

COISA JULGADA, DIREITO JUDICIAL E AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA¹

Diego Diniz Ribeiro²

1. Introdução: o problema a ser enfrentado

Primeiramente, insta desde já destacar que o presente trabalho não tem por escopo esgotar os três grandes temas indicados já no título deste artigo, quais sejam: (i) coisa julgada, (ii) direito judicial e (ii) ação rescisória em matéria tributária. Isso porque, os assuntos citados poderiam resultar em longos tratados, o que não é o objetivo do presente texto.

Assim, é apresentado abaixo um problema de ordem prática que servirá para promover o corte necessário para a delimitação da amplitude deste trabalho:

Sociedade civil de profissão regulamentada denominada XPTO promoveu ação judicial para ver reconhecida a sua isenção quanto ao pagamento de COFINS, nos termos do art. 6º, inciso II da Lei Complementar n.º 70/91³, afastando, por conseguinte, o disposto no art. 56 da Lei n.º 9.430/96⁴. Processada a ação, adveio decisão judicial para julgá-la procedente, decisão essa transitada em julgado em janeiro de 2005.

Todavia, com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no bojo do Recurso Extraordinário n.º 377.457/PR⁵, a Receita Federal, em janeiro de

¹ Publicado em: *Processo Tributário Analítico (volume II)*. Paulo César Conrado (coordenador). São Paulo: Noeses, 2013. pp 83-110.

² Doutorando em Ciências Jurídico-Filosóficas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Mestre em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-graduado em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Advogado e Professor.

³ “Art. 6º São isentas da contribuição:

(...).

II - as sociedades civis de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 2.397, de 21 de dezembro de 1987;

(...).”

⁴ “Art. 56. As sociedades civis de prestação de serviços de profissão legalmente regulamentada passam a contribuir para a seguridade social com base na receita bruta da prestação de serviços, observadas as normas da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991.

(...).”

⁵ “Ementa

1. Contribuição social sobre o faturamento - COFINS (CF, art. 195, I).

2010, lavra Auto de Infração para exigir os valores relativos à COFINS e supostamente devidos entre janeiro de 2005 e dezembro de 2009.

Diante desse quadro, XPTO pede a elaboração de um parecer jurídico para que seja analisada a seguinte questão:

01) A decisão proferida pelo STF afeta a coisa julgada existente em favor de XPTO? De que forma?

Delimitado o problema definidor da abrangência do presente estudo, convém agora tentar respondê-lo.

2. *Direito, lei e jurisprudência*

Uma análise apressada do tema aqui posto poderia restringir o debate a uma única reflexão: o conteúdo semântico e conseqüente abrangência da expressão “violação literal disposição de lei”, veiculada pelo art. 485, inciso V do Código de Processo Civil⁶.

Acontece que, em nossa opinião, o caso em análise vai muito além de uma discussão exclusivamente de interpretação de um dispositivo de lei, deflagrando, em verdade, um caloroso debate sobre o conceito e a finalidade do direito, o qual, de forma muito superficial, poderia ser resumido no embate entre *direito legal* x *direito jurisprudencial*.

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 377.457, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 17/09/2008, Repercussão Geral - Mérito DJe-241; publicado em 19-12-2008).

⁶ “Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

(...).

V - violar literal disposição de lei;

(...).”

Por sua vez, para tentar entender a discussão sublinear aqui travada, mister se faz tecer algumas considerações acerca dessas diferentes concepções do fenômeno jurídico, começando por uma análise do direito sob uma perspectiva legalista.

2.1 A concepção normativo-legalista do direito

Segundo uma racionalidade normativo-legalista o direito é visto como um conjunto de normas válidas⁷ em um determinado tempo e espaço. Seu objetivo, portanto, é planificar condutas de forma prévia, geral, abstrata e ahistórica. Essa racionalidade jurídica é fruto de um longo processo histórico e encontra seu ápice no século XIX, com a consolidação do pensamento iluminista⁸. Por seu turno, a mundividência daí advinda é replicada no âmbito jurídico pelo movimento codificador⁹, cujo apogeu se dá com o Código Napoleônico de 1804.

Nesse momento histórico há uma cisão até então inexistente entre a criação do direito¹⁰ e sua aplicação¹¹. A unidade, característica marcante do direito nos

⁷ Validade aqui entendida não sob uma perspectiva contenciosa (justiça), mas sim formal, i.e., tratada como relação de pertinência a um dado sistema jurídico: dispositivo criado por agente competente, nos termos procedimentais estabelecidos em lei e capaz de suscitar a construção de uma norma jurídica dotada de generalidade e abstração é tido como válido e, portanto, pertence ao sistema jurídico. Aliás, quanto à importância da forma (em detrimento do conteúdo) para esta concepção do direito, Arthur Kaufmann aduz que “para o positivismo, qualquer lei é, em princípio, válida, desde que a sua emissão tenha respeitado a forma para ela prevista. Lembramo-nos imediatamente de Kant. Só a forma é fornecida a priori, não o conteúdo” (KAUFMANN, Arthur. *A problemática da filosofia do direito ao longo da história*, in KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Orgs.). “Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas”. 2ª. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 117.).

⁸ A concepção do direito herdada de um pensamento iluminista é pautada em um discurso centrado na autonomia humana e, particularmente, na preponderância da razão humana e na liberdade do indivíduo pensar por si só (a razão humana tem uma natureza emancipatória para o homem), pregando, conseqüentemente, um distanciamento de mundividências metafísicas e teológicas. O homem da razão é capaz de, autonomamente, resolver os problemas que lhe afligem. Aqui o homem buscou dar uma resposta racional com objetivo de superar o despotismo e privilegiar o indivíduo da razão e da vontade. Houve, portanto, uma valorização de uma racionalidade científica, universal, fundamentada em axiomas e organizada sistematicamente (este dois fatores redundam na ideia de unidade do conhecimento), racionalidade esta que resulta, em última análise, na preocupação com a técnica. Há, pois, no contexto modernista, uma exacerbada valorização da “epistême” e da “techné”, em detrimento das demais virtudes aristotélicas. Segundo Aroso Linhares a racionalidade modernista promoveu uma “hipertrofia da epistême, bem como uma apropriação irreversível da techné — hipertrofia aquela e apropriação esta (diria Heidegger!) consumadas, se não convertidas em metafísica, pela experiência da modernidade” (LINHARES, José Manuel Aroso. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?*. Coimbra/Ouro Preto, 2008, p. 22.) (Mimeo).

⁹ O código era o mecanismo apto para compilar sistematicamente o produto legislativo do Estado soberano e por isso “a codificação foi o modo em que tomaram corpo as grandes reformas legislativas iluministas e post-iluministas” (NEVES, Antônio Castanheira. *Instituto dos assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.p. 565).

¹⁰ Quer dizer, o seu preenchimento de conteúdo.

períodos anteriores, cedeu espaço para uma divisão então inovadora entre o momento da criação (etapa legislativa) e o posterior instante da aplicação (etapa judicial) do direito. Aqui, portanto, o átimo fundamental para o direito é o da sua criação pela lei, o que permite afirmar que o texto jurídico acaba por ser constitutivo da juridicidade¹², não existindo direito antes dele¹³. Em outros termos, o preenchimento conteudístico do direito deixa de ser um papel preponderantemente desempenhado pela jurisprudência e pela doutrina para ser então exclusivamente protagonizado pelo poder político¹⁴, por intermédio da lei.

