivo e dialético, e pesquisa bibliográfica sobre o tema proposto.

1 ASPECTOS GERAIS DA COISA JULGADA

A figura da coisa julgada está ligada diretamente ao princípio da segurança jurídica, o qual é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, responsável pelo equilíbrio das decisões proferidas pelo Poder Judiciário. Nesse sentido leciona Paulo Eduardo de Figueiredo Chacon:

Inicialmente, se faz necessário uma abordagem sobre qual é o entendimento segundo a doutrina do Princípio da Segurança Jurídica, para, dessa forma, adentrarmos nos institutos que lhe comportam e dão efetividade.

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. Miguel Reale, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou a vigência do Direito, afirma que a idéia de justiça liga-se intimamente à idéia de ordem. No próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é degrau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético.

O ilustre doutrinador afirma, ainda, que segundo postulado da ordem jurídica positiva: em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito.

Com efeito, vislumbramos que a obrigatoriedade do direito compõe a segurança jurídica, estando a mesma vinculada ao valor de justiça da cada sociedade.

Segundo Carlos Aurélio Mota de Souza, a segurança está implícita no valor justiça, sendo um 'a priori' jurídico. O doutrinador afirma ainda que se a lei é garantia de estabilidade das relações jurídicas, a segurança se destina a estas e às pessoas em relação; é um conceito objetivo, a priori, conceito finalístico da lei.

Acerca dos elementos que dão efetividade ao princípio, temos que a segurança jurídica é assegurada pelos princípios seguintes: irretroatividade da lei, coisa julgada, respeito aos direitos adquiridos, respeito ao ato jurídico perfeito, outorga de ampla defesa e contraditório aos acusados em geral, ficção do conhecimento obrigatório da lei, prévia lei para a configuração de crimes e transgressões e cominação de penas, declarações de direitos e garantias individuais, justiça social, devido processo legal, independência do Poder Judiciário, vedação de tribunais de exceção, vedação de julgamentos parciais, etc.

Destarte, podemos concluir que o princípio da segurança jurídica possui dependência com direitos e garantias fundamentais da nossa Carta Magna, sendo estas os institutos que lhe darão maior efetividade. (2003, s/n)

A coisa julgada tem o papel de projetar os efeitos da sentença de modo indefinido, visando cuidar da segurança das relações jurídicas, complementando o instituto da preclusão, o qual possui a finalidade fundamental da segurança intrínseca do processo, ao passo que a coisa julgada o preteje de modo extrínseco,

ao passo que a preclusão garante a irreversibilidade das situações jurídicas ocorridas dentro do processo. Contudo a segurança trazida pelo instituto da coisa julgada impede que seja proferida nova decisão a propósito da mesma pretensão, corroborando tal argumentação Bartolomeu Bastos Acioli Lins Filho, traz à baila:

Há, também, diferença lógica, conceitual e prática entre coisa julgada e preclusão. As decisões interlocutórias de um processo não fazem coisa julgada, uma vez que esta é qualidade apenas da sentença. Todavia, por política processual e para que se atenda à segurança jurídica, quanto às questões incidentais, dá-se o fenômeno da preclusão.

No dizer de Chiovenda, a preclusão "consiste na perda duma faculdade processual por se haverem tocados os extremos fixados pela lei para o exercício dessa faculdade no processo ou numa fase do processo".

Em outras palavras, seria a impossibilidade de se exercer ato processual, em virtude de sua inadequação com as regras legais.

Frise-se, por fundamental, que a preclusão independe de declaração judicial, sendo fenômeno que ocorre por si só. Assim ensinam os doutrinadores; assim se vê na lei.

Ensina Stefano Riccio que a preclusão não é sanção, posto que o ato sequer chega a existir. Assim: "não é um ato viciado; é um ato ao qual é negado nascimento por consunção do interesse, (...) é, conseqüentemente, um ajuste no processo".

A doutrina apresenta classificação do instituto em três espécies, a saber, preclusão temporal, lógica e consumativa.

A cada parte da lide são oferecidos prazos para que exerçam os respectivos atos no curso do processo. Os prazos, via de regra, são estabelecidos em lei.

Entretanto, quando assim não o for, assiná-lo-á, o juiz, dosando-o conforme sua prudência. Quando a parte é omissa e deixa escoar *in albis* o tempo destinado à realização do ato, ocorre a preclusão temporal.

Porém, ainda que dentro do prazo estabelecido, se a parte praticar determinado ato em confrontação lógica com outro, o primeiro dará ensejo à preclusão lógica do segundo.

Exemplo disto: uma parte cumpre a determinação de pagar a outra certa quantia, imediatamente após a sentença e, depois de alguns dias, resolve interpor recurso de apelação.

A última das espécies consignadas pela doutrina é a preclusão consumativa, que vem a ser aquela em que a parte já realizou determinado ato e, posteriormente vem a repeti-lo. Não pode, *v.g.*, a mesma parte, apresentar duas apelações, ainda que ambas sejam interpostas dentro do prazo legal.

Decline-se aqui apenas que uma das conseqüências dos recursos é o de não fazer precluir a possibilidade de se revisar determinada decisão.

Não iremos, entretanto, ingressar no estudo dos recursos, uma vez que o presente trabalho não comporta tal amplitude. (2003, s/n)

Dessa forma, a garantia da coisa julgada atribui estabilidade às decisões judiciais. O escopo é evitar que os processos durem perpetuamente. De outra banda deve ser observado o princípio constitucional do acesso à justiça, previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, assegura

soluções justas, conforme lecionam Reinaldo Lucas de Melo e José Arnaldo Vitagliano:

O amplo acesso ao judiciário e a coisa julgada são garantias tanto processuais como constitucionais, uma vez que a Constituição, em princípio, erigiu a coisa julgada ao status de dogma constitucional, protegendo-a constitucionalmente, portanto; mas, essa mesma constituição, em contrapartida, não concede poderes ilimitados à coisa julgada, pois, faculta ao cidadão o amplo acesso ao judiciário e, tanto a lei processual como a lei material, prevêm casos em que, apesar de existir uma sentença transitada em julgado, a mesma, viciada de alguma forma, pode ser passiva de uma ação que a inutilize.

Ao mesmo tempo em que se protege o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, visando dar segurança às decisões do judiciário, essa mesma proteção não pode servir de instrumento para que se pratique a ilegalidade "maquiada" de legalidade, por estar coberta (em tese) com o manto da chamada coisa julgada. Somente se terá ato jurídico perfeito se esse ato for realmente praticado dentro de todos os restritos preceitos legais, despidido de qualquer vício que o macule, que o inutilize. Tendo, o ato, sido praticado dentro de todos os preceitos de legalidade, tratar-se-á, somente então, de ato jurídico perfeito, coberto com o manto imaculado da coisa julgada.

