



Ministério
da Fazenda



Nesta coletânea estão dispostos posicionamentos de pesquisadores das mais significativas universidades brasileiras, membros do Poder Judiciário, auditores fiscais da Receita Federal do Brasil e procuradores da Fazenda Nacional. De indubitável relevância, esses posicionamentos são resultado do III Seminário CARF de Direito Tributário e Aduaneiro, no qual foram debatidas matérias em discussão nas turmas do Colegiado e nos tribunais judiciais superiores, fazendo-se a devida contraposição dos conhecimentos do meio acadêmico com a prática e a experiência dos representantes da Fazenda Nacional em relação ao contencioso administrativo tributário federal.



Ministério
da Fazenda



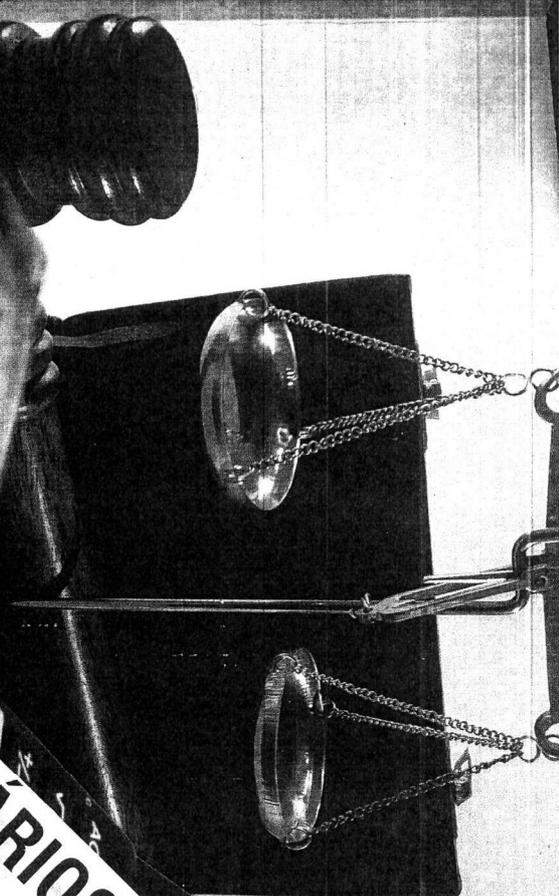
Patrocínio



Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-85811-18-1

9 788585 811811

ESTUDOS TRIBUTÁRIOS E ADUANEIROS DO III SEMINÁRIO CARF



Ministério
da Fazenda



Patrocínio

ESTUDOS TRIBUTÁRIOS E ADUANEIROS DO III SEMINÁRIO CARF

Coordenadores
Marcos Lívio Gomes
Francisco Marconi de Oliveira

Brasília
2018

MINISTÉRIO DA FAZENDA
 Eduardo Reimneth Guardia
 MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA
 Ana Paula Vialli James Vescovi
 SECRETARIA-EXECUTIVA

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (CARF)

Adriana Gomes Régo
 PRESIDENTE
 Cristiane Silva Costa
 VICE-PRESIDENTE
 Leonardo de Andrade Couto
 COORDENADOR-GERAL
 DE GESTÃO DO JULGAMENTO
 Marcelo Nascimento de Araújo
 COORDENADOR DE GESTÃO
 CORPORATIVA

ÓRGÃOS JULGADORES COLEGIADOS

CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
 Adriana Gomes Régo
 PRESIDENTE
 Cristiane Silva Costa
 VICE-PRESIDENTE

PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO DO CARF
 Rafael Vidal de Araújo
 PRESIDENTE
 Cristiane Silva Costa
 VICE-PRESIDENTE

Primeira Câmara de Julgamento
 Flavio Franco Correa
 PRESIDENTE
 Demeitrius Nichelle Macei
 VICE-PRESIDENTE

Segunda Câmara de Julgamento
 André Mendes de Moura
 PRESIDENTE
 Garson Macedo Guerra
 VICE-PRESIDENTE

Terceira Câmara de Julgamento
 Viviane Vidal Wagner
 PRESIDENTE
 Cristiane Silva Costa
 VICE-PRESIDENTE