Conseqüentemente, a função do aplicador do direito – o juiz – passou a ser exclusivamente neutral-cognitiva¹⁵, na medida e que a ele cabe a tarefa de conhecer o direito (dado-objeto imposto e pré-existente) para então aplicá-lo no caso em concreto. Ao juiz cumpre o simples papel de ser a *boca da lei*, ou seja, o seu mero aplicador¹⁶. O juiz torna-se uma máquina do silogismo lógico¹⁷,

¹¹ Instante da convocação do direito para a resolução em concreto de problemas de convivência humana.

¹² Para Castanheira Neves a lei, neste período, “adquire então um sentido normativo-jurídico que faz dela o próprio ‘constituens’ do direito(...)a lei passou a ser normativamente o direito” (NEVES, Antônio Castanheira. *Instituto dos assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983. p. 526).

¹³ É importante novamente destacar que neste momento histórico há uma viragem antropológica e é ao redor do homem e da sua razão que tudo gravita. Assim como a formação do modelo de Estado então proposto depende do acordo da vontade dos homens por intermédio de um pacto social, o direito, na qualidade de responsável pela viabilização jurídica deste Estado, só existe como expressão desta vontade humana abstrata, genérica e formalmente retratada na lei. Não há direito sem que haja a manifestação (ação) da vontade humana. A lei é, pois, a vontade geral em ação (Nesse sentido: NEVES, Antônio Castanheira. *Instituto dos assentos*. p. 542.); é um produto culturalmente construído pelo povo soberano, devidamente representado pela figura quase que divina do legislador. O direito deixa assim de ser uma experiência prática-constituenda de resolução de conflitos e passa a ser tratado como o conjunto sistematizado de leis responsáveis pela prévia, geral e abstrata prescrição de comportamentos. É pela mediação da lei que os diferentes associados do pacto social conservam a unidade deste projeto (Neste sentido: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. 5ª. ed. Europa-América: Portugal, 2003p. 42.).

¹⁴ O conteúdo da norma é definido pelo Poder Legislativo, que a preenche de acordo com as suas preocupações político-sociais; ao poder político compete dar sentido valorativo à norma ao ponto de Castanheira Neves afirmar que “a *voluntas* (legislativa) é uma irredutível dimensão constitutiva do direito em todo o pensamento jurídico moderno (in Instituto dos assentos. p. 526). Segundo Castanheira Neves a única demanda conteudística que a lei do modernismo faz é o de que a sua substância seja tão generalizante quanto à vontade geral que expressa”. (in *Instituto dos assentos*. p. 547.).

¹⁵ “O direito é considerado como um conjunto de fatos, de fenômenos ou de dados sociais em tudo análogos àqueles do mundo natural; o jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor.” (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*. Ícone Editora: São Paulo, 1995. p. 131.).

¹⁶ “O positivismo sustenta a *teoria da interpretação mecanicista*, que na atividade do jurista faz prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito (empregando uma imagem moderna, poderíamos dizer que o juspositivismo considera o jurista uma espécie de robô ou de calculadora eletrônica)” (BOBBIO, Norberto. p. 133). Nesta senda “a lei é aquela que o legislador diz que é, e os juízes são apenas os seus porta vozes, autômatos, através dos quais a lei é expressa, isto é, através dos quais o Legislador fala” (CAENEGEM, R. C. Van. *Oráculos da lei ou ‘bouche de la loi’*, in “O perfil do juiz na tradição ocidental”. Almedina: Coimbra, 2009. p.40).

¹⁷ Daí o papel do juiz resume-se a um ‘*applicatio*’ de caráter estritamente lógico-dedutivo: o direito (que se reduz à e identificava com a lei) era a premissa maior, os factos (previamente subsumidos ao conceito

competindo-lhe apenas declarar o enquadramento de um determinado fato (premissa menor) àquele descrito na lei (premissa maior), o que o faz por meio da decisão judicial (síntese conclusiva deste silogismo).

Esse método (lógico-subsuntivo) foi o mecanismo encontrado pelo normativismo-legalista para manter incólume a vontade geral, abstrata e ahistórica do legislador, ou seja, foi o caminho desenvolvido para que a resolução do caso em concreto não maculasse a “voluntas” legislativa. Com isso, prestigiava-se a lei, alçada ao “status” de *único* critério válido para resolver conflitos de interesse.

Feitas essas considerações, ainda que sintéticas, é possível agora analisar a outra concepção do direito a ser aqui tratada: o jurisprudencialismo.

2.2 Os critérios para resolução de problemas de convivência humana – a jurisprudência enquanto fonte material do direito

Segundo professa o jusfilósofo português Castanheira Neves, o problema do direito é que “o mundo é *um* e os homens nele são *muitos*”¹⁸, motivo pelo qual a função do direito não é planificar previamente condutas, mas sim resolver materialmente o necessário problema de convivência humana^{19 20}.

Percebe-se, portanto, que para essa mundividência jurídica o direito é visto como um “continuum” prático, ou seja, é constituído²¹ de forma histórico-concreta, mediante a realização do caso decidendo; “a experiência jurídica jurisdicional é de índole essencialmente *prudencial* (remete-nos ao concreto *juízo* normativo)”²². Assim, o direito não é imposto pela lei, aqui considerada

circunstancialmente pertinente) constituíam a menor(...) e da lógico-formal articulação de ambas resultava,...tautologicamente, a solução (BRONZE, Fernando J. P. *Lições de introdução ao direito*. 2ª. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 764.).

¹⁸ NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 3ª). Coimbra Editora: Coimbra, 2008. p. 13. (grifos do Autor).

¹⁹ NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 3ª). Coimbra Editora: Coimbra, 2008. p. 13.

²⁰ Para o jurisprudencialismo o tempo do direito não seria o presente-futuro, mas sim o presente-passado.

²¹ Não formal, mas materialmente falando.

²² NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 2ª). Coimbra Editora: Coimbra, 1995. p. 29. (grifos do Autor).

como mais um critério²³ para a resolução de conflitos de interesse, mas é construído culturalmente em concreto, no momento da realização do caso decidendo²⁴.

Para essa concepção jurídica a unicidade até então existente entre os momentos da criação e da “aplicação”²⁵ do direito é resgatada; em verdade, é (re)fundida para o momento da realização do direito. “A realização do direito é a vida e a verdade do direito; ela é o próprio direito”²⁶. Consequentemente, o juiz deixa de ter um papel secundário, não se limitando a perpetuar um “platonismo normativo”²⁷, mas atua de forma ativa na permanente e histórica construção e reconstrução de um sentido jurídico²⁸, atuando como um “mediador jurisdicional”²⁹.

Para essa concepção jurídica, a tarefa prática atribuída ao juiz tem um importante papel no ordenamento jurídico³⁰, na medida em que vai além da mediação entre as partes litigantes, competindo-lhe também a vital função de promover a abertura do ordenamento jurídico ao novo sem que isso, todavia,

²³ Não o mais importante e muito menos o único.