Os instrumentos que combatem as sentenças que, apesar de transitadas em julgado, são viciadas de alguma forma, visando rescindi-las, são previstos tanto na legislação formal como na material e, neste despretensioso trabalho, foi exposto um pouco de cada assunto, assim como um pouco dos entendimentos tanto doutrinários como jurisprudenciais do tema, com algumas de nossas observações. (2000, s/n)

Hodiernamente, não existe segurança constitucional absoluta, devendo os valores da moralidade e legalidade serem analisados ponderadamente.

A relativização da coisa julgada não forma matéria nova, ao passo que já era previsto no sistema normativo processual, representada através da ação rescisória e em certas situações previstas no artigo 485 do Código de Processo Civil. A inovação reside na possibilidade de flexibilização da coisa julgada para situações que não foram dispostas no dispositivo legal acima citado, bem como para invalidar o uma decisão inconstitucional transitada em julgado, surgindo nova determinação processual, assim já lecionava Humberto Theodoro Júnior e Juliana Cordeiro de Faria (2002).

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

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

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;
§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.
§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, a celeuma criada se embasa no impasse criado entre a justiça concreta e a segurança jurídica, mesmo que isso provoque uma provável injustiça individual:

Sendo um elemento imunizador dos efeitos que a sentença projeta para fora do processo e sobre a vida exterior dos litigantes, sua utilidade consiste em assegurar estabilidade a esses efeitos, impedindo que voltem a ser questionados depois de definitivamente estabelecidos por sentença não mais sujeita a recurso. A garantia constitucional e a disciplina legal da coisa julgada recebem legitimidade política e social da capacidade, que têm, de conferir segurança às relações jurídicas atingidas pelos efeitos da sentença.(2001, p. 08)

Contudo, em situações conflituosas entre os princípios constitucionais da justiça e da segurança jurídica, é imprescindível que sejam analisadas as peculiaridades do caso em conteúdo, para somente após isso constatar qual princípio deve prevalecer.

Conforme leciona José Augusto Delgado (2002), diversos princípios são de suma relevância para a obtenção da finalidade do processo e da ordem jurídica. Perante o choque entre o princípio da segurança jurídica e os demais princípios, é imprescindível sopesar, qual terá maior relevância para a efetivação dessas finalidades, nunca deixando de lado as peculiaridades do caso concreto. Com isso almeja-se obter equilíbrio entre o instituto da coisa julgada e as demais garantias constitucionais, buscando sempre a pacificação social com efetiva justiça.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE ATO JURÍDICO PERFEITO, COISA JULGADA E DIREITO ADQUIRIDO

Enrico Tullio Liebman, devidamente traduzido por Ada Pelegrini Grinover, conceitua coisa julgada como sendo:

É a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela 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, imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato. (1984, p. 54)

A partir desse conceito é possível constatar a distinção entre de coisa julgada formal e material. A coisa julgada formal é responsável pelo equilíbrio interno do julgamento, tornando-se inalterável no processo, por força da preclusão. Ao passo que na coisa julgada material o julgamento se faz regra imutável para a situação litigiosa que foi solucionada, restando vinculados os litigantes e também os órgãos jurisdicionais do Estado, de forma empecem novo pronunciamento acerca da lide e as questões a ela inerentes. (MORAES, 2007)

Ainda, acompanhando o posicionamento de Alexandre de Moraes (2007), cumpre observar que não são dois institutos distintos, mas sim atributos de um mesmo instituto jurídico, dos quais se destaca a coisa julgada material, pois é a qualidade exclusiva dos efeitos de julgamentos que resolvem a lide, uma vez que aqueles que revelam a inadmissibilidade da tutela jurisdicional, por não decidirem o mérito, não se revestem da imutabilidade fora da relação processual. O alcance dos efeitos da coisa julgada material centraliza as discussões acerca da necessidade de sua relativização, pois são instrumentos de avaliação e segurança da concretização do princípio da segurança jurídica e acesso à justiça, cobijados no processo. O artigo 467 do Código de Processo Civil estabelece os limites da coisa julgada material.

A coisa julgada está consagrada constitucionalmente pelo artigo 5º, inciso XXXVI, que determina “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Ainda, seguindo o entendimento de Alexandre de Moraes (2007), a coisa julgada material não pode ser alcançada por leis posteriores, embora modifique de modo relevante os termos legais utilizados pelo judiciário para a solução da lide. Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, imutabilidade conferida pela coisa julgada atribui efeitos à decisão da lide, e do mesmo modo, o direito público subjetivo tem a faculdade de exigir o acatamento da coisa julgada, bem como, de acordo com o supra citado autor, a reverência ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada não oferece antagonismo com a retroatividade ou até mesmo com a ação retroativa admitida como princípio. É certo que a legislação a princípio pode retroagir, desde que devidamente resguardadas todas as hipóteses previstas no artigo 5.º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, como do mesmo modo podem não retroagir, possibilitando ação retroativa nestas hipóteses.

A proteção consagrada na Constituição Federal de 1988 ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada protege a estabilidade dos direitos individuais, que decorre de situações jurídicas individuais baseadas em interesse pueril ou legítimo, na perspectiva de direito ou ainda em direito condicionado. A proteção do rol previsto no inciso XXXVI do artigo 5º da Magna Carta se origina com o conflito de norma no tempo, conforme defende Marlon Tomazette (2004).

Nas palavras de Wilson Leite Corrêa:

É característica fundamental do estado de direito a estabilidade das relações jurídicas, o que se dá pela garantia aos direitos subjetivos regularmente constituídos e que se integraram ao patrimônio jurídico do titular do direito. Conhecido como princípio da segurança jurídica essa garantia é fundamental ao pleno desenvolvimento da sociedade que, abrogado tal princípio, estaria em flagrante instabilidade, gerada pela mutabilidade permanente das situações e direitos.

Nesse diapasão é inevitável a conclusão de que o Princípio da Segurança Jurídica deve ser respeitado, aliás, Roubier, partindo de estudos de Radbruch sobre a matéria, diz que existe um permanente confronto entre o princípio da segurança jurídica e o realismo da sociedade vigente, com as contínuas e intermináveis mutações, que decorrem do próprio desenvolvimento da sociedade, acabando por concluir que só triunfaram as culturas que garantiram a estabilidade das relações através do princípio da segurança jurídica.

Entretanto, não se pode nesta análise, deixar de acentuar que nas hipóteses levantadas, a supremacia é sempre da Constituição, mesmo a

consagração da prevalência do direito subjetivo ante ao processo de reforma constitucional acaba por confirmar a supremacia da constituição e que, em todos os casos mencionados, o raciocínio parte da regularidade na formação do direito subjetivo.

