

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO**

ALINE MARTINEZ HINTERLANG DE BARROS

**REFLEXÕES SOBRE A COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
ENQUANTO PARÂMETRO PARA SEGURANÇA JURÍDICA**

**SÃO PAULO
2015**

ALINE MARTINEZ HINTERLANG DE BARROS

**REFLEXÕES SOBRE A COISA JULGADA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
ENQUANTO PARÂMETRO PARA SEGURANÇA JURÍDICA**

**Monografia apresentada ao Programa de
Especialização em Direito Tributário, da
Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo, como requisito para conclusão da
especialização, sob orientação da Prof^a
Dra. Iris Vania Santos Rosa.**

**SÃO PAULO
2015**

SUMÁRIO

RESUMO	4
1 INTRODUÇÃO	5
2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DE DIREITO	7
3 A COISA JULGADA	11
3.1 LIMITES DA COISA JULGADA	14
3.1.1 Limites Temporais da Coisa Julgada.....	14
3.2 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	16
3.3 SÚMULA 239 STF	17
4 A PROBLEMÁTICA DA RETROATIVIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COISA JULGADA NO ÂMBITO JUDICIAL	21
4.1 DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE	21
4.2 SOBRE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE.....	25
4.3 ANÁLISE DE CASO PRÁTICO- COFINS SOCIEDADES PROFISSIONAIS	27
5 AÇÃO RESCISÓRIA	33
6 CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

RESUMO

O presente artigo tem a finalidade de analisar a importância da coisa julgada enquanto fundamento da segurança jurídica almejada pelo Estado de Direito. Sendo assim, a segurança jurídica, a despeito de sua alta carga valorativa, é alçada a categoria de norma jurídica, devendo ser perseguida por todos os aplicadores do direito. Demonstração evidente da segurança jurídica é a preservação da coisa julgada. Neste ponto, o estudo visa analisar os efeitos da coisa julgada no âmbito judicial, bem como as causas que, a princípio, podem corroborar para a problemática relativização da coisa julgada, seja através da aplicação da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal, seja através da aplicação de efeitos retroativos às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de determinada lei pelo controle concentrado.

PALAVRAS-CHAVE: segurança jurídica, coisa julgada, âmbito judicial, irretroatividade, confiança.

Résumé: Cet article vise à analyser l'importance de la affaire jugée comme la base de la sécurité juridique souhaitée par la règle de droit. Ainsi, la sécurité juridique, en dépit de son évaluation de charge élevée, est élevée à la catégorie de loi de l'État de droit et doit être poursuivie par tous les représentants de la loi. Une démonstration claire de la sécurité juridique est la préservation de la chose jugée. À ce stade, l'étude vise à analyser les causes qui, en principe, peuvent corroborer à la relativité de problème de la affaire jugée, soit par l'application de la Súmula 239 provenant de la Cour suprême, soit par l'application de l'effet rétroactif des décisions qui reconnaissent l'inconstitutionnalité certaine loi par le contrôle concentré.

MOTS CLÉS: la sécurité juridique, la chose jugée, la rétroactivité, la confiance.

1 INTRODUÇÃO

O reconhecimento de um Estado de Direito está condicionado aos valores perseguidos por este através de seus institutos.

Nossa Constituição Federal está repleta de princípios e garantias que realmente contribuem para o reconhecimento do nosso país como um Estado de Direito.

Considerada a principal garantia outorgada pelo nosso sistema jurídico, a segurança jurídica é fundamento máximo em nosso Estado de Direito, e está diretamente relacionada a outras tantas garantias, tais como: legalidade, devido processo legal, igualdade, irretroatividade.

Dentre as garantias vinculadas ao princípio da segurança jurídica, encontra-se a proteção à coisa julgada, ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, sendo que o presente estudo se baseia na análise específica da coisa julgada.

Atualmente, o direito tributário tem sido palco de discussões importantíssimas no âmbito doutrinário e jurisprudencial. Parte desta importância deve-se ao fato de que o direito tributário invade prerrogativas próprias da liberdade e propriedade, atingindo diversos cidadãos.

Em matéria tributária, não raras vezes vemos a efetividade da coisa julgada sendo questionada, seja pelo contribuinte, seja pelo fisco, segundo melhor lhe aprouver a situação.

A importância da coisa julgada tem sido questionada e muitas vezes reduzida por teorias que tentam relativizá-la, aplicando efeitos que podem derruí-la, mitigá-la e até suprimi-la.

A partir das premissas fixadas acerca da coisa julgada, passa-se a análise da teoria da relativização da coisa julgada, analisando, dentre alguns pontos, a extensão da aplicação da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal que assim estabelece: “Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

Sem esgotar a importância da coisa julgada, ingressamos na análise de outro ponto que se apresenta problemático, qual seja, a atribuição de efeitos retroativos às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes fundamentam ações rescisórias tendentes a desconstituir a coisa julgada.

Por fim, ingressamos na análise do cabimento de ação rescisória, objetivando especialmente a análise do cabimento desta em face da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Em verdade, o presente artigo não pretendeu esgotar a análise sobre o tema, que pode ser feita sob diversos aspectos. No entanto, pretendeu-se manter coerência ao primado da segurança jurídica, e, para isso, muitas vezes questionou-se entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal.

De qualquer forma, manter coerência em defender a primazia da segurança jurídica demonstra ser medida que deve ser imposta a todas as esferas e situações, por mais desagradável que possa parecer, independentemente de se tratar de contribuinte ou fisco. Tudo isso para que o Estado de Direito seja fortalecido.

2 SEGURANÇA JURÍDICA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DE DIREITO

A atribuição do *status* de Estado Democrático de Direito a determinado país demanda apurada análise dos valores, princípios e garantias que serão perseguidos pelos representantes eleitos em prol da sociedade.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, asseguradora de princípios e garantias fundamentais, o Brasil é efetivamente alçado a qualidade de um Estado Democrático de Direito.

Para os objetivos pretendidos no presente estudo, imperioso destacar as garantias constitucionais previstas no artigo 5º, *caput*, que garante a “inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Já no inciso XXXVI, consta que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

A despeito de não estar expressamente positivada na Constituição Federal, a segurança jurídica representa objetivo basilar do Brasil. Com efeito, é possível analisar a amplitude da segurança jurídica ao se priorizar a igualdade, o devido processo legal, o contraditório e a ampla-defesa, o duplo grau de jurisdição, a celeridade, dentre muitas outras garantias constitucionais.

A segurança jurídica, além de ser princípio, representa o valor almejado em nosso Estado. No entanto, para se fundamentar a prevalência do princípio segurança jurídica, não basta alegar seu caráter meramente principiológico. Ao revés, faz-se necessário tecer alguns fundamentos que alçam o princípio à condição de norma jurídica.

O Direito é compreendido como conjunto de normas jurídicas válidas, que, por sua vez, se apresentam em forma de regras e princípios jurídicos. As regras jurídicas incidem de maneira específica sobre determinado caso em concreto, ao passo que os princípios são aplicáveis a inúmeras situações e casos.¹

Segundo lição de Eros Roberto Grau², “o preceito contido no princípio geral compreende não uma só hipótese determinada, mas uma série indeterminada de hipóteses.”

¹ MELLO. Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Malheiros. 2007, p. 86-87.

² GRAU. Eros Roberto *apud* Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Malheiros. 2007, p. 87.

Este é, portanto, o fundamento máximo a outorgar caráter normativo aos princípios jurídicos. Sem dúvida, além do incontestado caráter axiológico, os princípios, dada sua condição normativa, tem o condão de impor condutas a serem observadas por todos os operadores e beneficiários do sistema jurídico.

Neste sentido, confere-se a clássica lição de Celso Antônio Bandeira de Mello no sentido de que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.³

Ainda nesta toada, afirma o respeitado professor que a violação a um princípio configura “a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade”⁴, podendo acarretar consequências imensuráveis ao sistema jurídico.

Fundamentada a condição normativa do princípio, impende destacar que a segurança jurídica confere estabilidade às relações jurídicas, criando, segundo observação de Tércio Sampaio Ferraz Jr, “condições de certeza e igualdade que habilitam o cidadão a sentir-se senhor de seus próprios atos e dos atos dos outros.”⁵

Analisando a segurança jurídica sob o aspecto temporal, especialmente no direito tributário, verifica-se que este projeta seus vetores para o passado e para o futuro, partindo das seguintes prerrogativas: intangibilidade do passado e previsibilidade do futuro.⁶

Expressão máxima da segurança jurídica, será demonstrado posteriormente que a coisa julgada afirma o caráter normativo de nosso sistema jurídico, na medida em que, por determinação legal, a coisa julgada assume caráter impositivo de lei.