²⁴ Assim, “a experiência jurídica jurisdicional tem o seu ponto de partida explícito num concreto *problema jurídico* – num caso histórico-socialmente concreto de sentido problematicamente jurídico(...)”. (NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 2^o). p. 29). (grifos do Autor).

²⁵ O termo “aplicação” não seria o mais adequado para ser empregado aqui. Em todo caso, aludido termo foi mantido apenas para acentuar, de forma mais clara, o contraponto existente o jurisprudencialismo e a mundividência normativo-legalista tratada no tópico imediatamente anterior.

²⁶ NEVES, Antônio Castanheira. *Metodologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 25.

²⁷ A expressão é cunhada por Castanheira Neves, quando critica o silogismo lógico imposto ao juiz pelo modelo normativo-legalista do direito e sua posição de um mero contemplador do direito (NEVES, A. Castanheira. *Teoria do direito (lições proferidas no ano letivo de 1998/1999)*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 58.).

²⁸ “Se lhe é inegável uma criação normativo-jurídica(...)também não lhe corresponde uma deliberada e explícita inovação, aquela deliberada e explícita inovação que vimos próprio da criação jurídica legislativa. Nos juízos decisórios jurisdicionais vai sempre pressuposta e intencionalmente invocada uma normativa validade que se não pretende alterar ou substituir por outra que programaticamente se institua, pois visa-se tão-só afirmá-la, mediante uma determinação constitutivo-concretizadora, nos casos da sua problemática realização. Afirmção ou reafirmação sem forma inovação que nem por isso se exclui, e antes postula, a abertura de um concreto desenvolvimento, em contínua reconstituição e renovação, e que é decerto ou acaba por ser nos seus resultados uma verdadeira criação. (...) Esta constituinte criação através de concretos juízos decisórios oferece-se, como tal e em segundo lugar, imediatamente em termos de «precedentes», de exemplares concretos de decisões para decisões análogas(...)”(NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 2^o). p. 32).

²⁹ Mediação essa que apresenta tanto um viés objetivo, como um caráter subjetivo. A mediação objetiva é aquela posta “entre a normatividade postulada e a normatividade concreta, enquanto que a mediação subjetiva é aquela promovida entre as partes ou os sujeitos da controvérsia, em termos agora de um «terceiro imparcial» que revele o mérito das razões que cada um deles invoque para a concreta resolução do problema normativo” (NEVES, Antônio Castanheira. *Digesta* (vol. 2^o). p. 30).

³⁰ Ao ponto de Castanheira Neves afirmar que “o juízo (o juízo jurídico) é o punctum crucis da metodologia jurídica, é o seu problemático objecto intencional” (*in Metodologia jurídica. – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 33.).

mitigue a substancial autonomia do direito. Assim, a tarefa jurisdicional é vista como a mediação entre o “*consensus* jurídico-comunitário das intenções axiológico-normativas da «consciência jurídica geral», com as suas expectativas jurídico-sociais de validade e justiça”³¹.

3. *Ação rescisória fundada no art. 485, inciso V do Código de Processo Civil*

Feitas tais considerações, ainda que sintéticas, a respeito dessas diferentes concepções do fenômeno jurídico, é possível agora seguir adiante e verificar os desdobramentos de tais racionalidades para o problema aqui proposto.

3.1 *A perspectiva normativo-legalista em vista do problema em análise*

Como visto, para essa perspectiva jurídica a lei é o único critério válido para a prescrição de comportamentos e, conseqüentemente, para a resolução de lides³². O juiz, por seu turno, é um mero replicador, em concreto, da vontade geral e abstrata do legislador, atuando, pois, em prol dessa vontade.

A partir dessa perspectiva, não é difícil entender qual a função inicialmente designada para ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso V do CPC: garantir a possibilidade dos tribunais realizarem mais um filtro quanto à legalidade da decisão a ser rescindida, de modo que a unidade formal e abstrata do direito desenhada pela racionalidade normativo-legalista não se perca diante da particularidade do julgamento do caso em concreto.

Portanto, a ação rescisória permitiria que os tribunais atuassem quase que como um tribunal de cassação³³, ou seja, como garantes desta unidade formal

³¹ NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica*. p. 80.

³² Abordando o problema em comento a partir de uma perspectiva normativo-legalista do direito, indicamos a leitura do texto “Efeitos materiais da sentença declaratória. Perspectivas no tempo e ruptura destes efeitos em face de precedente do STF em sentido contrário”, de autoria da professora Fernanda Donnabela Camano de Souza e que também está publicado na presente obra coletânea.

³³ Nas palavras de Robespierre, o Tribunal de Cassação deveria ser “menos juiz dos cidadãos do que protetor das leis” (ROBESPIERRE, Maximilien François Marie Isidore *apud* NEVES, A. Castanheira. *Digesta: escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros (vol. 2º)*. p. 184.).

do direito e da lei com sua fonte única. E foi assim que essa ação rescisória foi concebida inicialmente, daí a conclusão histórica do Supremo Tribunal Federal retratada pela sua Súmula n. 343³⁴ no sentido que a decisão judicial calcada em texto de lei, ainda que suscetível de interpretação controversa pela jurisprudência, não daria ensejo ao manejo da ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso V do CPC.

Nessa linha, a equivocidade da lei deve prevalecer *vis a vis* da equivocidade da jurisprudência, já que a criação do direito, i.e., seu preenchimento conteudístico (ainda que passível de dubiedade) é papel do legislador e não do juiz. Logo, um eventual conflito entre uma posterior decisão do STF e uma anterior decisão em concreto já transitada em julgado não seria motivo suficiente para suscitar o ajuizamento de uma ação rescisória, nem ao menos para obstar seus efeitos para o futuro, isso na hipótese do trânsito em julgado referir-se a uma relação jurídica de caráter continuativo³⁵. Apenas uma eventual alteração legislativa a respeito da relação jurídica transitada em julgado seria apta a obstar, para o futuro, os efeitos dessa decisão³⁶.

³⁴ “Súmula nº 343

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 (data de aprovação: sessão Plenária de 13/12/1963)”.

³⁵ Que, em regra, é o caso das relações jurídico-tributárias.

³⁶ Nesse sentido:

“Ementa

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GRATIFICAÇÃO ASSEGURADA POR DECISÃO JUDICIAL. SUPERVENIÊNCIA DE LEI FIXANDO NOVOS VENCIMENTOS. ABSORÇÃO DAS VANTAGENS ANTERIORES, ASSEGURADA A IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS. LEGITIMIDADE. EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA, OBSERVADA A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS. PRECEDENTES (MS 11.145, CE, MIN. JOÃO OTÁVIO, DJE 03/11/08).

1. Ao pronunciar juízos de certeza sobre a existência, a inexistência ou o modo de ser das relações jurídicas, a sentença leva em consideração as circunstâncias de fato e de direito que se apresentam no momento da sua prolação. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado, a eficácia temporal da sentença permanece enquanto se mantiverem inalterados esses pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (cláusula rebus sic stantibus). Assim, *não atenta contra a coisa julgada a superveniente alteração do estado de direito, em que a nova norma jurídica tem eficácia ‘ex nunc’, sem efeitos retroativos*. Precedentes da CE e de Turmas do STJ.

(...)”