Quarta Câmara de Julgamento
 Rafael Vidal de Araújo
 PRESIDENTE
 Luis Flavio Neto
 VICE-PRESIDENTE

SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO DO CARF
 Maria Helena Colla Cardozo
 PRESIDENTE
 Rita Eliza Reis da Costa Bacchiari
 VICE-PRESIDENTE

Primeira Câmara de Julgamento
 Paulo Mateus Ciccone
 PRESIDENTE SUBSTITUTO
 Rita Eliza Reis da Costa Bacchiari
 VICE-PRESIDENTE
Segunda Câmara de Julgamento
 Maria Helena Colla Cardozo
 PRESIDENTE

Terceira Câmara de Julgamento
 Pedro Paulo Pereira Barbosa
 PRESIDENTE
 Ana Cecília Lustosa da Cruz
 VICE-PRESIDENTE

Quarta Câmara de Julgamento
 Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira
 PRESIDENTE
 Ana Paula Fernandes
 VICE-PRESIDENTE

TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO DO CARF
 Rodrigo da Costa Pissas
 PRESIDENTE
 Demeitrius Nichelle Macei
 VICE-PRESIDENTE

Primeira Câmara de Julgamento
 Jorge Olimiro Lock Freire
 PRESIDENTE
 Tatiana Midori Migiyama
 VICE-PRESIDENTE

Segunda Câmara de Julgamento
 Andrada Marcelo Canuto Natal
 PRESIDENTE
 Vanessa Marini Cacconello
 VICE-PRESIDENTE

Terceira Câmara de Julgamento
 Rodrigo da Costa Pissas
 PRESIDENTE
 Érika Costa Camargos Aurran
 VICE-PRESIDENTE

Quarta Câmara de Julgamento
 Luiz Eduardo de Oliveira Santos
 PRESIDENTE

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO
 Antonio Oliveira Santos
 PRESIDENTE
 Lenoura Schmidt
 CHEFIA DO GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Wany Pasquarelli
 ASSESSORA DE GESTÃO DAS REPRESENTAÇÕES

REVISÃO:
 Daniel Dutra
DIAGRAMAÇÃO E CAPA:
 Fábio Paraguassú

Estudos, tribulações e adiantamentos do II Seminário CARF / Brasil, Ministério da Fazenda, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, Consideração da Marisa Lúcia Gomes e Francisco Marconi da Oliveira, Brasília, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, 2018.
 412 p. : 27 cm.
 ISBN 978-85-86911-18-1
 1. Direito Tributário. I. Brasil. Ministério da Fazenda. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

CDD-342.04

Biblioteca Legislativa, João Carlos Dornas - CNB 7-6903

SUMÁRIO

PREFÁCIO..... 5

APRESENTAÇÃO..... 7

PARTE I - NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSO FISCAL..... 11

MODIFICAÇÃO DE CRITÉRIO JURÍDICO NOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS..... 13

PRECEDENTES DO STF E CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA:
 UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR..... 39

O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ESTABELECIDO A PARTIR DO
 ART. 489, §1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UM NOVO
 PARADIGMA DE CONHECIMENTO E APLICAÇÃO DO DIREITO E
 ALGUNS DOS SEUS IMPACTOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL..... 67

APLICAÇÃO PRÁTICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS
 PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM SEDE DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
 DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO FEDERAL..... 107

PARTE 2 - TRIBUTAÇÃO DAS PESSOAS JURÍDICAS..... 123

OS METODOS PCI E PCEX E O AÇÃO 10 DO BEPS: O CONTROLE DE PREÇOS
 DE TRANSFERÊNCIA SOBRE OPERAÇÕES COM COMMODITIES (OU PECEX)..... 125

ASPECTOS SOCIETÁRIOS DAS REORGANIZAÇÕES EMPRESARIAIS:
 REFLEXOS TRIBUTÁRIOS RELACIONADOS À AMORTIZAÇÃO/DEDUÇÃO DO AÍCIO..... 157

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS
 NAS OPERAÇÕES OCORRIDAS SOB A SUA ADMINISTRAÇÃO..... 205

IMPÓSTO DE RENDA SOBRE GANHO DE CAPITAL: NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO
 E DISPONIBILIDADE DO ACRÉSCIMO PATRIMONIAL: ESTUDO DE CASO..... 237

PRECEDENTES DO STF E CESSAÇÃO DOS EFEITOS DA COISA JULGADA: UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR

Renato Lopes Becho*

Diego Diniz Ribeiro**

Resumo: O presente trabalho visa analisar a força dos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) para fins de rescisão de coisa julgada inconstitucional, análise essa que não se limita a uma abordagem dogmática, mas também promove um estudo multidisciplinar e que, portanto, vai além dos quadros formais do universo jurídico.