Desse modo, o reconhecimento de inexistência de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito contra a Constituição e, a possibilidade de sua arguição a qualquer tempo, não contribui para instabilidade das relações jurídicas, nem infirma o princípio da segurança jurídica, antes o confirma, assim como a supremacia da Constituição e o direito subjetivo validamente constituído, atuando como fator acerto dos atos jurídicos ao ápice de todo o ordenamento, uma vez que será desprezado apenas o direito subjetivo material e/ou formalmente imperfeito, que ressoa-se falhas na sua formação. (1999, s/n)

No tocante ao direito adquirido se faz imperioso o estudo do artigo 6.º, § 2.º, da Lei de Introdução ao Código Civil, conforme traz à baila Douglas Camarinha Gonzáles:

Algumas informações necessárias precisam ser esclarecidas nessa terminologia legal. A doutrina apreciando a questão tem se posicionado conforme as felizes palavras de Teori A. Zavascki "O termo "consumado" [refere-se ao ato jurídico perfeito, art. 6º, § 1º, da LICC] deve ser entendido como se referindo aos elementos necessários, à existência do ato, e não à execução ou aos seus efeitos materiais. Ou seja: ato consumado é ato existente (em que se acham completos, "consumados", todos os requisitos para a sua formação), ainda que pendentes (= ainda que não "consumados") os seus efeitos". Quanto à interpretação literal do disposto a respeito do direito adquirido, mister ainda alguns reparos. Neste diapasão prossegue o autor "A segunda parte do dispositivo [refere-se ao direito adquirido, art. 6º, § 2º, da LICC] trata dos direitos cujo exercício está condicionado. Não se confundem tais direitos com as chamadas expectativas de direito. Os direitos condicionados, ou expectativos, são direitos existentes, estando condicionado, ou expectante, apenas o seu exercício. Diferentemente é o que ocorre com as chamadas expectativas de direito, situações em que não há direito algum, já que pendentes ("em expectativa") de configuração os próprios requisitos básicos à sua existência"(2).

O art. 6º, da LICC vem complementar o seu art. 2º, e portanto devem ser compreendidos juntos. Por sua vez o art. 2º da LICC prescreve: "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.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência".

Revogar implica fazer cessar a vigência da norma, retira-se a norma revogada do ordenamento jurídico, mas as relações jurídicas, e sua eficácia, construídas sob o amparo dessa norma revogada não são atingidas, subsistem e continuarão subsistindo, pois a revogação produz efeitos *ex nunc*— daí para o futuro. Numa comparação extravagante se Tício viveu, teve Caio como filho, e depois morreu. Não obstante tenha morrido continuará sendo o pai Tício, continuará sendo o pai de Caio e continuará nas memórias dos vivos. O mesmo aplica-se às normas, ainda que

revogadas, permanecem eficazes nas situações jurídicas constituídas sob o seu império quando consubstanciadas em direito adquirido, ato jurídico perfeito e em coisa julgada. Esses devem refletir a eficácia e "as memórias" daquela norma. (2000, s/n)

São direitos adquiridos são aqueles exercidos por seu titular ou por alguém que possa exercê-lo. São direitos exigíveis de acordo com a pretensão do seu titular. Contudo, não foi exercido até a promulgação da nova legislação. Somente foi agregado ao seu patrimônio jurídico para ser desempenhado conforme as oportunidades que surgirem.

Uadi Lammêgo Bulos leciona sobre o tema:

Diz-se direito adquirido aquele que já se integrou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma, nem fato posterior possam alterar situação jurídica já consolidada sob sua égide.

Trata-se de "todo direito que é consequência de um fato idôneo para gerá-lo em razão de norma vigorante antes da entrada em vigor de uma nova norma relativa ao mesmo assunto e que, nos termos do novo preceito sob o império do qual o fato aconteceu, tenha ele (o direito originado do fato acontecido) entrado, imediatamente, a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu".

Por outro lado, o instituto em estudo funciona como elemento estabilizador para proteger direitos sedimentados na vida diária dos homens e dos povos, almejando o ideal da segurança jurídica.

A questão central é saber como fica o inc.XXXVI, do art.5º, diante do princípio implícito da segurança jurídica, e quais as possibilidades de sua efetividade, ou seja:

1º) de sua eficácia social ou realização concreta;

2º) de sua estabilidade ou eficácia ex post das decisões jurisdicionais já consolidadas;

3º) de sua previsibilidade ou eficácia ex ante, decorrente da certeza, por parte dos homens, dos resultados que os atos jurídicos-normativos podem produzir em relação ao seu câmbio de expectativas.

Daí a segurança jurídica pressupor a positividade do direito.

Ela - a segurança - se qualifica como jurídica, precisamente porque é fruto de uma regulamentação legislativa, de uma tipificação normativa (tatbestand).

Nesse sentido, a segurança jurídica depende de um conjunto de normas aptas a garantir aquilo que se denomina câmbio de expectativas, ou seja, o complexo de condições que visam a proteger o cidadão do arbítrio, gerando uma atmosfera de certeza nas relações.

Essa certeza é a base da segurança, encontrando na igualdade de condições a sua ratio essendi, porque o cidadão, através de sua observância, poderá saber as consequências de suas próprias ações, tendo em vista os efeitos que a ordem jurídica atribui ao seu comportamento.

Disso exsurge o funcionamento prático da garantia dos direitos adquiridos.

Incide quando é deflagrado o processo de criação de novas leis ou da reforma daquelas já existentes, servindo para resguardar benefícios oriundos de situações jurídicas vantajosas para o sujeito, as quais foram consolidadas antes da entrada em vigor de novas disposições legais.

Sendo assim, é possível conceber o direito adquirido como aquele que já se integrou, em definitivo, ao patrimônio do seu titular, sem que lei nova possa

alcançá-lo, porque seu papel é manter, no tempo e no espaço, os efeitos jurídicos de preceitos que sofreram mudanças ou supressões.

No plano concreto de produção dos efeitos das normas jurídicas, consequências processuais decorrem da garantia constitucional do direito adquirido.

O Supremo Tribunal Federal, tendo em vista a face instrumental da garantia em análise, firmou a impossibilidade de a lei nova ser impugnada, na via abstrata de controle de constitucionalidade, sob o argumento de estar violando direito adquirido, quando, na realidade, não esteja incidindo sobre situações passadas.

Reitere-se que inexistente direito adquirido contra a Constituição, assertiva majoritária na doutrina e, também, na jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Realmente, nem mesmo o direito pode molestar o passado das pessoas.

O que ele pode é prover para o presente e o futuro delas, jamais violando o que já se constituiu sob o amparo da ordem jurídica.

Por isso, não há direito adquirido contra a constituição, mas direito adquirido com a constituição e em razão dela.