(STJ; MS 11.045/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 25/02/2010) (g.n.).

“Ementa

SERVIDOR PÚBLICO. VENCIMENTOS. VANTAGENS PECUNIÁRIAS. ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO E SEXTA-PARTE. CÁLCULO. INFLUÊNCIA RECÍPROCA. CUMULAÇÃO. EXCESSO. INADMISSIBILIDADE. REDUÇÃO POR ATO DA ADMINISTRAÇÃO. COISA JULGADA MATERIAL ANTERIOR AO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA ATUAL CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DIREITO ADQUIRIDO. NÃO Oponibilidade. Ação julgada improcedente. Embargos de Divergência conhecidos e acolhidos para esse fim. Interpretação do art. 37, XIV, da CF, e do art. 17, caput, do ADCT. Voto vencido.

Com o passar dos anos, todavia, esse entendimento passou a ser criticado, tanto sob uma perspectiva jusfilosófica, como também em razão de uma análise da função atribuída ao Supremo Tribunal.

3.2 A perspectiva jurisprudencialista e o problema aqui analisado

Com a sedimentação do instituto da ação rescisória e, em especial, com o fortalecimento do Supremo Tribunal Federal (na qualidade de guardião da Constituição Federal) e também dos seus precedentes³⁷ (como responsáveis por dar o sentido jurídico adequado à ‘Magna Lex’), as decisões judiciais, em especial aquelas proferidas pelo Pretório Excelso, passaram a ser tratadas como fontes materiais de direito^{38 39}.

Não pode ser oposta à administração pública, para efeito de impedir redução de excesso na percepção de adicionais e sexta-parte, calculados com influência recíproca, coisa julgada material formada antes do início de vigência da atual Constituição da República.”

(STF; RE 146.331 EDv, Relator: Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJ 20/04/2007).

³⁷ Ao ponto de alguns autores defenderem uma “pretensa aproximação entre o modelo brasileiro (‘civil law’) com o modelo de ‘stare decisis’, de origem anglo-saxônica (‘common law’). Essa é a opinião de Denis Donoso ao afirmar que “as recentes reformas a que se tem submetido a legislação processual(...)sugerem uma tendência de aproximação do nosso sistema (‘civil law’) ao sistema da ‘common law’, criando um terceiro sistema (que se pode denominar misto) (*in Um novo princípio contraditório. Análise da constitucionalidade das técnicas de massificação de soluções e da escalada da importância do precedente judicial*. “Revista dialética de direito processual”, 2009, p. 26.).

Com a devida vênia, pensamos que os institutos introduzidos no ordenamento jurídico nacional com o escopo de “prestigiar” os precedentes judiciais (representados, de forma emblemática, mas não limitados, pela figura da súmula vinculante) não autoriza realizar uma aproximação do nosso regime ao da ‘common law’. Isso porque, a par das diferenças macro-comparativas (nesse sentido: BRONZE, Fernando P. “*Continentalização do direito inglês ou “insularização” do direito continental?*”. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.), convém destacar que, em um regime de *stare decisis* os precedentes devem ser vistos como um critério, melhor dizendo, como mais um critério do sistema-fundamento passível de ser interrogado e eventualmente mobilizado pelo caso decidendo. Assim, um dado caso precedente será invocado para a resolução de um novo problema quando, uma vez comparado analogamente ao novo caso, for possível identificar uma similaridade quanto à intencionalidade jurídica de ambos. Esta similaridade só será atestada mediante uma ponderação material-comparativa dos casos em concreto, ou seja, da substância do caso decidendo com o conteúdo do caso precedente. Não há, pois, uma perfeita e subsuntiva simetria entre os casos, simetria esta típica de um regime legalista, mas sim uma similaridade decorrente do emprego de uma racionalidade moldada pela analogia ou, por outro giro verbal, oriunda de uma “ponderação sempre atenta à identidade-diversidade própria do analógico e que, como tal, só pode considerar-se em concreto” (NEVES, Antônio Castanheira. *Instituto dos assentos*. p. 74.). Consequentemente, não se compara questões gerais e abstratas, como indevidamente ocorre no modelo que vem sendo adotado pelo Brasil, mas sim questões individuais e concretas extraídas dos casos em comparação.

Assim, em um verdadeiro modelo de ‘stare decisis’, a vinculação ou não de um precedente deve ser constatada no âmbito da realização prática do direito, ou seja, no exato instante em que em que o precedente, depois de submetido ao crivo de uma análise analógico-prudencial, é convocado para resolver um específico caso decidendo. A sua vinculatividade não é prévia e nem é sintetizada em termos gerais e abstratos, mas é convocada em concreto; é nesse instante que a sua vinculação se constrói e se reafirma.

Tais críticas, acima sintetizadas, poderiam ser objeto de um trabalho próprio, razão pela qual deixamos de tecer outras considerações além dessas já feitas.

³⁸ Uma decisão recente do STF que bem exemplifica essa sua capacidade criativa, i.e., de preenchimento contudístico do direito, foi a decisão proferida quando do julgamento da ADI n.º 4.277/DF, pela qual o

Sob a perspectiva jusfilosófica, se percebeu que a legislação não é critério suficiente para atender todas as demandas oriundas da convivência humana em comunidade, ou seja, que a lei não é capaz de prever de forma prévia e ahistórica todas as condutas passíveis de se transformarem em conflitos de interesse para, abstrata e antecipadamente, resolvê-las⁴⁰. O tempo da lei, por ser muito mais moroso que o tempo histórico, acabou, ainda que de forma inconsciente, por imputar à jurisprudência a tarefa de resolver materialmente os conflitos de interesse que chegavam ao seu conhecimento, independentemente de existir substrato legal para tanto⁴¹.

Ademais, também foram promovidas alterações legislativas que resultaram em um fortalecimento do papel do Supremo Tribunal Federal na qualidade não mais de um simples guardião do texto constitucional, mas sim do seu sentido (conteúdo) jurídico delimitado pelo julgamento de casos concretos. Nesse diapasão, é possível destacar a Emenda Constitucional n.º 45/04, que introduziu o § 2º ao art. 102 da 'Magna Lex'⁴² para prever que as decisões proferidas de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADCon) têm eficácia 'erga omnes' e efeito vinculante⁴³,

citado tribunal reconheceu a possibilidade de juridicamente existir união estável entre pessoas do mesmo sexo. Percebe-se, portanto, que a ideia aqui defendida, i.e., das decisões judiciais enquanto fonte material do direito, não se restringe a uma concepção que se limita a enxergar a decisão judicial como simples processo formal de produção de norma ou, em outros termos, enquanto veículo introdutor de norma individual e concreta, mas está atrelada ao conceito da decisão judicial enquanto realizadora do direito (*ratio ius*) ou de uma intencionalidade axiologicamente jurídica.

³⁹ Atuação essa criticada por alguns, que a taxam pejorativamente de um ativismo judicial.

⁴⁰ Em especial na comunidade atual, marcada pela pecha da pluralidade, onde a individualidade e as características próprias do singular e a historicidade daí decorrente se contrapõem a uma racionalidade marcada pela ideia de universalidade e abstração, a qual é cunhada pelas ideias de uniformização, generalização e ahistoricidade.