Art. 468. A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem a força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

³ MELLO. Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros. 2013. p. 974.

⁴ Ibid, p. 975.

⁵ FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Segurança Jurídica e normas gerais tributárias**. In: Revista de Direito Tributário, vol. 17, p. 120.

⁶ PANDOLFO. Rafael. **Jurisdição Constitucional Tributária. Reflexos nos Processos Administrativos e Judicial**. São Paulo: Editora Noeses. 2012. p. 90.

Pertinente destacar o entendimento de Luhmann⁷, segundo o qual, na dicotomia entre os valores “segurança” e “justiça”, deve-se prestigiar o valor segurança, pois será este o valor supremo a conferir grau de justiça para o direito.

Ou seja, justiça para direito deve ser compreendido como sinônimo de estabilidade, evidenciando, portanto, segurança.

É, pois neste sentido, que Paulo Conrado⁸ defende que, para fins de alcance da segurança jurídica, a justiça material deve ceder à justiça formal, pois somente esta seria capaz de impor, através da imutabilidade, a estabilidade nas relações intersubjetivas.

No que tange à justiça material, esta não deve ser considerada expressão de segurança jurídica, uma vez que esta, influenciada por conteúdos políticos, econômicos ou moral, estão sempre sujeitas a alterações e mudanças próprias da sociedade.⁹

Enfim, é indissociável a ideia do corte metodológico para fins de preservação da segurança jurídica. Aliás, esta análise na passou despercebida ao jusfilósofo Alfredo Augusto Becker¹⁰, para quem:

o jurista deve cuidar para não confundir o problema da Justiça da regra jurídica (sua conformidade com a moral ou o direito natural) com o problema da validade da regra jurídica, isto é, sua juridicidade e o conseqüente poder de incidir infalivelmente sobre a hipótese de incidência, juridicizando-a, e a conseqüente irradiação dos efeitos jurídicos. E o jurista deve estar sempre consciente desta distinção, porque o problema que lhe cabe investigar e analisar é o da validade. Nada tem de haver o jurista (Teoria Geral do Direito) com o problema de justiça; esta é uma questão que diz respeito ao filósofo (Filosofia do Direito).

Vinculada ao princípio da segurança jurídica, a coisa julgada confere estabilidade às relações intersubjetivas, que no Direito Tributário envolve contribuinte e fisco em litígios que geralmente envolvem outros valores constitucionalmente protegidos: liberdade e propriedade.

Ainda que em ideias iniciais, verifica-se que o produto da coisa julgada é a certeza jurídica, a qual contribui fortemente para promoção da segurança jurídica, representando um dos cânones do Estado Democrático de Direito, garantia constitucional

⁷ LUHMANN. Nikolas *apud* Gustavo Sampaio Valverde. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2004, p. 119.

⁸ CONRADO, Paulo Cesar. **Controle de direito de constitucionalidade e repetição do indébito**: In: Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, v. 86, 2002, p. 30.

⁹ VALVERDE. Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2004, p. 126.

¹⁰ BECKER. Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2013, p. 79.

elevada a condição de cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Federal.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
§4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
IV- os direitos e garantias individuais.

Por assim se apresentar, a coisa julgada é elemento forte do Estado Democrático de Direito, vinculando todos os poderes da República, seja Judiciário, Legislativo ou Executivo.

Neste sentido, confere-se o entendimento de Gustavo Sampaio Valverde:

Assim como a letra do inciso II, do artigo 5º, da Carta Magna, utiliza a expressão lei para se referir a todas as decisões de normatividade primária emanadas do Estado (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei), a interpretação sistemática do mencionado artigo 5º, XXXVI, da Constituição, segundo as regras da boa hermenêutica, demonstra que a coisa julgada deve ser respeitada não apenas pelo Poder Legislativo na edição de suas leis, mas também pelo Poder Judiciário na edição de suas sentenças e acórdãos.¹¹

Clarividente, portanto, que a segurança jurídica constitui a pedra basilar de nosso ordenamento jurídico, devendo ser priorizada e almejada indistintamente por todos aqueles responsáveis por “movimentar” o sistema jurídico.

Nesta mesma toada, Nelson Nery Junior¹² afirma que:

para as atividades do Poder Judiciário, a manifestação do princípio do estado democrático de direito ocorre por intermédio do instituto da coisa julgada. A coisa julgada é o elemento de existência do estado democrático de direito.

Tecidas estas fundamentações iniciais que sustentam a tese da importância da segurança jurídica em matéria processual tributária, impede analisar o instituto jurídico da coisa julgada, bem como as tentativas utilizadas atualmente para afetá-la.

De todo modo, adianta-se que a ausência de interpretação sistemática das garantidas estabelecidas pela Constituição Federal, possui o condão de atingir e quiçá suprimir a tão almejada segurança jurídica, no caso exteriorizada pela coisa julgada.

¹¹ SAMPAIO, 2004, p. 128.

¹² JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 51.

3 A COISA JULGADA

De fato, a coisa julgada é instituto próprio do direito processual civil. Todavia, antes de o sê-lo, a coisa julgada é alçada à categoria de garantia constitucional, devendo ser observada em todas as lides, inclusive nas de natureza tributária.

Em nível infraconstitucional, a coisa julgada encontra previsão no artigo 467 a 471 do atual Código de Processo Civil.

Art. 467. Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.

A coisa julgada encontra-se ainda positiva pela Lei Introdução ao Código Civil, em seu artigo 6º, §3º que dispõe: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

No âmbito administrativo, a coisa julgada, compreendida como segurança jurídica, também tem seu valor, justificando portanto, a pertinência em destacar que o artigo 2º da Lei 9.784/99 do Processo Administrativo no âmbito federal assim dispõe:

Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Atento ao atual momento de transição do atual Código de Processo Civil para o novo Código de Processo Civil, pertinente mencionar a preocupação do legislador ao estabelecer logo no início do novo *códex*, no artigo 1º que:

Art. 1. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Ainda na análise do aspecto legal da coisa julgada, encontramos no artigo 468 do Código de Processo Civil a seguinte disposição: “A sentença, que julgar total ou parcialmente a lide, tem força de lei nos limites da lide e das questões decididas”.

Verifica-se, portanto, grande destaque para palavra lide, nos ajudando a compreender que a coisa julgada material ocorre somente em decisões de mérito, aquelas discriminadas no artigo 269 do Código de Processo Civil.

Art. 269. Haverá resolução de mérito:
I - quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor;
II - quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

- III - quando as partes transigirem;
- IV - quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;
- V - quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

Sendo assim, podemos concluir que a sentença sem julgamento de mérito, concedida nas hipóteses elencadas no artigo 267 do Código de Processo Civil, não faz coisa julgada material, pois não teve análise de mérito.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

- I - quando o juiz indeferir a petição inicial;
- II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;
- III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;
- IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;
- V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;
- VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;
- ~~VII - pelo compromisso arbitral;~~
- VII - pela convenção de arbitragem;
- VIII - quando o autor desistir da ação;
- IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;
- X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;
- XI - nos demais casos prescritos neste Código.

Aspecto interessante é mencionado por Nelson Nery Junior que invoca, além do julgamento de mérito, a necessidade de existência dos pressupostos processuais- formação jurídica processual- para afirmar a validade da coisa julgada. Segundo referido doutrinador, uma ação na qual os pressupostos processuais não se fazem presentes, sequer pode ser considerada ação válida, motivo que prejudicaria a condição de coisa julgada.¹³

Definido o mérito de determinada lide, a presença dos pressupostos processuais, e havendo o trânsito em julgado, independentemente do resultado ser favorável ou não, não se pode rediscutir a mesma questão.

A impossibilidade de discussão é arrematada com o decurso do prazo de dois anos para propositura de eventual ação rescisória, operando a mencionada coisa julgada soberana, que não poderá mais ser desafiada nos moldes do artigo 485 do Código de Processo Civil, que será analisada posteriormente.

A doutrina indica duas consequências da coisa julgada, qual seja, a coisa julgada material e a coisa julgada formal. Entretanto, muitas imprecisões são verificadas quando analisamos a doutrina discorrendo sobre estes institutos.

¹³ JR. NERY, 2009, p. 53.

Isto porque, o artigo 467 do Código de Processo Civil se refere tão somente à coisa julgada material ao dispor: “denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.

Sendo assim, perderia importância a eficácia formal frente a eficácia material?