Nos "sistemas de Direito Escrito, Legislado e Codificado, torna-se juridicamente impossível a interpretação contra legem, porque, se ocorrente, produziria uma violação dos princípios fundamentais da certeza e segurança da ordem jurídica, que têm na lei a sua fonte de maior expressão e hierarquia, só devendo obediência à constituição". (2000, s/n)

De acordo com o que estabelece o parágrafo 1º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil é considerado ato jurídico perfeito aquele já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, é o direito consumado e acabado, no entanto não foi exercido. A diferença desse institui para o direito adquirido reside em que esse decorre de modo direto da lei em benefício de seu titular, ao passo que o ato jurídico perfeito se trata de alguma situação fundamentada legalmente, sua segurança é um meio para assegurar o direito adquirido.

Corroborando a distinção acima exposta, leciona Douglas Camarinha Gonzáles:

A distinção preliminar básica que devemos perfazer entre direito adquirido e ato jurídico perfeito consiste na própria idéia semântica de um e de outro. O primeiro nada mais é do que uma espécie de direito subjetivo definitivamente incorporado ao patrimônio jurídico do titular, mas ainda não consumado, sendo, pois, exigível na via jurisdicional se não cumprido pelo obrigado voluntariamente. O titular do direito adquirido está protegido de futuras mudanças legislativas que regulem o ato pelo qual fez surgir seu direito, precisamente porque tal direito já se encontra incorporado ao patrimônio jurídico do titular – plano/mundo do dever-ser ou das normas jurídicas – só não fora exercitado, gozado – plano/mundo do ser, ontológico. O titular do direito adquirido extrairá os efeitos jurídicos elencados pela norma que lhe conferiu o direito mesmo que surja nova lei contrária a primeira. Continuará a gozar dos efeitos jurídicos da primeira norma mesmo depois da revogação da norma. Eis o singelo entendimento do direito adquirido.

Já o ato jurídico perfeito é o título ou fundamento que faz surgir o direito subjetivo, é todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos (art. 81 do CC). Na lição de Limongi França, ato jurídico perfeito é aquele que sob o regime de determinada lei tornou-se apto para produzir os seus efeitos pela verificação de todos os requisitos a isso indispensável. Assim, o ato jurídico perfeito deve ser analisado sob a ótica de forma.

Podemos dizer que o ato jurídico perfeito é um instituto irmão do direito adquirido, algumas vezes aquele surge antes desse, como no caso do testamento válido, lavrado e assinado, mas ainda vivo o testador, ou, um negócio jurídico sujeito a condição suspensiva. Nesses exemplos há ato jurídico perfeito, pois tais atos foram constituídos validamente sob a égide de uma lei válida, porém em ambos inexistente direito adquirido, vez que, respectivamente, o testador ainda vive, e, a condição suspensiva ainda não ocorreu, art. 118 do C.C. Logo não houve a completude do fato concreto gerador do direito subjetivo. Nesse trabalho devemos enfocar o direito adquirido sob a ótica de fundo, já o ato jurídico perfeito sob a ótica de forma. José Afonso da Silva ainda distingue os institutos ao dizer que o direito adquirido emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto que o ato jurídico perfeito é negócio fundado na lei. Ou seja, o direito adquirido é uma espécie de direito subjetivo, ao passo que o ato jurídico perfeito é um negócio jurídico ou o ato jurídico *stricto sensu* segundo a visão civilista. Para nós tanto direta e imediatamente da lei como dos atos jurídicos – os contratos, as declarações unilaterais de vontade – e portanto indireta e mediamente da lei, podem dar ensejo ao direito adquirido.

Atente-se para o fato que só surgirá direito adquirido quando houver a completude dos seus requisitos e fatores de eficácia, elencados pelo regime jurídico peculiar do direito positivo que rege o ato, incidindo por completo o direito objetivo fazendo assim nascer o direito subjetivo, a partir daí adquirido. (2000, s/n)

Portanto existe um liame muito estreito entre os três institutos, direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Uma vez que, um instituto, necessitar dos outros.

3 A COISA JULGADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A coisa julgada não pode ser atingida, mesmo por lei posterior, conforme estabelece o artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, ao dispor: "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Ao passo que a norma legal deve respeitar a coisa julgada.

Contudo essa redação faz abrolhar conflitos importantes. A fundamental cealuma surge da indagação sobre o alcance da proteção constitucional, se a Magna Carta preserva a sentença transitada em julgado, nos âmbitos formais e materiais.

Em conformidade com o entendimento de José Afonso da Silva (2002), o conhecimento do preceito constitucional não emana apenas da interpretação literal ou gramatical da norma, porém da interpretação realizada de forma sistemática e valorativa dos princípios constitucionais. Dessa interpretação conclui-se que ao diploma legal é vedado causar lesões ao conteúdo do julgado protegido pelo fenômeno da coisa julgada. Posteriormente a publicação da sentença, não é indulgente que a legislação que regulou a matéria seja modificada, uma vez que a decisão proferida pela sentença é intocável, não sendo possível impugnar determinação distinta, embora editado legalmente.

Continuando, o referido autor, assim sendo, o direito individual atinente a caso concreto um específico torna-se intangível através do amparo constitucional.

Nesse sentido José Afonso da Silva erradica qualquer dúvida que paire sobre a abrangência da proteção conferida pela Constituição Federal de 1988:

O que se protege é a prestação jurisdicional definitivamente outorgada. Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. É, em certo sentido, um ato jurídico perfeito, mas o constituinte a destacou como um instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica. Assim como ocorre com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, a proteção se circunscreve à esfera do direito subjetivo enunciado na sentença transitada em julgado. (2002, p. 434/435)

No tocante à intangibilidade da coisa julgada como princípio constitucional leciona Luis Marcello Bessa Maretti:

Existe ainda outro posicionamento que toma a intangibilidade da coisa julgada como princípio constitucional, mas com fundamento diverso ao daquele utilizado pelos defensores da tese acima esposada.

Com efeito, Leonardo Greco entende que a garantia à coisa julgada não estaria disposta pelo artigo 5º, XXXVI, mas sim pelo *caput* do artigo 5º, na figura da segurança jurídica.

A coisa julgada está mencionada expressamente apenas no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Se o controle concentrado de constitucionalidade tivesse natureza legislativa, ainda que apenas com o caráter de legislador negativo, como pensam alguns, a coisa julgada por si só já estaria preservada pelo advento da decisão *erga omnes* do Supremo Tribunal Federal sobre a questão constitucional. A Corte Constitucional teria criado um direito novo, no caso da declaração de inconstitucionalidade, aplicável apenas para o futuro. Mas a doutrina polemiza sobre a natureza legislativa, política ou jurisdicional do processo constitucional, o que não permite extrair do mencionado dispositivo o acolhimento da coisa julgada como garantia ou direito fundamental, tanto mais que no Brasil, a doutrina constitucional e a jurisprudência, com frequência, atribuem a esse dispositivo apenas o alcance de consagrar a irretroatividade da lei, e não de dar dignidade supra-legal à coisa julgada, o que encontraria óbice na universal admissão de ações rescindentes de julgados.