⁴¹ Como exemplo do que se quer afirmar, mais uma vez fazemos menção ao emblemático julgamento da ADI n.º 4.277/DF, já citado alhures.

⁴² "Art. 102(...).

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal".

Esse também é o teor do parágrafo único do art. 28 da lei n.º 9.868/99, *in verbis*:

"Art. 28. (...).

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal".

⁴³ Importante aqui registrar que a vinculação daí decorrente não é a mesma da súmula vinculante alhures criticada. Isso porque, no controle concentrado de constitucionalidade, a vinculação tem como referência o caso julgado, objeto da declaração concentrada de constitucionalidade. Assim, o que vincula o Poder Judiciário e a Administração Pública é o caso concreto com todas as suas particularidades e não um juízo

como também ocorre para a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), nos termos do § 3º do art. 10 da lei n.º 9.882/99⁴⁴. Ainda nesse sentido, convém destacar o advento do instituto da repercussão geral⁴⁵, previsto no art. 102, § 3º da Carta Magna⁴⁶ e também introduzido no ordenamento jurídico nacional pela Emenda Constitucional n.º 45/04.

Tais aspectos denotam o fortalecimento da jurisprudência e, mais especificamente, da jurisprudência do STF, para atribuir um material sentido para a Constituição Federal. Conseqüentemente, a partir dessa percepção, admitiu-se um sentido mais amplo ao disposto no art. 485, inciso V do Estatuto Processual Civil, que passou a ser visto não mais como um mecanismo para a perpetuação da vontade legislativa em concreto, mas sim como um fenômeno da afirmação de uma vontade axiologicamente intencionada do direito⁴⁷.

A ação rescisória aqui tratada não seria mais contemplada apenas para revisar decisões conflitantes apenas contra disposição de texto de lei ('ratio legis'), mas também contra decisões ofensivas ao direito ('ratio ius'), inclusive aquele direito criado jurisprudencialmente. Nessa linha, Pontes de Miranda

normativo sintético interpretativo retratado pela súmula vinculante e que não apresenta, senão de forma reflexa e distante, referência com o precedente que lhe deu origem (e pior, algumas vezes prescrevendo algo que não foi objeto do precedente!).

⁴⁴ "Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

(...).

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público".

⁴⁵ Aludido instituto, *desde que seja metodologicamente empregado de forma adequada*, pode resultar em uma verdadeira valorização dos precedentes do STF, de forma a nos aproximar (e não igualar) a um regime de 'stare decisis'. Quanto à adequação metodológica, o que se quer afirmar é que a decisão proferida pelo STF afetada pela repercussão geral não pode ser objeto de cortes inadequados, de modo à indevidamente reduzi-la a um sentido normativo mínimo (ementa/parte dispositiva) a ser aplicado (lógico-subsuntivamente) ao caso em julgamento. Referida decisão deve ser convocada levando em consideração o caso como um todo, inclusive as particularidades fáticas essenciais para a formação da 'ratio decidendi', devendo o caso afetado pela repercussão ser comparado analogica-problematicamente com o caso decidendo e, apenas na hipótese de haver mais pontos de encontro do que de divergência (daí a necessidade de uma racionalidade analógico-problemática), ter a sua 'ratio decidendi' convocada para a realização do caso em julgamento.

⁴⁶ "Art. 102 (...).

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros".

⁴⁷ Quando se fala em uma "vontade axiologicamente intencionada do direito" não se defende a existência de uma metafísica jurídica ou o resgate de um jusnaturalismo, mas sim a existência de valores jurídicos construídos histórico-concretamente mediante a realização de casos concretos, ou seja, valores que rompem da comunidade pela mediação da atuação judicial para a resolução material de problemas de convivência humana. Nesse sentido: NEVES, Castanheira. *Metologia jurídica*. pp. 77-78.

afirma em seu “Tratado da ação rescisória” que “o direito pode não ser escrito, ou, até mesmo, contra o que está escrito, concluindo, por conseguinte, que o direito, e não a lei como texto, é o que se teme seja ofendido. Alguns escritores desavisados leram “direito expresso”, como se fosse “lei escrita clara”, “lei explícita”. É grave erro. O direito de que se fala é o direito em sua *consistência de revelação*”^{48 49}.

Partindo de tais premissas e superando a sua Súmula n.º 343 anteriormente mencionada, o Supremo Tribunal Federal tem assim tratado a questão:

“Ementa

(...).

4. Ação Rescisória. Matéria constitucional. Inaplicabilidade da Súmula 343/STF.

5. A manutenção de decisões das instâncias ordinárias divergentes da interpretação adotada pelo STF revela-se afrontosa à força normativa da Constituição e ao princípio da máxima efetividade da norma constitucional.

6. Cabe ação rescisória por ofensa à literal disposição constitucional, ainda que a decisão rescindenda tenha se baseado em interpretação controvertida ou seja anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

7. Embargos de Declaração rejeitados, mantida a conclusão da Segunda Turma para que o Tribunal ‘a quo’ aprecie a ação rescisória”⁵⁰.

⁴⁸ in *Tratado da ação rescisória*. 2ª. ed. Campinas: Bookseller, 2003. p. 279. (grifos do Autor).

⁴⁹ Desenvolvendo mais o assunto, o saudoso mestre professa que:

Às vezes, a jurisprudência muda entre proferimento da sentença e o último dia do biênio. Outras vezes, depois de proposta a ação. De modo que, no momento em que se vai julgar a ação rescisória, o direito já se acha diferentemente revelado. Dois acórdãos do Tribunal de Relação do Rio de Janeiro (8 de junho de 1926 e 1º de junho de 1928) pretenderam que, sendo outra a revelação ao tempo da sentença rescindenda, não pode ser julgada procedente a ação rescisória. Estavam em erro. Não só é rescindível tal sentença, como o são quaisquer outras sentenças que tenham revelado erradamente o direito. A nova jurisprudência faz suscetível de rescisão a todas e só o biênio pode cobri-las contra o exame rescindente. (Op. cit. Loc. cit.).

⁵⁰ STF; RE n. 328.812 ED, Relator: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 06/03/2008. Também nesse esteio: RE n.º 500.043. Ainda nesse sentido: AR 1478/RJ.

Esse também tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS. CONSTITUCIONALIDADE DA MP 560/94 DECLARADA PELO STF. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343/STF.

1. Embora não seja cabível, nos termos do que dispõe a Súmula 343/STF, a ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei quando a decisão rescindenda tiver se fundado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, há que se excepcionar os casos em que a discussão versar sobre matéria de índole constitucional.

A aludida decisão pretoriana não dá apenas novo sentido à ação rescisória pautada no art. 485, inciso V do CPC, mas também confere nova perspectiva à sua própria jurisprudência: a de atuar como fonte material do direito.

Diante dessa nova realidade, convém agora destacar quais os limites para a convocação das decisões proferidas pelo STF para fins de (i) utilização da ação rescisória, bem como para (ii) estancar os efeitos de decisão transitada em julgado em relações de trato sucessivo.

4. Os limites da ação rescisória (art. 485, inciso V do CPC) pautada em decisões do STF

A par da ampliação quanto ao manejo da ação rescisória aqui analisada, entendemos que a mesma não é ilimitada, haja vista inexistir direitos absolutos. Assim como ocorre com todo e qualquer direito, essa ação também sofre restrições, as quais poderiam ser divididas em (i) limitação temporal e (ii) limitação procedimental.