Com efeito, estes institutos não podem ser compreendidos de maneira autônoma, vez que ambos dependem importância imensurável no que tange à coisa julgada. Ou seja, a coisa julgada formal é pressuposto para coisa julgada material.¹⁴

Neste sentido, é a lição clássica do jurista Pontes de Miranda, para quem: “a coisa julgada é formal quando não mais se pode discutir no processo o que se decidiu. A coisa julgada material é a que impede discutir-se, noutro processo, o que se decidiu”.¹⁵

É fato que os limites da coisa julgada material são estabelecidos a partir do objeto do processo, que se integram pelo pedido e pela causa de pedir, afinal, é através destes requisitos que se delimita o conteúdo e a extensão da decisão.¹⁶

Segundo explicação elucidativa de Cassio Scarpinella Bueno¹⁷,

a coisa julgada opera, justamente, a partir do pedido, tal qual formulado pelo autor na petição inicial. A decisão jurisdicional que julga o mérito é, tecnicamente, a resposta do Poder Judiciário ao pedido formulado pelo autor.

Essa premissa é indispensável para compreensão correta do instituto da coisa julgada, bem como seus efeitos frente a teoria da relativização da coisa julgada que será posteriormente analisada.

A propósito, pertinente analisar ainda o teor do artigo 469 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

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;
- III- apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Compreender referido artigo não demonstra ser tarefa fácil, na medida em que uma interpretação equivocada pode nos levar a excluir ou ignorar os motivos que contribuíram para formação da sentença.

¹⁴ JR. NERY, 2009, p. 52.

¹⁵ MIRANDA. Pontes *apud* SAMPAIO. Gustavo Valverde. **Coisa Julgada em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Quartier Latin. 2004, p. 134

¹⁶ SAMPAIO, 2004, p. 137

¹⁷ BUENO. Cassio Scarpinella. **Coisa Julgada em Matéria Tributária: Reflexões sobre a Súmula 239 do STF**. p. 3.

Na realidade, os motivos têm importância extrema e não podem ser menosprezados ao argumento de que não constituiriam fator importante para coisa julgada. Com efeito, pertinente a lição de Ada Pellegrini Grinover, para quem:

embora a autoridade da coisa julgada se limite ao dispositivo da sentença, esse comando pode e deve ser entendido- tanto mais quando exista alguma margem para dúvida- à luz das considerações feitas na motivação, ou seja, na apreciação das questões surgidas e resolvidas no processo. Assim, da mesma forma que, para a mais perfeita determinação do objeto do processo, se conjuga o pedido à causa de pedir, para determinação do objeto do julgamento- e da coisa julgada que sobre ele se forma- conjuga-se o mesmo aos motivos da decisão”.¹⁸

De qualquer forma, não é admitido pelo sistema jurídico processual brasileiro que qualquer matéria submetida ao manto da coisa julgada seja rediscutida utilizando-se dos motivos da sentença, que, a princípio, não fazem coisa julgada.

3.1 LIMITES DA COISA JULGADA

3.1.1 Limites Temporais da Coisa Julgada

É indispensável identificarmos os limites temporais da coisa julgada, visto que decorre da análise destes limites a principal insurgência da teoria da relativização da coisa julgada.

A análise dos limites temporais da coisa julgada se dá através da causa de pedir e pedido, que, por sua vez abrangem determinados fatos. Na realidade, deve-se identificar como estes fatos se comportam ao longo do tempo.

O artigo 471 do Código de Processo Civil, que será objeto de análise várias vezes, nos direciona para o seguinte:

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

- I- se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;
- II- nos demais casos prescritos em lei;

¹⁸ GRINOVER. Ada Pellegrini. **Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada.** Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Nº 18, 2002, p. 77

Da leitura deste dispositivo legal, verificamos a limitação objetiva da coisa julgada ao longo do tempo, ou seja, as questões sobre as quais operou-se a coisa julgada material não pode ser objeto de nova discussão.

Esta imutabilidade própria da coisa julgada material é denominada pela doutrina como “função negativa da coisa julgada”¹⁹, na medida em que impede nova análise das questões já discutidas e transitadas em julgado.

No entanto, o mesmo dispositivo excepciona esta regra da imutabilidade ao mencionar a modificação no estado de fato ou de direito.

Para esclarecer as regras e as exceções previstas no mencionado artigo, Cassio Scarpinella Bueno²⁰ ensina:

No inciso I, é possível ao juiz voltar a decidir, a despeito da coisa julgada anterior, quando houver modificações no estado de fato ou de direito das chamadas “relações jurídicas continuativas”. O que caracteriza tais relações jurídicas é a sua duração ao longo do tempo.

Já o inciso II, refere-se a outros casos previstos em lei para admitir que em quaisquer situações em que as características daquilo que for julgado forma mutáveis haja novo julgamento sem que isto acarrete qualquer ofensa à coisa julgada. É o que se dá, por exemplo, com determinadas relações jurídicas regidas pelo direito tributário, que se renovam a cada exercício fiscal, na linha do que dispõe a Súmula 239 do STF.

Nesta toada, há que identificar os elementos temporários e os elementos perenes em determinada ação sobre a qual repousa a coisa julgada. Os elementos temporários podem sofrer alterações a todo momento, representando circunstâncias novas. Já os elementos perenes que possuem natureza permanente não podem sofrer alterações.²¹

Esta compreensão é fundamental, pois muitos defensores da teoria da relativização da coisa julgada se fundamentam neste dispositivo legal para atingir a coisa julgada.

De qualquer maneira, importante fixar a regra de que a alteração de elementos temporários corrobora para o cabimento de ação rescisória, enquanto que os elementos perenes não comportam alteração e, conseqüentemente, revisão via ação rescisória.

¹⁹ BUENO. 2010, p. 5.

²⁰ BUENO. 2010, p. 6.

²¹ MARINONI. Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional**. São Paulo: Editora Tribunais, 2008. p. 145.

3.2 RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA

A despeito da coisa julgada impedir nova análise de mérito por parte do juiz, o artigo 471 do CPC elenca duas exceções que têm sido alvo errôneo de interpretação por parte da doutrina e jurisprudência, muitas vezes subtraindo a importância conferida à coisa julgada.

É com base na interpretação equivocada deste artigo que temos visto uma posição forte a favor da teoria da flexibilização ou relativização da coisa julgada, ou seja, a coisa julgada, objeto máxima da segurança jurídica, que a princípio é inatingível pela lei, por atos administrativos e por quaisquer outras decisões judiciais, tem sido ofendida quando há pronunciamento do Supremo Tribunal Federal em sentido oposto àquele que foi consignado na decisão individual.

A propósito, algumas das alegações para fundamentar a relativização da coisa julgada defendem que: (i) uma sentença injusta não faz coisa julgada; (ii) a coisa julgada não pode ser sobrepor ao princípio da supremacia da Constituição.

Neste sentido, é o entendimento exarado pelo Ministro Teori Albino Zavascki, ao julgar o Recurso Especial 720953-SC²², cujo teor se transcreve:

É posicionamento que tem como pressuposto lógico – expresso ou implícito – a sobrevalorização do princípio da coisa julgada, que estaria hierarquicamente acima de outros princípios constitucionais, inclusive o da supremacia da Constituição, o que não é verdadeiro. Se o fosse, ter-se-ia de negar a constitucionalidade da própria ação rescisória, instituto que evidencia claramente que a coisa julgada não tem caráter absoluto, comportando limitações, especialmente quando estabelecidas, como no caso, por via de legislação ordinária.

De qualquer forma, percebe-se que de todas as cautelas que a teoria da relativização demanda, a mais preocupante deve ser a preservação da segurança jurídica, uma vez que a violação desta pode causar danos irreparáveis no sistema jurídico.

Aliás, esta preocupação não passou despercebida para Araken de Assis, para quem: “Parece pouco provável que as vantagens da justiça no caso concreto se sobreponham às desvantagens da insegurança geral”.²³

Partindo da premissa estabelecida pelo artigo 471 do Código de Processo Civil, percebe-se que:

²² STJ. Resp nº 720.953/SC. Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Data de Julgamento: 28/06/2005, T1-Primeira Turma).

²³ ASSIS. Araken. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. Revista Jurídica. Vol. 301, p. 27.

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

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

IV- nos demais casos prescritos em lei;

Na definição de Gustavo Sampaio Valverde, “relações jurídicas continuativas são aquelas situações nas quais a mesma comunicação normativa disciplina sucessivos fatos de um mesmo teor, que passam a ser regidos de acordo com a expectativa estabilizada na decisão”.²⁴

Fato é que, nas relações jurídicas continuativas, ou seja, naquelas em que a situação jurídica perdura no tempo em decorrência da sua não modificação, a valorização e preservação da coisa julgada é medida que melhor se enquadra nos pressupostos constitucionais e legais referentes à segurança jurídica.

Todavia, caso haja modificação no estado de fato ou de direito, poderá vir a ser proferida nova decisão, produzindo efeitos tão somente para situação nova, ou seja, aquela nova situação que não mantém qualquer relação com a situação anterior, já que esta última permanecerá protegida pela coisa julgada.