Todavia, parece-me que a coisa julgada é uma importante garantia fundamental e, como tal, um verdadeiro direito fundamental, como instrumento à eficácia concreta do direito à segurança, inscrito como valor e como direito no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º da Constituição de 1988. A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica.

Neste diapasão, importante ressaltar o que corresponderia a segurança jurídica. Para este mesmo autor esta seria “o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.”

Igualmente, Luís Roberto Barroso nos ensina que a segurança jurídica juntamente com a justiça e o bem-estar social, formam um dos fundamentos do Estado e do Direito. O Estado teria o seu poder para fundar e criar o Direito reconhecido com base na segurança jurídica.

Desta sorte, se o Estado não oferecer esta garantia, a jurisdição nunca asseguraria em definitivo a eficácia concreta dos direitos dos cidadãos. A coisa julgada, corolário da segurança jurídica, seria igualmente uma garantia dos demais cidadãos, e não apenas das partes no processo em que ela se formou, pois, todos aqueles que travam relações jurídicas com alguém que teve determinado direito reconhecido judicialmente, devem poder confiar na certeza desse direito que resulta da eficácia que ninguém pode negar aos atos estatais.

Sendo assim, para esta corrente, a intangibilidade da coisa julgada extrairia seu fundamento constitucional no princípio da segurança jurídica insculpido no preâmbulo e no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal, sendo corolário deste, e não no artigo 5º, XXXVI, que seria apenas uma regra garantidora contra a irretroatividade das leis. (2006, s/n)

A inclusão na relação dos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal de 1988 atribui à coisa julgada uma autocracia e imutabilidade apenas ilusórias, embora a vedação seja restrita à afronta à coisa julgada concretizada por lei posterior. É admissível que o instituto seja alterado, mas que seja sustentada a imutabilidade das sentenças compreendidas.

O legislador constituinte se preocupa somente acerca da intangibilidade coisa julgada dos efeitos de lei nova que trouxesse regra distinta da que foi utilizada como base para a decisão da relação jurídica objeto da sentença não mais sujeita a recurso.

Nas palavras de Violeta Paula Cirne de Góis:

Conforme o já exposto anteriormente, a coisa julgada é instituto assegurativo de que o reconhecimento ou não dos seus efeitos, considerados ou não os seus graus de eficácia coercitiva, não se configura *in casu*, isto é, pelo esbarro autocrático, reconhecido como evidência máxima por uma autotutela interpretativa do juízo de execução. Não é a coisa julgada que precisa ser relativizada para mitigar o *imperium* impossível de uma sentença de mérito, mas há de ser recepcionada em sua nova plenitude teórica como um instituto autônomo do direito constitucional processual brasileiro, para impor o *due process* na relativização, declaração ou reconhecimento de eficácia dos efeitos da sentença de mérito.

O que seria relativizável é a preclusão máxima que qualifica os efeitos da sentença de mérito como óbice de revisibilidade dentro ou fora do mesmo *iter* procedimental de sua produção. Deste modo, a coisa julgada assegura que a possibilidade jurídica de reabertura ou rediscussão do julgado somente ocorra nos limites acionais do ordenamento jurídico pelo devido processo. Se o ordenamento não dispõe do meio procedimental a esse objetivo, não é a coisa julgada que deve sofrer abalos em seus contornos teórico-constitucionais, mas o que falta é a via democrática para encaminhar tal finalidade.

Buscando mais uma vez os ensinamentos de Rosemiro Pereira Leal, este relata que

A busca de relativização de uma autoridade que não mais integra desde a Constituição Federal de 1988, o instituto da coisa julgada assume conotações inócuas à medida que se tenham como fundamento desta pretensão exemplos jurisprudenciais que, ante o vazio de uma legislação infra-constitucional oferecem repostas pelo talento do julgador, erigindo ementários e súmulas a frente do sistema ordenamental constitucionalmente vigorante para preconizar uma esdrúxula coisa julgada inconstitucional. Claro que não se descartam inconstitucionalidades na constituição, porque esta não é um texto cartográfico que emerge da redação lingüístico-jurídico-normativa, mas uma teoria jurídico-política que se formaliza e se identifica por paradigma hermenêutico como referente interpretativo para todos indistintamente, produtor e destinatário normativo.

O que na verdade se quer demonstrar é a importância essencial da segurança das decisões judiciais, como garantia constitucionalmente assegurada. Por sua vez, a coisa julgada material é atributo indispensável ao Estado Democrático de Direito e à efetividade do direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário – obviamente quando se pensa no processo de conhecimento.

Porém, não se pode descartar que de nada adianta falar em direito de acesso à justiça sem dar ao cidadão o direito de ver o seu conflito

solucionado definitivamente. Por isso, se a definitividade inerente à coisa julgada pode, em alguns casos, produzir situações indesejáveis ao próprio sistema, não é correto imaginar que, em razão disso, ela simplesmente possa ser desconsiderada.

Comungando deste sentido externado anteriormente, está o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni que explica

O que aconteceu, *diante da inevitável possibilidade de comportamentos indesejados pelo sistema*, foi a expressa definição das hipóteses em que a coisa julgada pode ser rescindida. Com isso, objetivou-se, a um só tempo, dar atenção a certas situações absolutamente discrepantes da tarefa jurisdicional, mas sem eliminar a garantia de indiscutibilidade e imutabilidade, inerentes ao poder estabelecido para dar solução aos conflitos, como também imprescindível à efetividade do direito de acesso aos tribunais e à segurança e à estabilidade da vida das pessoas.

No entanto, diga-se de passagem que as teses da "relativização" não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Ora, admitir que o Estado-Juiz errou no julgamento que se cristalizou, obviamente implica em aceitar que o Estado-Juiz pode errar no segundo julgamento, quando a idéia de "relativizar" a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça. Portanto, com base nos argumentos supra, vê-se que não é possível exigir a forma mais perfeita e isenta de erros para solucionar a lide, uma vez que o ser humano é passível de falhas, inerentes portanto a sua própria personalidade. (2007, s/n)

Assim com base nas palavras acima citadas de Violeta Paula Cirne de Góis, mais um fundamento favorável ao fim do absolutismo da coisa julgada material é o fato de que sequer as leis e atos normativos federais são absolutos, sendo possível serem julgados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, é incoerente conceber que a sentença transitada em julgado seja absoluta, sendo impossível sua revisão após o prazo prescricional da ação rescisória.

Contudo, é imprescindível que seja demonstrado que não é possível a conservação de sentenças inconstitucionais, cuja possibilidade de revisão é bastante restrita, por força da concretização equivocada de segurança jurídica.