4.1 Limitação temporal

O primeiro limite imposto à ação rescisória em debate é o temporal, nos termos do art. 495 do Código de Processo Civil⁵¹. Dessa feita, a referida ação deve ser proposta em até 02 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida⁵².

2. Vem prevalecendo na Primeira Seção desta Corte o entendimento de que, em se tratando de matéria constitucional, não há que se cogitar de interpretação apenas razoável acerca da lei, mas sim de interpretação juridicamente correta.

3. Como o STF reconheceu a constitucionalidade da aplicação da Medida Provisória nº 560/94 aos servidores públicos do Distrito Federal, mostra-se cabível a ação rescisória.

4. Recurso especial provido.”

(STJ; REsp 982673/DF, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª. T., j. em 18/12/2007, DJ 11/02/2008, p. 1).

⁵¹ “Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.”

⁵² Nesse sentido, é possível encontrar manifestações do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA - TERMO INICIAL: TRÂNSITO EM JULGADO - PRAZO - ART. 495 DO CPC - DECADÊNCIA CONFIGURADA.

1. Acórdão que considerou configurada a decadência da ação rescisória, ajuizada após o biênio do trânsito em julgado da sentença rescindenda.

2. Prazo decadencial que não sofre alteração, independentemente do conteúdo da sentença rescindenda, mesmo quando considerada inconstitucional.

Em outros termos, se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobrevier depois do transcurso do prazo de 02 (dois) anos do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, não seria mais possível o manejo da correspondente ação rescisória.

E isso porque, como dito linhas acima, o direito à ação rescisória não é irrestrito, razão pela qual deve se sujeitar a determinados limites, dentre eles o temporal, sob pena da garantia da coisa julgada ser absolutamente dizimada⁵³. Tal fato, por seu turno, poderia implicar a perpetuação das controvérsias, inclusive aquelas já submetidas à mediação jurisdicional, com o seu revolvimento a qualquer instante, bastando para tanto a existência de uma posterior decisão do STF em sentido contrário ao trânsito em julgado.

Nessa esteira, o grande prejudicado seria o próprio direito, na medida em que se tornaria incapaz de realizar sua missão: *resolver* materialmente os problemas de convivência humana, na medida em que os conflitos gerados seriam indevidamente eternizados. Daí a necessidade de um primeiro limite pra essa ação: o temporal. Mas não é só.

4.2 *Limitação procedimental*

Não obstante, além do limite temporal acima mencionado, é necessário se respeitar outro limite para o uso da ação rescisória nos termos aqui defendido, qual seja, uma restrição de cunho procedimental. Isso porque, não poderia ser qualquer decisão proferida pelo STF suficiente para ensejar a revisão da coisa julgada, mas apenas aquelas capazes de externar um entendimento sedimentado do referido Tribunal⁵⁴, de forma a resultar na sua estabilização.

3. Recurso especial não provido.”

(STJ; REsp 968.227/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, 2ª. T., j. em 16/06/2009, DJe 29/06/2009).

⁵³ É verdade que a admissibilidade de ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso V do CPC e pautada em posterior decisão do STF contrária, por sua vez, à decisão a ser rescindida, acaba por resultar em uma mitigação da coisa julgada. Tal conclusão, todavia, não quer significar (e nem poderia) na completa e absoluta revogação da aludida garantia fundamental.

⁵⁴ E desde que, é claro, o caso a ser rescindido, se assemelhe (análogo-problematicamente) ao caso julgado pelo STF e convocado como fundamento para a ação rescisória.

Nessa senda, em um primeiro momento, aquelas decisões proferidas pelo STF em controle concentrado de constitucionalidade poderiam suscitar o ajuizamento da ação rescisória aqui analisada, haja vista que tais decisões são dotadas de efeitos “erga omnes” e revestidas de caráter vinculante. O mesmo ocorreria para aqueles casos decididos pelo STF em recurso extraordinário, desde que o caso julgado tenha sido afetado pelo instituto da repercussão geral, vez que esse procedimento resulta na análise plenária do Pretório Excelso e o teor da decisão então exarada espraia efeitos para outros casos análogos.

Essa preocupação procedimental é, em última análise, também uma preocupação de índole material. Isso porque a intencionalidade jurídica a ser construída pelo Supremo Tribunal Federal não pode ser o retrato da posição pessoal de um dos seus Ministros, mas deve ser o reflexo do entendimento institucional da mais alta Corte jurisdicional do país.

A importante função atribuída ao STF, não só de guardião constitucional, mas de verdadeiro realizador da “Magna Lex”, impõe essa demanda procedimental. Só assim se garante uma estabilidade quanto à intencionalidade axiológica do direito, de modo a se garantir uma estabilidade da justiça⁵⁵; “não a certeza contra a justiça, mas a justiça tomada certa (estável)”⁵⁶.

5. Os efeitos das decisões do STF para as relações jurídicas de trato sucessivo

Como pontuado linhas acima, a ação rescisória fundamentada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal só pode ser manejada desde que respeitado os limites (temporal e procedimental) acima expostos.

⁵⁵ “Neste caso a certeza é de todo compatível com a «justiça», pois não é mais do que a estabilização histórico-cultural, em termos de vigência, de uma intenção normativa material – a objectivação sincrónica dessa intenção, e que sempre poderá existir, e que existirá mesmo, num direito exclusiva ou predominantemente intencionado à justiça” (NEVES, Antônio Castanheira. *Instituto dos assentos*. p. 38.).

⁵⁶ ‘Op. cit. Loc. cit’.

Assim, o fato de se esgotar o prazo de 2 (dois) anos para ajuizamento da ação é impedimento para o ajuizamento da rescisória na hipótese aqui tratada e, por conseguinte, para anular a decisão a ser rescindida tanto em relação ao passado, como em relação ao futuro.

Todavia, o decurso do aludido prazo não é impedimento para, na hipótese de relações jurídicas de trato sucessivo, impedir o ajuizamento de outra ação com o fito de obstar os efeitos do trânsito em julgado para o futuro, ação essa fundamentada no art. 471, inciso I do Código de Processo Civil⁵⁷.

Importante registrar que relação de trato sucessivo é aqui entendida como aquela relação jurídica calcada em um mesmo fundamento fático-jurídico (relação base), mas que resulta (i) em diferentes relações jurídicas individualizadas surgidas (ii) em diferentes átimos de tempo⁵⁸. Assim, as relações jurídicas individualizadas daí advindas estão acobertadas pelo manto da coisa julgada desde que a relação base mantenha-se inalterada, seja pela sua perspectiva fática⁵⁹, seja pela sua perspectiva jurídica.

⁵⁷ “Art. 471. 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; (...).”