É importante, portanto, que a coisa julgada existente seja preservada em todas as situações nas quais não houve modificação no estado de fato ou de direito.

E de maneira ainda mais importante, é indispensável que a coisa julgada seja preservada até as últimas instâncias, ou seja, somente poderá vir a ser alterada nos moldes autoritários pelo próprio sistema processual civil.

Neste ponto, adianta-se que o sistema processual civil admite a hipótese de ação rescisória nos moldes estritos do artigo 485 do Código de Processo Civil, que será objeto de posterior análise neste estudo.

3.3 SÚMULA 239 STF

Esta súmula consagrou entendimento no sentido de que a “decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores”.

²⁴ VALVERDE, 2004, p. 140.

Fundamentando-se no teor desta súmula, muitas vezes a doutrina e jurisprudência atribuem interpretação equivocada quanto a extensão dos efeitos da coisa julgada, especialmente nas sentenças com caráter declaratório.

Na realidade, trata-se de uma interpretação restritiva do seu alcance, quando, na realidade, a interpretação deveria ser ampliativa e sistemática com outros dispositivos legais.

É importante compreendermos o teor da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal nos moldes em que foi produzida. Ou seja, é interessante uma análise histórica dos *leading cases* que contribuíram para surgimento da sumula ora analisada.

Referida Súmula foi aprovada em sessão plenária do dia 13 de dezembro de 1963. No entanto, antes do advento desta súmula, o Supremo Tribunal Federal havia encarado a análise de outros casos, tais como o do RE 59.423, em que eram partes S. A Philips do Brasil x Prefeitura Municipal de Recife.

Postulava-se através deste RE, a repetição do indébito do imposto de indústria e profissões pagos entre 1957 a 1963.

Em provimento parcial do mérito, o Juízo Inaugural considerou prescrito apenas os exercícios de 1957 e 1958, determinando que a repetição recaísse apenas sobre os impostos pagos nestes exercícios.

Este fato foi objeto de RE no qual se postulava a repetição total dos impostos, com fundamento na coisa julgada. Consta no voto da corte suprema, o seguinte teor:

O tribunal *a quo* julgou prescritas as parcelas relativas de 1957 a 1958, com base no D. 20.910, de 1932, que regula a prescrição quinquenal em favor da União, Estados e Municípios. Em relação aos demais exercícios, entendeu o acórdão que variava, a respeito da inconstitucionalidade do imposto de indústrias e profissões com base no movimento econômico. Não havia, por outro lado, a coisa julgada, de acordo com a Súmula 239 a impedir as futuras cobranças do Município.

Em outro *leading case*, AI 11.227, que serviu de precedente para edição da Súmula 239, verifica-se a seguinte fundamentação da Suprema Corte:

uma questão sobre irregularidade em um dado lançamento é restrita ao exercício, não alcançando a sentença nela proferida os exercícios posteriores em que o lançamento poderá não ter os mesmos vícios “Sucede, então, que, procedida a revisão errônea o lançamento anterior e surge para a administração o direito de proceder a outro, fixando, de novo, a obrigação do contribuinte. (...) Outro tanto não sucede, porém quando de lançamento não se trate, senão do imposto em si mesmo. É o que adverte o mesmo expositor italiano quando acrescenta que, tratando-se embora de imposto continuativo e de obrigação periódica, o julgado proferido conserva sua eficácia mesmo nos períodos sucessivos, nos casos em que a controvérsia não se tenha limitado à qualidade e quantidade da matéria imponível, mas tenha abrangido outros aspectos não

suscetíveis de revisão (existência legal do imposto, tributabilidade). E a razão, acrescenta, é que a revisão não muda nem a causa nem a natureza jurídica da obrigação, e sim a soma exigida. (...) O que é possível dizer, sem sair, aliás, dos princípios que governam a coisa julgada, é que esta só terá de limitar nos termos da controvérsia. Se o objeto da questão é uma dado lançamento que se houve por nulo em certo exercício, claro que a renovação do lançamento no exercício seguinte não estará obstada pelo julgado. É a lição dos expositores acima citados. Do mesmo modo, para exemplificar com outra hipótese que não precludirá nova controvérsia: a prescrição do imposto referente a um dado exercício que estará prescrito, e assim terá sido julgado, sem que, todavia, a administração fiscal fique impedida de lançar o mesmo contribuinte em períodos subsequentes, que não estão prescritos nem terão sido objeto de litígio anterior. Mas se os tribunais estatuíram sobre o imposto em si mesmo, se o declararem indevido, se isentaram o contribuinte, por interpretação da lei ou de cláusula contratual, se houveram o tributo por ilegítimo, porque não assente em lei a sua criação ou por inconstitucional a lei que o criou em qualquer desses casos o pronunciamento judicial poderá ser rescindido pelo meio próprio, mas enquanto subsistir será um obstáculo à cobrança, que, admitida sob a razão especiosa de que a soma exigida é diversa, importaria praticamente em suprimir a garantia jurisdicional do contribuinte que teria tido, ganhando à demanda a que o arrastara o Fisco, uma verdadeira vitória de Pirro.”²⁵

Com efeito, é importante fixar a premissa de que a aplicação da Súmula 239 do STF deve ser compreendida à luz do objeto do processo, que, conforme visto alhures, se refere ao pedido e causa de pedir.

Nas ações anulatórias e demais que objetivam desconstituir o título executivo, a eficácia objetiva da sentença transitada em julgado se restringe aos limites do próprio ato administrativo o qual se visa anular ou desconstituir. Sendo assim, a eficácia da coisa julgada é facilmente identificável, ou seja, compreende apenas o ato administrativo anulado ou desconstituído.

Todavia, a interpretação equivocada da Súmula 239 do STF tem prejudicado as relações jurídicas de trato continuado ou duradouro.

Conforme é sabido, nas ações declaratórias, inclusive em mandado de segurança, há requerimento expresso para concessão de uma tutela jurisdicional de caráter preventivo, muitas vezes relacionadas a relações jurídicas de trato continuado e duradouro.

²⁵ STF. EXECUTIVO FISCAL- IMPOSTO DE RENDA SOBRE JUROS DE APÓLICE- COISA JULGADA EM MATÉRIA FISCAL. É ADMISSÍVEL EM EXECUTIVO FISCAL A DEFESA FUNDADA EM COISA JULGADA PARA SER APRECIADA EM SENTENÇA FINAL. NÃO ALCANÇA OS EFEITOS DA COISA JULGADA EM MATÉRIA FISCAL, O PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE NULIDADE DO LANÇAMENTO DO IMPOSTO OU DA SUA PRESCRIÇÃO REFERENTE A UM DETERMINADO EXERCÍCIO, QUE NÃO OBSTA O PROCEDIMENTO FISCAL NOS EXERCÍCIOS SUBSEQUENTES”. (AI 11.227, MIN. Castro Nunes, Dj. 10/02/1945) <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+7.65349%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/n2nmcmx>. Acesso 12/10/2015.

Verifica-se, assim, a partir da análise da súmula, que esta aplica-se somente às hipóteses nas quais se discute o tributo ou lançamento de um determinado e específico exercício. A súmula aplica-se também às relações jurídicas de trato continuado ou duradouro, desde que os elementos temporários tenham sido alterados, por situação de fato ou direito.

Importante é não deixar dúvidas no sentido de que, sem alteração de situação de fato ou de direito em determinada ação sobre a qual repousa a coisa julgada, não é cabível a aplicação da súmula 239 do Supremo Tribunal Federal.

4 A PROBLEMÁTICA DA RETROATIVIDADE DA DECISÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A COISA JULGADA NO ÂMBITO JUDICIAL

Adianta-se que o presente estudo não visa analisar por completo as formas de controle de constitucionalidade existentes em nosso sistema jurídico, tampouco esgotar a problemática que envolve a questão da possível retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada, com a possível modulação de seus efeitos.

Entretanto, ao tecer fundamentos a amparar a coisa julgada, parece-nos indispensável analisar as consequências que eventual declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal pode acarretar sobre a coisa julgada.

Com efeito, apenas este tema seria suficiente a compor uma possível dissertação. No entanto, para completude do presente estudo, que visa analisar a coisa julgada como parâmetro máximo da segurança jurídica, se mostra necessária a análise ora proposta, até porque a questão da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade sobre a coisa julgada tem sido fundamento para subtração da importância desta.

De toda maneira, é importante reiterar aquela relação de intangibilidade que a segurança jurídica propicia quanto a fatos passados, e previsibilidade que a segurança jurídica propicia quanto a fatos futuros.