O alicerce para a consolidação das sentenças é a segurança jurídica. Dessa forma a inconstitucionalidade compromete a segurança e certeza jurídica, da coisa julgada motivo pelo qual não é admissível a intangibilidade nesses casos.

De acordo com Rodrigo Murad do Prado:

A maior preocupação da doutrina baseia-se na forma pela qual deve ser desconstituída a coisa julgada inconstitucional. Neste aspecto, existem entendimentos diversificados sobre quais instrumentos jurídicos devem ser manejados para a busca da referida desconstituição.

De início, vale ressaltar que a matéria ainda demanda grandiosos estudos pela doutrina e de soluções pela jurisprudência, acerca do caminho mais adequado para se atingir a certeza de que as decisões judiciais de desconstituição da coisa julgada inconstitucional não feririam a sistemática processual e constitucional do Brasil.

Os juristas Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Medina apresentam em sua obra a primeira solução (que não lhes pertence) para a desconstituição: a ação rescisória. Neste sentido, a sentença gera efeitos e é plenamente válida, sendo a rescisória o único remédio no caso de declaração posterior da inconstitucionalidade..

Sendo assim, segundo a posição de Teresa Wambier e José Medina, a sentença fundada em uma lei, que posteriormente foi declarada inconstitucional, em sede de controle de constitucionalidade, é sentença inexistente, podendo ser impugnada a qualquer tempo, por meio de ação declaratória de inexistência de coisa julgada, pois a ela não se aplica o prazo preclusivo, previsto no artigo 495 do Código de Processo Civil.

A síntese do pensamento dos autores acima é fundada no fato de faltar no processo a causa de pedir, pois esta se funda em uma norma, e não existindo a norma, por ter sido esta extraída do mundo jurídico, deve-se o Poder Judiciário garantir a eficácia *ex tunc*, de todas as consequências da norma tida como inconstitucional, em sede de controle de constitucionalidade, de forma a garantir o estado das relações jurídico-sociais anterior à vigência da norma. Neste termos, estaria em plena harmonia com a Constituição, defendendo o perfeito funcionamento do Estado Democrático de Direito, por meio do amplo acesso à justiça, determinado pelo artigo 5, Inciso XXXV.

Diante disso, observa-se que, se estamos diante de uma sentença, já acobertada com o manto da coisa julgada, consolidada com base em uma lei, que no momento do trânsito em julgado da decisão era vigente, esta decisão encontra-se em plena harmonia com o que prevê o artigo 458 do Código de Processo Civil.

Posteriormente, vem o Supremo Tribunal Federal em sede de ação direta de inconstitucionalidade, e declarar inconstitucional a lei na qual se fundou a sentença; estamos aí diante de uma sentença que não preenche os requisitos do artigo 458 do Código de Processo Civil, pois como já apresentado, em regra, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade são *ex tunc*, ou seja, retroativos, portando estamos diante de uma nulidade absoluta da sentença, conforme pensam Humberto Theodoro e Amaral Santos, na citação apresentada.

Não se pode olvidar que a coisa julgada inconstitucional é nula e atacada não por ação rescisória, mas por ação declaratória de nulidade da decisão, a chamada *querela nullitatis*.

Consumados assim a nulidade da coisa julgada inconstitucional e o cabimento da *querela nullitatis*, uma outra hipótese é a da desconstituição por meio do manejo dos Embargos à Execução, onde o fundamento encontra respaldo na inexigibilidade do título judicial, por ser o mesmo eivado de nulidade absoluta, previsto no artigo 741, II do Código de Processo Civil.

Esta hipótese de desconstituição recentemente foi convalidada com a edição da medida provisória n. 2.180-35/2001, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 741 do Código de Processo Civil, que apresenta a seguinte redação:

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

Com isso se convalida a tese de que a coisa julgada inconstitucional é nula na medida em que o legislador já decretou a inexigibilidade do título fundado em coisa julgada com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Neste diapasão temos que a coisa julgada, com base em lei declarada inconstitucional, é nula de pleno direito. É que não está restrita ao manejo da ação rescisória e tampouco se submete ao prazo de dois anos para sua impugnação. Podendo ser desconstituída então a qualquer tempo, quer por

ação autônoma, declaratória de nulidade da coisa julgada (*querela nullitatis*), quer em sede de embargos à execução. (2005, s/n)

Assim, com base nas palavras de Rodrigo Murad do Prado, a revisão da coisa julgada não pode ser feita de forma incomensurável, ao passo que a situação seja invertida, e passe a coexistir riscos aos direitos subjetivos. Dessa forma, na relativização desorganizar da coisa julgada em matéria tributária poderia ocasionar, propositura de tantas ações rescisórias quantos fossem os processos em que o Estado tivesse sucumbido.

De modo óbvio, a necessidade de flexibilização em certos casos deve ser analisada com cuidado, embora se trate de uma disposição a inconstitucionalidade apenas deve ser reconhecida acima de qualquer dúvida plausível, e não embasada nos princípios gerais do Direito.

Nesse sentido, Paulo Halfeld Furtado de Mendonça leciona:

A flexibilização da sentença inconstitucional passada em julgado é uma idéia que inicialmente possui forte conteúdo sedutor, grande capacidade de atrair para si toda a aprovação. Especialmente quando relatados os casos, que se apresentam como um aparente "xeque-mate" para o valor justiça. Sobre isso afirma Nelson Nery Junior "Essa corrente está na moda, havendo até quem acredite que ela seja de vanguarda"^[77].

Todavia, ultrapassada a comoção inicial resultado da apresentação dos casos, a análise mais aprofundada mostra que a sentença inconstitucional passada em julgado não pode ser objeto de ataque. Nessa direção foi o dizer de Calmon de Passos "exemplos que querem apenas reforçar uma tese que não comporta reforço nenhum..."^[78] Por outro lado, os argumentos jurídicos que procuram sustentar a flexibilização são, *data venia*, simplistas. Assim, todo cerceamento de liberdades deve ser veementemente repudiado. E a flexibilização da sentença inconstitucional passada em julgado põe em risco nossa liberdade, é um ataque ao Estado democrático de direito, que nem a ditadura nazista usou.

Cumpra também lembrar que a flexibilização da sentença inconstitucional passada em julgado poderá gerar uma repetição sem fim de demandas, pois o vencido, muito possivelmente, se sentirá injustiçado (ainda que a decisão tenha sido objeto de todos os recursos possíveis ou que esteja esgotado o prazo para ajuizamento de ação rescisória e ainda que a decisão contenha intrinsecamente o exame do valor justiça) e, ao encontrar na decisão judicial alguma contrariedade à Constituição, submeterá ao Judiciário, novamente a mesma questão. Como o Judiciário já está com uma taxa de congestionamento^[80] acima do desejável, a situação seria agravada.