⁵⁸ O momento temporal crucial para a definição quanto à existência ou não de circunstância fático-jurídica não é o da definição da relação base (instante do julgamento e do conseqüente trânsito em julgado), mas sim do surgimento das diferentes relações individuais e concretas (incidência dos efeitos da coisa julgada) dela decorrentes. Em sentido oposto, todavia, é a opinião de Fernanda Donnabela Camano de Souza, para quem *nas ações meramente declaratórias, não haverá nova ‘causa petendi’ se o fato (ou o direito) se alterar, porque nelas não estavam contempladas as circunstâncias do momento em que o Juiz se baseou para proferi-las, mas sim, aquelas estabelecidas quando a ação foi proposta.* (“Efeitos materiais da sentença declaratória. Perspectivas no tempo e ruptura destes efeitos em face de precedente do STF em sentido contrário”). Nessa linha, quer parecer que nem mesmo posterior alteração legislativa a alterar diretamente a relação base seria capaz de obstar os seus efeitos para o futuro, já que se levaria em consideração apenas a legislação (ou, em um sentido mais amplo, o direito) vigente à época do ajuizamento da ação, conclusão essa com a qual não se coaduna, haja vista tudo o que fora até então defendido no presente trabalho.

⁵⁹ Admitindo a possibilidade de revisão da coisa julgada com base em alteração de circunstância fática, o Supremo Tribunal Federal proferiu interessante decisão em recurso extraordinário afetado por repercussão geral, oportunidade em que admitiu o revolvimento de julgamento que, à época do trânsito, não proporcionou ao hipossuficiente economicamente a realização de exame de DNA em razão da inércia estatal nesse sentido. Aludido julgamento restou assim ementado:

“Ementa

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE DECLARADA EXTINTA, COM FUNDAMENTO EM COISA JULGADA, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE ANTERIOR DEMANDA EM QUE NÃO FOI POSSÍVEL A REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA, POR SER O AUTOR BENEFICÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA E POR NÃO TER O ESTADO PROVIDENCIADO A SUA REALIZAÇÃO. REPROPOSITURA DA AÇÃO. POSSIBILIDADE, EM RESPEITO À PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BUSCA DA IDENTIDADE GENÉTICA DO SER, COMO EMANAÇÃO DE SEU DIREITO DE PERSONALIDADE.

Não se trata, portanto de uma ação rescisória em sua inteireza eficaz, vez que, em razão do limite temporal, referida *actio* não tem o condão de afetar o passado ou, melhor dizendo, os efeitos da decisão judicial produzidos no passado. Pelo contrário, eventual procedência da sobredita ação terá necessariamente efeitos prospectivos, obstando, pois, os efeitos decorrentes do trânsito julgado para o futuro.

A sua utilização é perfeitamente viável, vez que a modificação de direito mencionada no inciso I do art. 471 do CPC não se restringe apenas a alteração legal, mas também do direito judicial. Isso porque, como visto anteriormente, o direito não é (e nem poderia) ser preenchido de conteúdo apenas pela lei, mas é realizado em concreto, como uma prática constituída que vai sendo criada e recriada por meio da ação mediadora do juiz no ato de julgar, i.e., resolver materialmente problemas de convivência humana⁶⁰.

Dessa feita, decisão do STF proferida em controle concentrado de constitucionalidade ou em recurso extraordinário afetado por repercussão geral tem o condão de alterar o fundamento jurídico de relações jurídicas de trato

1. É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova.

2. Deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo.

3. *Não devem ser impostos óbices de natureza processual ao exercício do direito fundamental à busca da identidade genética, como natural emanção do direito de personalidade de um ser, de forma a tornar-se igualmente efetivo o direito à igualdade entre os filhos, inclusive de qualificações, bem assim o princípio da paternidade responsável.*

4. Hipótese em que não há disputa de paternidade de cunho biológico, em confronto com outra, de cunho afetivo. Busca-se o reconhecimento de paternidade com relação a pessoa identificada.

5. Recursos extraordinários conhecidos e providos.”

(STF; RE 363.889, Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. em 02/06/2011, Acórdão eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-238; Publicação 16-12-2011) (g.n.).

Em sentido oposto, por maioria de votos, assim entendeu o STJ:

“Ementa

PROCESSO CIVIL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE.

Coisa julgada decorrente de ação anterior, ajuizada mais de trinta anos antes da nova ação, esta reclamando a utilização de meios modernos de prova (exame de DNA) para apurar a paternidade alegada; preservação da coisa julgada.

Recurso especial conhecido e provido.”

(STJ; REsp 706.987/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 10/10/2008).

⁶⁰ Conforme já abordado no tópico 3.2 do presente trabalho.

sucessivo, podendo, por conseguinte, implicar novas relações jurídicas individualizadas. Percebe-se, pois, que o limite procedimental⁶¹ pertinente à ação rescisória aqui analisada também vale para a presente ação fundamentada no art. 471, inciso I do CPC.

Não obstante as considerações até então realizadas, mister se faz registrar que o simples advento de decisões proferidas pelo STF, ainda que respeitados os limites procedimentais acima mencionados, não é capaz de, por si só, resultar na automática suspensão dos efeitos da coisa julgada contrário a tal decisão⁶². E isso se dá por diversos motivos.

Primeiramente, porque um precedente não atua como se lei fosse, ou seja, sua validade (materialmente falando) não se dá de forma prévia, geral e abstrata, mas sim de forma individual, concreta e histórica. Em outros termos, “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação”^{63 64}.

⁶¹ Conforme tratado no tópico 4.2 do presente trabalho.

⁶² Não é esse, todavia, o entendimento da União, conforme se observa do Parecer PGFN/CRJ n. 492/2011. Segundo entendimento lá defendido, a necessidade de utilização da ação prevista no art. 471, inciso I do CPC só caberia de forma excepcional, i.e., naqueles casos em que há expressa previsão legal nesse sentido:

“O que de fato importa que se tenha em mente, todavia, é que a *necessidade de prévio pronunciamento judicial* para que se tenha reconhecida a cessação da eficácia da decisão transitada em julgado em face da alteração das circunstâncias fáticas ou jurídicas sob as quais o juízo de certeza nela contido se formou é *excepcional, apenas se impo*ndo quando expressamente exigida por lei específica(...) Assim, inexistindo específica previsão legal a exigir o prévio ajuizamento da ação revisional, a cessação da eficácia vinculante da decisão transitada em julgado se opera automaticamente, *como mera e natural decorrência lógica do que se entende por limites objetivos da coisa julgada*. Aplicando-se esses conceitos ao universo do Direito Tributário, tem-se que, ante a inexistência de lei específica prevendo o oposto, a cessação da eficácia vinculante da decisão tributária transitada em julgado face ao advento de nova circunstância jurídica – mais precisamente, face ao advento de precedente definitivo e objetivo do STF em sentido diverso do nela sufragado -, opera-se de modo automático, *independentemente do prévio ajuizamento de qualquer ação, muito menos da revisional de que trata o art. 471, inc. I do CPC.*” (Parecer PGFN/CRJ n. 492/2011) (grifos constantes no original).

⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 176.