4.1 DO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE

De início, pertinente destacar que nos moldes do artigo 5º, XXXVI da Constituição, “ a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Esta garantia constitucional caminha ao encontro de outra garantia constitucional que encontra previsão no rol de limitações ao poder de tributar.

Trata-se do princípio da irretroatividade previsto no artigo 150, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal que veda:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
III- cobrar tributos:

- a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado

Importante mencionar que a compreensão do artigo 150, inciso III, “a” da Constituição Federal não deve restringir-se apenas a vedação de retroatividade de leis derivadas do Poder Legislativo.

Novamente, estamos fundamentando todo o presente estudo nas garantias constitucionais conferidas ao nosso Estado de Direito, canonizada pelo princípio da segurança jurídica que deve nortear todas as fontes de formação do Direito, bem como conduzir a ação de todos os participantes, ou seja, dos cidadãos/contribuintes; da Administração Pública, compreendida pelo Poder Executivo; do Poder Legislativo, e, especialmente, do Poder Judiciário.

Nas palavras de Rafael Pandolfo²⁶, é importante “erradicar o vício de se restringir o Princípio da Irretroatividade a uma limitação imposta exclusivamente ao legislador”.

Assim, compreender que a mudança radical de determinado entendimento jurisprudencial abala a confiança e as estruturas de segurança próprias do Estado de Direito, nos ajuda a identificar com mais facilidade a problemática da retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada.

Em brilhante lição, Roque Antônio Carrazza anota:

Quando uma linha jurisprudencial nova reverte por completo as expectativas dos jurisdicionados, construídas com apoio em reiteradas e firmes decisões anteriores do mesmo tribunal, haverão de ser aplicados os ditames do art. 5º, XXXVI, da CF, para que não reste sacrificado o princípio da segurança jurídica- e, com ele a boa-fé das pessoas, que praticaram atos, certas que procediam sob o amparo do direito objetivo.²⁷

E, na sequência arremata:

Com efeito, não vislumbramos diferenças de tomo entre os resultados advindos de uma mudança legislativa e da alteração de uma linha jurisprudencial consolidada. Em ambos os casos, a irretroatividade é de rigor.²⁸

Fixadas estas premissas, outro ponto interessante a ser analisado diz respeito ao artigo 106, inciso I do Código Tributário Nacional que estipula: “a lei aplica-se a ato ou fato pretérito em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa”.

²⁶ PANDOLFO, 2012. p. 113.

²⁷ CARRAZZA. Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 30ª ed. Editora Malheiros, 2014, p. 405

²⁸ Ibid, 406.

Partindo do exposto neste dispositivo legal, é de se questionar se o interesse fazendário pode se sobrepor às garantias constitucionais para fazer a lei alcançar ato ou fato pretérito?

Considerando todo o defendido até o momento acerca da segurança jurídica, é inviável defender a retroatividade de lei interpretativas com base neste mencionado artigo. Isto porque, toda lei é interpretativa, e, sendo assim, toda lei poderia ser utilizada como fundamento para retroatividade, alterando a base e a confiança que deve estar presente no sistema jurídico.

Para elucidar esta problemática, Rafael Pandolfo esclarece que:

A melhor forma de compatibilizar o artigo 106, I, com a garantia constitucional construída a partir do artigo 150, III, “a” da Constituição, é conjuga-lo com os Princípios da Não-Surpresa, Confiança e Segurança Jurídica. Desse modo, quando se estiver diante de lei interpretativa que, a pretexto de esclarecer determinado enunciado normativo interpretado, agrava a situação do sujeito passivo tributário, sua aplicação retroativa deverá ser prontamente afastada.

Estas ideias, a despeito de serem iniciais, já nos ajuda a compreender a dimensão em que esta polêmica questão da retroatividade se insere. No entanto, a problemática não se encerra em tais considerações.

Acrescentamos o artigo 146 do Código Tributário Nacional, cuja disposição assim se apresenta:

Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto ao fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução.

Novamente, é visível a relação existente entre o princípio da irretroatividade e o artigo 146 do Código Tributário Nacional, consagrando a tão almejada segurança jurídica.

A partir da leitura do referido dispositivo legal, verifica-se que os novos critérios jurídicos adotados pela Administração Fazendária não podem retroagir para prejudicar os contribuintes.

É exatamente a respeito desta vedação que Luciano Amaro consigna:

É vedada a aplicação de novos critérios jurídicos a fatos geradores ocorridos antes da introdução desses critérios (que não necessariamente terão sido já objeto de lançamento). Se, quanto ao fato gerador de *ontem*, a autoridade não pode, *hoje*, aplicar novo critério jurídico (diferente do que, no passado, possa ter aplicado em relação a outros fatos geradores atinentes ao mesmo sujeito passivo), a questão não se atém (ou não se resume) à revisão de lançamento (velho), mas abarca também a consecução de lançamento (novo). É claro que, não podendo o novo critério ser aplicado para lançamento novo com base em

fato gerador ocorrido antes da introdução do critério, com maior razão este também não poderá ser aplicado para rever lançamento velho. Todavia, mais do que lançamentos anteriores, o que o preceito estaria resguardando contra a mudança de critério são fatos geradores passados.²⁹

Enfim, as premissas adotadas acerca do princípio da irretroatividade, a despeito de repetitivas sob o aspecto da segurança jurídica, são indispensáveis para formação da conclusão que se pretende apresentar.

Aliás, conclusão esta que já pode ser prematuramente extraída a partir de todas as ideias iniciais apresentadas, que corroboram fortemente para manutenção do princípio da segurança jurídica, enquanto pedra base para um Estado de Direito.

Resta agora necessário ingressar na análise específica da hipótese de possível retroatividade da decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal sobre a coisa julgada.

De início, pertinente relembrar que para que a declaração de inconstitucionalidade sobrevenha, é indispensável que o processo judicial siga o roteiro previsto: (i) seja pelo controle difuso, no qual cabe aos juízes ordinários, de maneira incidental, reconhecer a inconstitucionalidade; (ii) seja pelo controle concentrado, no qual cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal reconhecer.

Conforme é de conhecimento, as decisões proferidas no âmbito do controle concentrado, ao contrário das decisões provenientes do controle difuso, podem ser dotadas de efeito vinculante, em decorrência de seu caráter *erga-omnes*. Todavia, o fato de tais decisões serem dotadas de efeito vinculante não pode ser motivo a invalidar decisões proferidas no âmbito do controle difuso, sobre as quais opera a coisa julgada.³⁰

A propósito, brilhante a lição de Luiz Guilherme Marinoni, que defende:

A sentença que produziu coisa julgada material, por constituir uma norma elaborada por um juiz que tem o dever de realizar o controle difuso da constitucionalidade, não pode ser invalidada por ter se fundado em lei posteriormente declarada inconstitucional. Note-se que isto equivaleria à nulificação do juízo de constitucionalidade, e não apenas à nulificação da lei declarada inconstitucional. Impedir que a lei declarada inconstitucional produza efeitos é muito diferente do que negar efeitos a um juízo de constitucionalidade, legitimado pela própria Constituição.³¹

É imperioso, portanto, observar a legitimidade do dever-poder judicial do julgador ainda que em controle difuso.

²⁹ AMARO. Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 105.

³⁰ MARINONI, 2013, p. 32.

³¹ MARINONI, 2013, p. 32.

Feitas tais considerações, importa-nos analisar se o Supremo Tribunal Federal, ao realizar o controle de constitucionalidade, pode atingir os processos encerrados, ou melhor, a coisa julgada através da modulação dos efeitos.

4.2 SOBRE A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO QUE RECONHECE A INCONSTITUCIONALIDADE

A modulação de efeitos seria uma técnica ou um instrumento calibrador, responsável pela mitigação dos efeitos colaterais nocivos causados ao ordenamento jurídico em decorrência da declaração de inconstitucionalidade³².

O objetivo de mitigar os efeitos colaterais nocivos causados ao ordenamento em decorrência da declaração de inconstitucionalidade deve ser compreendido com cautela, pois, a regra geral, em caso de declarações de inconstitucionalidade, é que os efeitos retroajam à data do ingresso da norma inconstitucional no sistema jurídico. Trata-se, pois, do efeito *ex tunc*.

De qualquer maneira, como o direito cria suas próprias realidades, tem-se visto a prática de modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

No entanto, os próprios ministros alegam tratar-se de efeito excepcional que faz retroagir a decisão atingindo os efeitos da coisa julgada, com objetivo de tutelar determinado valor imprescindível no Estado de Direito, que é a própria segurança jurídica.

Aliás, esta possibilidade de “controle de efeitos” ou “modulação de efeitos” encontra previsão na Lei n. 9.868/1999, que no artigo 27 estabelece:

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.