O sistema processual civil brasileiro é considerado como um dos melhores do mundo. A flexibilização da sentença inconstitucional passada em julgado afetará substancialmente sua estrutura básica, "mas é equivocado, em qualquer lugar, destruir alicerces quando não se pode propor uma base melhor ou mais sólida."^[81]

Ousaremos, aqui, pois, apresentar ao nosso legislador a sugestão de acrescentar o inciso X, ao artigo 485 do Código de Processo Civil, incluindo a

ação rescisória especial, também conhecida por rescisória *secundum eventum probationis*. Outra sugestão seria a de majorar o prazo para a propositura da ação rescisória. Tudo isso visando resguardar a sentença transitada em julgado, ainda que inconstitucional, que deve prevalecer em face da segurança jurídica e da preservação do Estado democrático de direito. (2006, s/n)

Dessa forma, a atual conjuntura nacional, prejudicada por força de circunstâncias prejudiciais instituídas pela globalização econômica, a imutabilidade da coisa julgada não mais se justifica em qualquer âmbito do Direito, e, principalmente, na esfera tributária, abalizada por conflitos entre Estado e cidadão.

4 A FLEXIBILIZAÇÃO DA COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A contenda acerca da relativização da coisa julgada provoca uma oscilação de proporções incomensuráveis, envolvendo a necessidade de revisão do ordenamento jurídico pátrio.

O progresso constante e o desempenho em vários campos do conhecimento humano possibilitam a existência dos mais diversificados conceitos de globalização, condicionada ao contexto onde serão inseridos.

De acordo com o entendimento de Lucas de Almeida Maia (2008), dentre as conseqüências oriundas da globalização econômica, se sobressaem as negativas, delineando um cenário de incompetência do Estado não apenas no tocante às empresas transnacionais, mas do mesmo modo aos órgãos internacionais, tais como a Organização Mundial do Comércio, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional; sobretudo no caso do Fundo Monetário Nacional, a responsabilidade pela suposta instabilidade financeira, é conseqüência da coação desempenhada sobre países atrelados a empréstimos.

Apresentada uma circunstância extremada em que certos Estados periféricos estejam impossibilitados de constituir tributos aplicáveis sobre a riqueza, que, passem a optar onde pagá-los, comprometem a soberania, a autonomia política independência dos poderes, os direitos individuais e garantias fundamentais, da coisa julgada pois têm sido colocado em discussão pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo, assim compartilhamos do entendimento do supra citado autor.

Tendo em vista os reflexos da globalização econômica sobre os sistemas jurídicos, políticos e sociais dos Estados, é fatal que sejam revistos institutos consagrados, como o da coisa julgada. Uma questão levantada é sobre o modo que ocorrerá a adequação aos tempos atuais, sem que a segurança jurídica seja comprometida.

Nesse diapasão Lucas de Almeida Maia leciona:

Em matéria tributária, o princípio da segurança jurídica funciona como uma proteção da confiança do cidadão no estado, ou administração pública, ou seja, protege o cidadão no intuito de que os atos praticados pela administração pública não serão alterados de forma repentina.

Em termos práticos, significa dizer que, com base na análise conjunta do princípio da segurança jurídica, e do princípio da proteção a confiança, não pode a administração pública mudar uma interpretação na aplicação de determinado tributo, querendo cobrar, de forma retroativa.

Para uma maior elucidação, pensemos em um caso hipotético de uma empresa que comercialize determinado produto pagando uma alíquota x de ICMS. Ocorre que em janeiro de 2008, a administração pública percebe que o recolhimento vem sendo realizado de forma equivocada, pois o referido produto deveria recolher o ICMS com base em uma alíquota maior. Feita essa análise o estado lança a diferença do que deveria ter sido recolhido, nos cinco anos anteriores.

É neste sentido que o princípio da segurança jurídica em matéria tributária atua, visto que não pode o Estado, ao mudar a sua compreensão da aplicação de determinado tributo requerer a cobrança retroativa.

Neste contexto, deve-se utilizar a flexibilização da aplicabilidade da lei no tempo, com base na aplicação do princípio da segurança jurídica, como proteção ao princípio da confiança do cidadão no estado. (2008, s/n)

Mais especificamente no Brasil, participando do entendimento de James Marins (2001), a inconstância da legislação tendo em vista as reformas que ocorrem de maneira muito rápida por força de emendas constitucionais, de medidas provisórias e de leis ordinárias, é inevitável que o indivíduo acredite na estabilidade do Estado, dessa forma estremecendo sua relação.

No campo do direito Tributário, essa relação é extremamente conflitante, por motivos inequívocos. Com base no princípio da segurança jurídica James Marins, afiança que:

Esta necessidade de segurança jurídica – se entre particulares se apresenta como tema capital – assume especial realce quando se postam em conflito Estado e cidadão, como se dá em matéria tributária, de onde eclodem lides que tocam os dois dos mais fundamentais valores do ser humano: a liberdade e a propriedade. Nosso sistema processual, porém, em detrimento da esperada segurança jurídica nas relações entre Estado e cidadão-contribuinte, não tem se mostrado suficientemente apto para tratar de modo adequado dos conflitos de interesse em matéria tributária, lides de natureza pública e não privada. (2001, p. 470)

Como se não bastasse a incompetência do sistema processual, e os meios pouco eficazes de solução de lides, outro ponto de suma importância que gera essa estabilidade é a agregação de questões políticas. Dessa forma, as decisões jurídicas refletem a posição da política nacional e que entrem em conflito com os princípios constitucionais consagrados na Constituição Federal de 1988

devem ser declaradas inconstitucionais, não sendo possível serem protegidas pelo instituto da coisa julgada, conforme pode-se aferir da citação acima colacionada.

Dessa forma, a relativização da coisa julgada deve aliar-se ao intuito de evitar que novos erros ocorram visando a convivência pacífica com garantias e princípios consagrados na Magna Carta.

Não existem garantias, sequer a da coisa julgada, que acarrete constante e absolutamente à negativa das demais garantias ou dos valores por ela representados. Assegurar a importância da segurança jurídica não pode insinuar desprezo à importância do Estado, da dignidade humana e intangibilidade do indivíduo em meio a outros, compartilhando dessa forma do entendimento de Vanessa Flávia de Deus Queiroz Santos (2006).

Os princípios e garantias constitucionais destinam-se a todos, independente da matéria colocada ou do ramo do direito que seja subordinado. Sendo admissível, conseqüentemente, a relativização da coisa julgada material em matéria tributária.

CONCLUSÃO

Através do presente trabalho monográfico concluiu-se que norma legal não pode danificar de modo relativo o conteúdo do julgado protegido pela coisa julgada, embora não se possa concluir com base em uma breve leitura, que o artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição Federal de 1988, traga vedações às alterações no instituto, em sua estrutura e limites. Deste modo, o amparo constitucional à coisa julgada deve ser maleável, sendo aceitável a existência de mecanismos de revisão e controle dos julgados, mesmo tendo passado o prazo previsto para propositura de ação rescisória.