⁶⁴ Em sentido oposto ao aqui defendido, i.e., defendendo o uso do precedente de forma similar ao emprego da lei, vide o trabalho de Jonathan Barros Vita (“Tributação, direito concorrencial e processo: as mudanças das circunstâncias de fato e de direito no campo da ação revisional do artigo 471 do CPC”), publicado na presente obra coletânea. Ao se contrapor o aludido trabalho com o presente artigo se constata que, ao igualar o precedente à lei, o referido Autor conclui pela possibilidade da União valer-se de um novo precedente do STF para mitigar os efeitos da coisa julgada em relações tributárias de trato sucessivo *independentemente do ajuizamento da ação revisional prevista no art. 471, inciso I do Código de Processo Civil*. Isso porque, para o referido Professor, os efeitos do novo precedente pretoriano fluem automaticamente, com a sua simples publicação (“promulgação”) e posterior aplicação (lógico-substancial) em concreto, pouco importando o advento de uma mediação jurisdicional e a realização de uma comparação analógico-problemática do precedente pretoriano com o caso decidendo. Em razão de todas as questões aqui postas, discordamos frontalmente dessa concepção a respeito do precedente judicial e, por conseguinte, das conclusões lá alcançadas.

Portanto, a adequada utilização do precedente deve pautar-se pelo emprego de uma analogia⁶⁵ construída em concreto⁶⁶ e realizada entre o caso decidendo e o caso precedente, tendo por objetivo verificar a existência ou não de uma aproximação⁶⁷ entre os sentidos jurídicos interrogados por tais casos⁶⁸ o que, apenas em caso positivo, justificaria a mobilização do precedente e dos fundamentos e critérios empregados na sua resolução⁶⁹.

Assim, o precedente – e, no caso estudado, *os precedentes do STF* proferidos em controle concentrado de constitucionalidade ou decorrentes de julgamento de recurso extraordinário afetado por repercussão geral – *são o ponto de partida, mas não necessariamente o ponto de chegada para a realização de um caso em concreto.*

Nesse sentido, o precedente só tornar-se-á um critério válido para a resolução do caso decidendo depois do emprego da racionalidade analógico-

⁶⁵ Segundo Castanheira Neves a convocação do discurso analógico é característica de todo e qualquer pensamento, inclusive do pensamento jurídico. Neste sentido: NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica*. p. 238. Todavia, a analogia aqui convocada não é aquela típica do movimento codificador e que tem por escopo apenas preencher eventuais lacunas do direito, mas sim uma analogia que tem por objetivo “trazer-à-correspondência’ o mérito problemático de um concreto caso decidendo e a intencionalidade também problemática de um constituído ou constituendo(...)apoio (de um critério [aqui se enquadrando a figura do precedente] e/ou de um fundamento jurídico, repetimos, circunstancialmente pertinente para a almejada decisão judicativa” (BRONZE, Fernando J. P. *Lições de introdução ao direito*. p. 952.) (comentários não constantes no original).

⁶⁶ É no âmbito da historicidade do direito, isto é, apenas no instante da sua realização prática que, mediante o emprego da analogia, torna-se possível comparar os casos em relevo (caso precedente e caso decidendo), para então se decidir quanto à convocação ou não do caso-precedente como critério válido para a resolução do caso-decidendo.

⁶⁷ Jamais haverá uma integral identidade entre o caso precedente e o caso decidendo, mas apenas uma aproximação (similitude) em razão da sua análoga problematização, o que só é possível ser constatado mediante a comparação em concreto destes casos (caso precedente e caso decidendo). Isso porque “à exceção das analogias matemáticas, que operam no homogêneo e no continuum de unidade qualitativo, todas as analogias da experiência, operam no heterogêneo” (SILVESTRE, Ana Carolina de Faria. *A decisão judicial enquanto realização metodológica comprometida com a justiça prática-prudencialmente assumida: o juízo, a decisão judicativa e a justiça à luz da proposta metodológica de Castanheira Neves*. Coimbra, 2011, p. 26.) (Mimeo).

⁶⁸ Nas palavras de Castanheira Neves “os casos são juridicamente análogos quando os seus respectivos e concretos sentidos problemático-jurídicos(...)se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua especificidade jurídica. Quando as suas constitutivas intenções de juridicidade forem no fundo as mesmas ou afins: a diferença dos seus concretos sentidos problemáticos-jurídicos resultarão, nestas circunstâncias, mais das diversidades das respectivas relevâncias objectivas e menos da intencionalidade jurídica que lhes correspondem” (NEVES, Castanheira. *Metodologia jurídica*. p. 261.).

⁶⁹ Quer dizer que os *sentidos jurídicos concretos, de análoga intencionalidade problemática e por tanto determinantes de âmbitos de relevância não decerto de todos idênticos, mas do mesmo tipo, justificam, já por isso, a utilização do mesmo fundamento jurídico ou critério de decisão – o fundamento jurídico da decisão do precedente, a sua ratio decidendi, passa a ser o critério normativo do caso decidendo* (NEVES, Antônio Castanheira. *Instituto dos assentos*. p. 63.).

problemática acima mencionada e, conseqüentemente, a constatação de que a ‘ratio decidendi’ do caso precedente é suficiente e materialmente válida para a realização do caso decidendo.

E essa constatação não deve (nem poderia) ser feita pela parte interessada no aproveitamento do precedente para a resolução do caso decidendo, mas sim pelo Estado-Juiz, equidistante das partes litigantes e que irá proporcionar o devido processo legal e, em especial, o contraditório, para ouvir as razões (favoráveis e contrárias) para a convocação ou não do precedente para a realização do caso a ser decidido. Até porque, *no sistema do “stare decisis”*, “não por raras vezes, haverá controvérsias acerca de quais partes da decisão são consideradas precedentes, e, assim, possuem sua vinculação normativa(...)”⁷⁰.

Daí a necessidade de um intenso contraditório entre as partes litigantes, o que demanda, necessariamente, ação judicial, mais precisamente ação revisional fundamentada no art. 475, inciso I do Código de Processo Civil.

6. *Da resposta ao problema inicialmente apresentado*

Retomando o problema inicialmente apresentado no presente trabalho, convém responder o questionamento então formulado, qual seja:

01) A decisão proferida pelo STF afeta a coisa julgada existente em favor de XPTO? De que forma?

Diante de tudo o que fora exposto ao longo do presente trabalho e, em especial, partindo da premissa que o direito é criado e recriado em concreto, por meio da mediação promovida pelo juiz entre o caso decidendo e o sistema-fundamento, o questionamento alhures pode ser assim respondido:

⁷⁰ ABOUD, Georges. “Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante, in *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 523.

A decisão proferida pelo STF no Recurso Extraordinário n.º 377.457/PR, por ter sido afetada pelo instituto da repercussão geral, tem aptidão para, em tese, desconstituir a coisa julgada até então favorável à empresa XPTO.

Tal fato, todavia, não autoriza a União, de forma automática e por *sponte propria*, promover Auto de Infração para exigir os valores supostamente devidos por XPTO e que, até então, estavam acobertados pelo trânsito em julgado. Para tanto, a União deve necessariamente promover ação rescisória com fundamento no art. 485, inciso V do Código de Processo Civil.

Caso, todavia, a citada ação não seja promovida dentro do prazo de 02 (dois) anos estabelecido pelo art. 495 do Código de Processo Civil, a União ainda poderá, posteriormente, obstar, **para o futuro**, os efeitos da citada decisão, mas desde que o precedente por ela invocado respeite os limites procedimentais aqui tratados e, ainda, desde que a união se valha da ação revisional estabelecida no art. 471, inciso I do Estatuto Processual Civil.