A propósito do tema, confere-se entendimento manifestado pelo próprio Supremo Tribunal Federal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 79 e 85 DA LEI

³² PANDOLFO, 2012, p. 210.

COMPLEMENTAR N. 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30 DE JULHO DE 2003. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APOSENTADORIA E BENEFÍCIOS ASSEGURADOS A SERVIDORES NÃO-TITULARES DE CARGO EFETIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 40, §13, E 149, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, DECLARANDO-SE INCONSTITUCIONAIS AS EXPRESSÕES “COMPULSORIAMENTE” e “DEFINIDOS NO ART. 79”. INEXISTÊNCIA DE “PERDA DE OBJETO” PELA REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DE CONTROLE. PRETENSÃO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS. PROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARCIALMENTE. 1. A revogação da norma objeto de controle abstrato de constitucionalidade não gera a perda superveniente do interesse de agir, devendo a Ação Direta de Inconstitucionalidade prosseguir para regular as relações jurídicas afetadas pela norma impugnada. Precedentes do STF: ADI nº 3.306, rel. Min. Gilmar Mendes, e ADI nº 3.232, rel. Min. Cezar Pelluso. 2. A modulação temporal das decisões em controle judicial de constitucionalidade decorre diretamente da Carta de 1988 ao consubstanciar instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade das leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, notadamente a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima, além de encontrar lastro também no plano infraconstitucional (Lei nº 9.868/99, art. 27). Precedentes do STF: ADI nº 2.240; ADI nº 2.501; ADI nº 2.904; ADI nº 2.907; ADI nº 3.022; ADI nº 3.315; ADI nº 3.316; ADI nº 3.430; ADI nº 3.458; ADI nº 3.489; ADI nº 3.660; ADI nº 3.682; ADI nº 3.689; ADI nº 3.819; ADI nº 4.001; ADI nº 4.009; ADI nº 4.029. 3. In casu, a concessão de efeitos retroativos à decisão do STF implicaria o dever de devolução por parte do Estado de Minas Gerais de contribuições recolhidas por duradouro período de tempo, além de desconsiderar que os serviços médicos, hospitalares, odontológicos, sociais e farmacêuticos foram colocados à disposição dos servidores estaduais para utilização imediata quando necessária. 4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente para (i) rejeitar a alegação de contradição do acórdão embargado, uma vez que a revogação parcial do ato normativo impugnado na ação direta não prejudica o pedido original; (ii) conferir efeitos prospectivos (eficácia ex nunc) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data. (ADI 3106 ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 12-08-2015 PUBLIC 13-08-2015) *destaque nosso*

Apesar de o próprio Supremo Tribunal Federal tratar a questão da modulação dos efeitos de eventual decisão que reconhece a inconstitucionalidade de determinada lei como algo excepcional, tendente a proteger a segurança jurídica e a relação de confiança, é certo que esta excepcionalidade, se não bem trabalhada, pode culminar na atribuição de efeitos retroativos que podem fomentar interesses fazendários.

Com efeito, pode ser defendida a alteração da situação de direito sobre a qual repousa a coisa julgada, invocando a aplicação do já analisado artigo 471, I e II do Código de Processo Civil.

No entanto, será apresentado fundamentos contrários a esta ideia, vez que considera-la válida contraria toda a tese da segurança jurídica já apresentada.

4.3 ANÁLISE DE CASO PRÁTICO- COFINS SOCIEDADES PROFISSIONAIS

Para dar um viés pragmático ao presente estudo, cuidaremos de analisar um caso prático com grande repercussão nacional, qual seja, a questão da isenção da COFINS para sociedades profissionais.

A Lei Complementar 70/1991, em seu artigo 6, inciso II concedia isenção da COFINS para sociedades civis, dentre as quais se enquadravam as sociedades profissionais.

Posteriormente, sobreveio a Lei nº 9.430/1996, de natureza ordinária, que revogou a isenção concedida pela Lei Complementar.

O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento próprio no sentido de que lei ordinária não poderia revogar lei complementar, editou a Súmula 276, cuja transcrição diz: “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da COFINS, irrelevante o regime tributário adotado”.

Este entendimento era reiteradamente aplicado em sucessivas decisões emitidas pelos Juízos Inaugurais, seguidos dos Tribunais Regionais Federais. A princípio, tal entendimento gozava de grande eficácia, vez que a análise desta questão pelo Supremo Tribunal Federal estaria prejudicada por se tratar de questão infraconstitucional.³³

Ocorre que, o mesmo Supremo Tribunal Federal alterou seu entendimento no que tange à natureza infraconstitucional da lei que revogou a isenção da COFINS, ao fundamento que a lide tratava de temas constitucionais do direito tributário, tais como: isenção, revogação, podendo ser, portanto, objeto de apreciação pela Corte Suprema.

Em vista desta situação, ao ser realizado o julgamento do RE 377.457, o cenário jurídico foi fortemente alterado, conforme se observa da ementa ora colacionada:

³³ AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÓRDÃO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA EXCLUSIVAMENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS TIDOS POR VIOLADOS. Caso em que ofensa à Carta da República, se existente, dar-se-ia de forma reflexa ou indireta, o que não enseja a abertura da via extraordinária. Incide, ademais, o óbice das Súmulas 282 e 356 desta colenda Corte. Agravo desprovido (STF, 1ª TURMA, AgR nº 479.724, Ministro Carlos Britto, D.J.U 27/10/2006).

Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido mas negado provimento. (STF - RE: 377457 PR , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 17/09/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)

Por maioria, portanto, foi provido o recurso extraordinário da União, alterando entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça que servia de fundamento para planejamento de diversos contribuintes beneficiados.

Em virtude desta decisão, foi realizado pedido de modulação de efeitos por determinados ministros da Suprema Corte. Todavia, o pedido de modulação de efeitos foi negado pela maioria.

Ou seja, em situações tais como a esta analisada nos sobrevêm alguns questionamentos antagônicos: (i) a concessão de efeitos modulatórios para decisão do Supremo Tribunal Federal que reconhece a inconstitucionalidade deve ser a solução para preservar a segurança jurídica? (ii) ao se conceder efeitos modulatórios a determinada decisão de inconstitucionalidade, estar-se-ia convalidando a inconstitucionalidade *ex tunc* de determinada lei?

Como passo para enfrentamento destes questionamentos, retornemos à análise do caso prático proposto.

Para fundamentar a necessidade de concessão de efeitos modulatórios, o Ministro Celso de Mello nos apresenta verdadeira lição de segurança jurídica:

Os cidadãos não podem ser vítimas da instabilidade das decisões proferidas pelas instâncias judiciárias ou das deliberações emanadas dos corpos legislativos.

A instabilidade das decisões estatais, motivada pela ruptura abrupta de critérios jurisprudenciais, que, até então, pautavam o comportamento dos contribuintes-cujo planejamento fiscal na matéria em causa traduzia expressão direta que se continha na Súmula 276/STJ-, não pode nem deve afetar ou comprometer a esfera jurídica daqueles que, confiando em diretriz firmada pelos Tribunais e agindo de acordo com esse entendimento, ajustaram, de boa-fé, a sua conduta aos pronunciamentos reiterados do Superior Tribunal de Justiça a propósito da subsistência, no caso, da isenção da COFINS. A ruptura de paradigma resultante de substancial revisão de padrões jurisprudenciais, como sucede no caso, impõe, em respeito à exigência de segurança jurídica e ao princípio da

proteção da confiança dos cidadãos, que se defina o momento a partir do qual terá aplicabilidade a nova diretriz hermenêutica.³⁴

A despeito do teor deste brilhante voto, verificamos que a concessão de modulação de efeitos para o caso envolvendo o recurso extraordinário analisado foi negado pela maioria do Supremo Tribunal Federal.

Como consequência desta ausência de modulação, a Fazenda Pública poderia intentar, através de ação rescisória, desconstituir a coisa julgada, visando aumentar sua condição arrecadatória.

Se, ao contrário, o benefício da declaração de inconstitucionalidade se direcionasse contribuinte, este poderia intentar, através de ação rescisória, tendente a desconstituir a coisa julgada, objetivando a repetição dos tributos pagos indevidamente.

Ambas hipóteses serão objeto de análise no item subsequentes. Por ora, interessamos buscar fundamentos coerentes que possam contribuir para a segurança jurídica.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal não possui um entendimento firme a respeito de quando se deve modular os efeitos da decisão que reconheceu a inconstitucionalidade de determinada lei em matéria tributária. Sendo que esta análise tem sido reservada a peculiaridade de cada caso.