O abrigo constitucional à coisa julgada não é imutável, como se viu. Contudo, deve se avaliar que o reexame da coisa julgada não pode ser feita de modo incomensurável, ao passo que a situação atual se altere, e passe a conviver com a ameaça a direitos subjetivos. A precisão de flexibilização em certos casos deve ser ponderada com cautela.

A relativização da coisa julgada material não pode ser censurada ou desamparada, pois a revisão é consequência de anseios e valores presentes na sociedade. Não se pode negar a evolução do Direito, muito menos a sensibilidade do Poder Judiciário aos apelos feitos pela sociedade. Tal afirmativa justifica e ampara processos irreversíveis como o que se desenvolve com a coisa julgada material, bastando ignorar a necessidade de remodelação do instituto para que a sociedade seja frustrada.

No campo tributário, onde os efeitos danosos da globalização econômica geram reflexos a remodelação da coisa julgada é imprescindível pois deve prevalecer a efetivação da segurança jurídica.

Dessa forma, a relativização da coisa julgada deve aliar-se ao intuito de evitar que novos erros ocorram visando a convivência pacífica com garantias e princípios consagrados na Magna Carta.

Não existem garantias, sequer a da coisa julgada, que acarrete constante e absolutamente à negativa das demais garantias ou dos valores por ela representados. Assegurar a importância da segurança jurídica não pode insinuar

desprezo à importância do Estado, da dignidade humana e intangibilidade do indivíduo em meio a outros.

Portanto se a igualdade e a justiça não forem consagradas na decisão judicial, esta será inconstitucional não podendo ser eternizada. Sendo admissível, conseqüentemente, a relativização da coisa julgada material em matéria tributária.

BIBLIOGRAFIA

ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In *Anuário Direito e globalização: a soberania*. Coord. MELLO, Celso de Albuquerque. RJ: Renovar, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. 2. ed. RJ: Renovar, 2002.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 6. ed. RJ: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra da. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Vol. 2. SP: Saraiva, 1989.

BERALDO, Leonardo de Faria. Relativização da coisa julgada que viola a Constituição. In *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. Cláusulas pétreas e direito adquirido . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=373>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e globalização econômica. In *Direito Global*. SUNDFELD, Carlos Ari, VIEIRA, Oscar Vilhena. SP: Max Limonad, 1999.

_____. *O Direito na sociedade complexa: com apresentação e ensaio de Raffaele de Giorgi*. SP: Max Limonad, 2000.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *Da retroatividade da lei*. Coleção Estudos em homenagem ao Ministro e Professor Moreira Alves. Vol. 2. SP: RT, 1995.

CHACON, Paulo Eduardo de Figueiredo. O princípio da segurança jurídica . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 118, 30 out. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4318>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 6. ed. RJ: Forense, 2003.

CORRÊA, Wilson Leite. Constituição, direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=93>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

DELGADO, José Augusto. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. São Paulo, n.º 19, set-out. 2002.

_____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. Tomo I. 4. ed. SP: Malheiros, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil interpretada*. SP: Saraiva, 2004.

GÓIS, Violeta Paula Cirne de. Aspectos gerais da relativização da coisa julgada. Disponibilizado em 08-08-2007. disponível em <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1825>> Acesso em: 10.06.2008.

GONZALES, Douglas Camarinha. O direito adquirido e o ato jurídico perfeito sob os planos da existência, validade e eficácia . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=94>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

LINS FILHO, Bartolomeu Bastos Acioli. Justiça x segurança jurídica: a relativização da coisa julgada nas ações de investigação de paternidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 754, 28 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7079>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

MARETTI, Luis Marcello Bessa. A intangibilidade da coisa julgada como princípio constitucional. Divergências. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/25/77/2577/>> Acesso em: 10.06.2008

MELO, Reinaldo Lucas de; VITAGLIANO, José Arnaldo. Amplo acesso ao Judiciário e coisa julgada . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 45, set. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=814>>. Acesso em: 16 jun. 2008.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. São Paulo : Atlas, 2007.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. SP: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Flávia Caldeira Brant Ribeiro de. *Controle de constitucionalidade: coisa julgada em matéria tributária*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FILHO, Nagib Slaibi. *Direito Constitucional*. RJ: Forense, 2004.

FRANÇA, R. Limongi. *A irretroatividade das leis e o direito adquirido*. SP: RT, 1982.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Globalização e neoliberalismo*. Londrina: Edit. Humanidades, 2004.

GUERRA, Sidney. Soberania e globalização: o fim do Estado- nação. In *Soberania: antigos e novos paradigmas*. Coord. GUERRA, Sidney et al. RJ: Freitas Bastos, 2004.

JÚNIOR, Humberto Theodoro, e FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In *Coisa Julgada Inconstitucional*. Coord. Carlos Valder do Nascimento. 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada. Tradução de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAIA, Lucas de Almeida. Princípio Da Segurança Jurídica Em Matéria Tributária. Disponível em: < <http://www.webartigos.com/articles/6221/1/principio-da-seguranca-juridica-em-materia-tributaria/pagina1.html>> acesso em: 10.06.2008

MARINS, James. *Direito Processual Tributário brasileiro: administrativo e judicial*. SP: Dialética, 2001.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Atual. Vilson Rodrigues Alves. Vol.III. Campinas: Bookseller, 2007.

MELLO, Celso Albuquerque de. Soberania através da história. In *Anuário Direito e Globalização: a soberania*. RJ: Renovar, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado da ação rescisória das sentenças e de outras decisões*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

OTERO, Paulo Manuel Cunha da Costa. *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 2003.

PRADO, Rodrigo Murad do. Coisa julgada inconstitucional . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 791, 2 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7233>>. Acesso em: 17 jun. 2008.

ROCHA, Leonel Severo. O Direito na forma de sociedade globalizada. In *Direito e Justiça – reflexões sócio jurídicas*. Org. Adriana Cláudia de Melo Lorentz. V.1, n. 5. Abril-2004. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Santo Ângelo, RS

SANTOS, Vanessa Flávia de Deus Queiroz. As Conseqüências Constitucionais Da Súmula Impeditiva De Recursos (Lei 11.276/2006). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_82/MonoDisTeses/VanessaFlavia.pdf Acesso em 12.06.2008

SILVA, César Augusto Silva da. *Direito Econômico na perspectiva da Globalização: análise das reformas constitucionais e da legislação ordinária pertinente*. RJ: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24.ed. rev.atual. SP: Malheiros, 2006.

TOMAZETTE, Marlon. Direito intertemporal: o Código Civil de 2002 e as sociedades já existentes. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 330, 2 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5257>>. Acesso em: 15 jun. 2008.