No entanto, amparando-nos em pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos Fiscais da Fundação Getúlio Vargas, Direito/SP, sob coordenação de Eurico Marcos Diniz de Santi³⁵, verificamos o seguinte resultado:

<i>Leading case</i> A favor dos contribuintes	Declaração de Inconstitucionalidade	Modulação de Efeitos	Valor Envolvido
Empréstimo Compulsório sobre Veículos	Sim	Não	CR\$ 39,8 bi (US\$ 3.6 bi)
FINSOCIAL	Sim	Não	R\$ 37,95 bi
Progressividade do IPTU	Sim	Não	X
ICMS Importação PF	Sim	Não	X

³⁴ Voto do Ministro Celso de Mello no RE 377.457. p. 1907, 1911. Acesso <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>. 12/10/2015

³⁵ SANTI. Eurico Marcos Diniz. **A modulação no controle de constitucionalidade de novos tributos.** *Revista Consultor Jurídico*. Publicado em 10/07/2014. Extraído: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-10/eurico-santi-modulacao-supremo-criacao-tributo>. Acesso 02/09/2015.

Ampliação da Base de Cálculo do PIS e da COFINS	Sim	Não	R\$ 29 bi
FUNRURAL	Sim	Não	R\$ 11 bi

Leading case A favor do Fisco	Modulação de Efeitos	Argumento Central para Não Modular os Efeitos
FINSOCIAL sobre receita bruta de prestadoras de serviço	Não	A modulação sequer foi cogitada
Creditamento de IPI por insumos sujeitos à alíquota zero, isentos ou não tributados	Não	Não há insegurança jurídica
COFINS faturamento de soc. de profissão regulamentada	Não	Não há insegurança jurídica

Como conclusão da análise pragmática desenvolvido no estudo que ora se apresenta, verificou-se que, de maneira igualitária, ou seja, tanto para contribuinte, quanto para fisco, o Supremo Tribunal Federal tem vedado a concessão de efeitos modulatórios de decisão que reconhece a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinado tributo.

Negando-se, portanto, a atribuição de efeitos *ex nunc*, a partir da decisão de inconstitucionalidade, existe a possibilidade *ex tunc* tanto por parte do contribuinte, quanto por parte do fisco, de ingressar com ação rescisória para desconstituir a coisa julgada e requerer, posteriormente, a repetição do indébito.

De maneira geral, considerou-se que a segurança jurídica não seria atingida, em virtude do próprio sistema jurídico dispor de controle de prazos prescricionais para propositura de ação rescisória e ação de repetição de indébito.

Em clara oposição a possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, confere-se o entendimento de Eurico Marcos Diniz Santi:

Desta forma, os efeitos do controle de constitucionalidade relativos a normas instituidoras de tributos *são incompatíveis com a ideia de modulação de efeitos*

*regulada pelo artigo 27 da Lei 9.868/1999, pois os reflexos tributários já encontram regime e tratamento próprio, sendo disciplinados exaustivamente pelo CTN, não ensejando, dessa forma, qualquer insegurança jurídica ou excepcional interesse social.*³⁶

Por fim, conclui:

É descabido e juridicamente torpe admitir que o Fisco crie tributos em desrespeito à legalidade e à segurança jurídica mediante a edição de norma inconstitucional, para depois de reconhecida a patente inconstitucionalidade perante o STF, pleitear a convalidação dos efeitos de sua ilegalidade em nome da segurança jurídica.³⁷

Entretanto, considerando toda a linha introdutória desenvolvida, não podemos concordar com a tese segundo a qual, a não concessão de efeitos modulatórios às decisões que reconhecem a inconstitucionalidade de determinado tributo corroboram por exaltar o princípio da segurança jurídica.

Nesta mesma linha de exposição, confere-se entendimento de Aurora Tomazini de Carvalho:³⁸

Em razão do princípio da irretroatividade, as normas jurídicas, mesmo depois de revogadas (salvo algumas exceções), continuam sendo aplicadas aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da norma revogadora.

Conforme demonstrado anteriormente, uma vez estabilizada a norma jurídica através de reiteradas decisões proferidas no âmbito do Poder Judiciário (no presente caso, objeto inclusive de Súmula), a alteração posterior do entendimento jurisprudencial releva-se contrária aos princípios que norteiam o Estado de Direito, em especial, os princípios da segurança jurídica, boa-fé, irretroatividade e confiança.

Seguindo a coerência que lhe é peculiar e como grande defensor da segurança jurídica, colaciona-se o entendimento de Paulo de Barros Carvalho³⁹:

Tratando-se de controle concentrado, em ações objetivas de inconstitucionalidade, como princípio geral, declarava-se a nulidade da norma, revogando o enunciado em termos prospectivos, isto é, *ipser juri ab initio*, o que significa atribuir efeitos *ex tunc* ao ato decisório. Estabelecido, porém, que a declaração de inconstitucionalidade pode dar-se a qualquer tempo, ou seja, o direito de ação não preclui, passou-se a observar que a aplicação da pena de nulidade, como regra, prejudicaria não somente a certeza do direito, mas também e principalmente o próprio direito, enquanto sistema prescritivo de

³⁶ SANTI, 2014.

³⁷ SANTI, 2014.

³⁸ CARVALHO, Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 779.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos**. Direito Tributário em Questão, v. 1, p. 203-216, 2008.

condutas, uma vez que toda norma goza de presunção de constitucionalidade até ser expulsa do sistema. A providência ensejaria clima de instabilidade, depreciando o sentimento de certeza das mensagens normativas, um dos pilares de sustentação da ordem jurídico-positiva.

Prosseguindo na análise do caso da revogação da isenção da COFINS para sociedades profissionais, interessante parecer foi emitido pelo atual Ministro Luis Roberto Barroso⁴⁰:

Nesse contexto, o pedido de modulação dos efeitos da decisão não se fundamenta no art. 27, da Lei nº 9.868/99, mas diretamente na regra constitucional da irretroatividade da norma tributária (CF, art. 150, III), e nos princípios da proteção da confiança legítima e da boa-fé, todos corolários do sobreprincípio da segurança jurídica. A tese é a seguinte: a decisão desse Eg. Supremo Tribunal Federal no sentido de que as sociedades profissionais não gozam de isenção da COFINS caracteriza norma tributária nova (no sentido de texto normativo interpretado), uma vez que há 5 (cinco) anos o Superior Tribunal de Justiça editou e vinha aplicando normalmente sua Súmula 276, segundo a qual as referidas sociedades eram isentas da COFINS. Em se tratando de norma nova, somente poderia ser aplicada prospectivamente, por força da regra e dos princípios constitucionais mencionados acima.

À luz de todo quanto defendido, imperioso reconhecer que a alteração no entendimento do Judiciário implica na criação de nova norma instituidora de tributo, e por tal razão, deve obedecer ao princípio da irretroatividade.

Finalmente, aproximando a questão da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade à coisa julgada, deve-se ter fixa a ideia de que esta não desaparece de maneira automática diante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Se assim, o fosse, a coisa julgada perderia seu valor e poderia ser considerada uma “condição negativa imprevisível”⁴¹, ou seja, estaria condicionada ao fato de o Supremo Tribunal Federal não declarar a inconstitucionalidade da norma que fundamentou a decisão transitada em julgado.

⁴⁰ Disponível em http://s.conjur.com.br/dl/parecer_barroso_cofins.pdf. Acesso em 09/10/2015.

⁴¹ MARINONI, 2013, p. 171.

5 AÇÃO RESCISÓRIA

De início, importa reiterar que, a partir das premissas adotadas, a declaração de inconstitucionalidade não invalida a decisão sobre a qual repousa o manto da coisa julgada.

Entretanto, não é dessa forma que tem agido a Fazenda Pública, que, para desconstituir a coisa julgada que beneficia o contribuinte, tem ingressado com diversas ações rescisórias, repletas de argumentos *ad terrorem*, objetivando atingir o contribuinte e aumentar seu poder arrecadatário.

Segundo o artigo 485 do Código de Processo Civil é cabível a ação rescisória:

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;

Para manter coerência ao trabalho ora apresentado, imperioso analisar a possibilidade da ação rescisória com esteio no inciso V do artigo citado, que diz respeito a “violação literal disposição de lei”.

Já para garantir os nortes que se pretende dar ao trabalho, destaca-se a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal que prescreve:

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

Em suma, o enunciado esclarece que decisão aplicada com base em lei cuja interpretação divergia entre os tribunais não se sujeita à ação rescisória.

No entanto, a questão sobre a qual pairam dúvidas está em afirmar a natureza da lei cuja interpretação divergente entre os tribunais pode ser desafiada via ação rescisória.

Isto porque, há entendimento jurisprudencial no sentido de que a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal veda o cabimento de ação rescisória em casos em que a decisão transitada em julgado se fundamentou em lei infraconstitucional.

Todavia, quando a decisão transitada em julgada se fundamentou em norma constitucional, a vedação contida na Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal é afastada, tornando possível o ajuizamento de ação rescisória. Isto porque, de maneira resumida a Constituição Federal seria dotada de supremacia sob todas as hipóteses.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA (CPC, ART. 485, V). CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE CRÉDITOS ESCRITURAIS DE ICMS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF.

1. A jurisprudência do STF emprega tratamento diferenciado à violação da lei comum em relação à da norma constitucional, deixando de aplicar, relativamente a esta, o disposto em sua Súmula 343, à consideração de que, em matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável, mas sim de interpretação juridicamente correta. Precedente da 1ª Seção: EREsp 608.122/RJ, DJ de 28/05/2007.

2. Recurso especial provido.

(REsp 784.912/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010)

A questão é polêmica e não passou despercebida pelo próprio Supremo Tribunal Federal que passou a se manifestar no seguinte sentido:

SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL NA AÇÃO RESCISÓRIA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. SÚMULA 343 DO STF. INCIDÊNCIA TAMBÉM NOS CASOS EM QUE A CONTROVÉRSIA DE ENTENDIMENTOS SE BASEIA NA APLICAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. PRECEDENTE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Não cabe ação rescisória, sob a alegação de ofensa a literal dispositivo de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, nos termos da jurisprudência desta Corte. 2. In casu, incide a Súmula 343 deste Tribunal, cuja aplicabilidade foi recentemente ratificada pelo Plenário deste Tribunal, inclusive quando a controvérsia de entendimentos se basear na aplicação de norma constitucional (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014). 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AR 1415 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 28-04-2015 PUBLIC 29-04-2015)

Ação rescisória. Decisão fundada em jurisprudência do STF posteriormente alterada. Art. 557, §1º, do CPC. Suposta violação literal de lei. Inocorrência.

Não cabe ação rescisória de decisões proferidas em harmonia com a jurisprudência do STF, ainda que ocorra alteração posterior do entendimento do Tribunal sobre a matéria. Ação não conhecida. Precedente: RE 590.809. (AR 2199, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015)

O entendimento inicial no qual se baseou o Ministro Teori Albino Zavascki é extremamente comprometedor para manutenção do princípio da segurança jurídica que defendemos.

Com efeito, é imperioso que os Juízes ordinários se submetam à orientação do Supremo Tribunal Federal, até pelo efeito vinculante que determinadas decisões possuem. Todavia, defender o cabimento de ação rescisória sempre que a decisão transitada em julgado for contrária à decisão do Supremo Tribunal Federal, ainda que anterior a este fato, é precedente arriscado.

A circunstância de se defender o cabimento da ação rescisória nestes moldes contribui fortemente para aplicação da retroatividade, instituto este que não reflete as garantias que nosso sistema jurídico outorga.

Esta análise não passou despercebida para Luiz Guilherme Marinoni⁴², para quem:

(...) a aceitação da retroatividade do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre as decisões proferidas pelos tribunais significa colocar a coisa julgada sob condição ou em estado de provisoriedade, o que é absolutamente incompatível com o conceito e a razão de ser da coisa julgada. Este estado de indefinição nega o fundamento que está à base da coisa julgada, ou seja, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Outrossim, considerar razoável o entendimento ora analisado significa derruir o próprio dever-poder de julgar dos julgadores ordinários, vez que suas decisões nunca seriam atingidas pelo manto da coisa julgada. Afinal, sua decisão pouco importaria, sendo apenas válida a decisão emitida pelo Supremo Tribunal Federal.

Todavia, importa salientar que, sendo admitido em nosso sistema jurídico o controle difuso e o controle concentrado, tanto as decisões emitidas em controle difuso, quando as decisões emitidas em controle concentrado, possuem o mesmo grau de legitimidade e validade.

Não obstante, pertinente esclarecer que ao negar cabimento à ação rescisória a partir do pronunciamento do Supremo Tribunal Federal não se está a atribuir efeitos uma

⁴² MARINONI.2013, p. 105.

lei inconstitucional, mas apenas ressalvado e preservando os efeitos de um juízo constitucional que aplicou uma lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo.⁴³

Para concluir esta discussão, a aplicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal deve ser tanto para lei infraconstitucional, quanto para norma constitucional, pois a preservação da segurança jurídica, através da coisa julgada, é medida que o sistema jurídico aceita e aplica.

Finalmente, compete esclarecer que não cabe ação rescisória para desconstituir coisa julgada quando o juiz ordinário exerceu efetivamente seu dever jurisdicional, observando pronunciamento do Supremo Tribunal Federal o qual foi posteriormente alterado.

Todavia, quando o juízo ordinário deixa de adotar em sua decisão pronunciamento ou orientação do Supremo Tribunal Federal, há nítida violação de norma, corroborando para o cabimento da ação rescisória dentro do prazo prescricional de 2 anos previstos no artigo 495 do Código de Processo Civil.⁴⁴

⁴³ MARINONI, 2013, p. 115.

⁴⁴ MARINONI, 2013, p. 117.

6 CONCLUSÃO

Partindo da premissa da preservação do princípio da segurança jurídica, todo o restante do trabalho foi desenvolvido.

Defendeu-se que a coisa julgada é um cânone do nosso sistema jurídico, contribuindo fortemente para manutenção da segurança jurídica do Estado de Direito, beneficiando não apenas os institutos, mas especialmente os jurisdicionados.

Por assim se fundamentar, a coisa julgada não pode ter sua importância e relevância subtraída por teorias tendentes a relativizar seus efeitos, seja para fins de reduzi-los, seja para fins de suprimi-los.

Na medida em que se analisa a amplitude da coisa julgada, bem como da segurança jurídica, verifica-se a importância de sua manutenção, mesmo diante de interpretações restritivas acerca da Súmula 239 do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, a aplicação da mencionada súmula deve ser feita com auxílio sistemático de outros dispositivos legais, inclusive próprios do Código de Processo Civil. Desta forma, verifica-se que a coisa julgada subsiste em qualquer hipótese nas quais não haja alteração da situação do fato e de direito da ação sobre a qual operou-se a coisa julgada.

Este entendimento é fundamental especialmente para compreensão das relações jurídicas de trato sucessivo e duradouro, que, a princípio, não sofrem alteração com o decurso do tempo.

Outro aspecto analisado, diz respeito aos efeitos que a declaração de inconstitucionalidade pode acarretar sobre a coisa julgada.

Sendo assim, defendendo a segurança jurídica sob todas as hipóteses, invocamos, sempre que a decisão puder gerar insegurança entre os envolvidos, a aplicação dos efeitos modulatórios, possibilitando atribuição de efeito *ex nunc*.

Neste contexto, não há como desprezar a importância que o princípio da irretroatividade goza, sendo este também grande apoio para efetividade da segurança jurídica no sistema jurídico, porquanto evita inseguranças e instabilidades nas relações jurídicas.

De qualquer modo, a alteração de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade concentrado, tornando inconstitucional determinada lei que beneficiava contribuinte ou fisco, e que amparou o planejamento

destes durante certo período de tempo, deve ser compreendida como edição de norma nova, e, por assim ser, deve se submeter ao princípio da irretroatividade.

Seguindo esta mesma linha de pensamento, concluímos que o sistema jurídico constitucional, em razão da segurança jurídica, não admite a propositura de ação rescisória fundamentada em alteração de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal, sob pena de afronta aos princípios da irretroatividade, bem como coisa julgada, fundamentos máximos da segurança jurídica no Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARO. Luciano da Silva. **Direito Tributário Brasileiro**. 20ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

ASSIS. Araken. **Eficácia da coisa julgada inconstitucional**. Revista Jurídica. n. 301. São Paulo, 2006.

BECKER. Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Editora Noeses, 2012.

CARRAZZA. Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional**. 30ª edição. São Paulo, Editora Malheiros, 2014.

CARVALHO. Aurora Tomazini. **Curso de Teoria Geral do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos**. Direito Tributário em Questão, v. 1, 2008.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **Considerações sobre os limites objetivos e a eficácia preclusiva da coisa julgada**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. nº 18, 2002.

VALVERDE. Gustavo Sampaio. **Coisa Julgada em matéria tributária**. São Paulo, Editora Quartier Latin, 2004.

MELLO. Rafael Munhoz. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Coisa Julgada Inconstitucional. A retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa Julgada. A questão da relativização da coisa julgada**. Editora: Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008.

JUNIOR. Nelson Nery. **Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo Civil, penal e administrativo.** 9ª ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2009.

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

SANTI. Eurico Marcos Diniz. **A modulação no controle de constitucionalidade de novos tributos.** Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 2014.