Palavras-chaves: Precedentes. Ação rescisória. Coisa julgada inconstitucional. Ciência Jurídica. Fracasso.

Abstract: *The present work aims to analyze the force of the precedents of the Supreme Court for the purpose of terminating an unconstitutional res judicata, an analysis that is not limited to a dogmatic approach, but also promotes a multidisciplinary study and therefore goes beyond the formal quarters of the legal universe.*

Key words: *Precedents. Rescinded action. Unconstitutional res judicata. Juridical science. Fail.*

* Mestre, doutor e professor de Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Estágio pós-doutoral no King's College de Londres. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Processual Tributário da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão (COGEEAE) da PUC-SP. Juiz federal em São Paulo/SP. Coordenador do Fórum Federal de Execuções Fiscais de São Paulo/SP.

** Mestre em Direito Tributário pela PUC-SP. Conselheiro representante dos contribuintes na 3ª Seção do CARF. Advogado licenciado. Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito Tributário, Processo Tributário e Processo Civil na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (GV/aw), Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet), Escola Paulista de Direito (EPD), Escola Superior de Advocacia (ESA), Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (ESPGE), Damásio e Instituto Municipal de Ensino Superior de Bêbedouro (IMESB).

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. A ANÁLISE CRÍTICO-DOGMÁTICA DO TEMA
 - 2.1. AÇÃO RESCISÓRIA EMBASADA EM PRECEDENTES DO STF
 - 2.2. OS LIMITES DA AÇÃO RESCISÓRIA FUNDAMENTADA EM DECISÕES DO STF
 - 2.2.1. LIMITAÇÃO TEMPORAL
 - 2.2.2. LIMITAÇÃO PROCEDIMENTAL
 - 2.2.3. LIMITAÇÃO METODOLÓGICA
 - 2.2.4. LIMITAÇÃO JUDICATIVA
 - 2.3. O REGIME ESPECIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA NO NOVO CPC: O ART. 535, §§5º E 8º DO NOVO “CODEX”
 - 2.4. OS EFEITOS DAS DECISÕES DO STF PARA AS RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO SUCESSIVO
3. UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR DO TEMA
4. CONCLUSÕES
5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho originou-se de palestra proferida por um dos seus autores no âmbito do *III Seminário CARF de Direito Tributário e Aduaneiro*, estando o texto primeiro disponibilizado eletronicamente no sítio da Associação dos Juizes Federais (Ajufe)¹.

Posteriormente a tal intervenção no aludido evento e a partir das considerações ali feitas, resolveu-se desenvolver outras considerações acerca da temática aqui posta, de modo a estender a reflexão crítica inicialmente desenvolvida, considerando-se trabalho anteriormente publicado².

Chegou-se assim ao presente texto, o qual tem por escopo promover a análise de um tema que já não é novo no âmbito do Processo Constitucional Tributário, mas que ainda dá margem a inúmeras discussões nos âmbitos acadêmico³ e jurisprudencial.

Neste trabalho, pretendemos abordar o tema sob duas perspectivas: a primeira delas parte de um viés mais dogmático (ainda que crítico) da questão, enquanto a análise subsequente busca observar o tema com um olhar para além dos estritos campos do Direito, ou seja, com uma visão multidisciplinar.

2. A ANÁLISE CRÍTICO-DOGMÁTICA DO TEMA

2.1. Ação rescisória embasada em precedentes do STF

É inegável a existência, nos últimos anos, de um vertiginoso “fortalecimento” do Supremo Tribunal Federal e, conseqüentemente, dos seus precedentes⁴, os quais são apontados como responsáveis por dar

¹ BECHO. “Cessação dos efeitos da coisa julgada”. Disponível em <http://www.ajuje.org/artigos/iii-seminario-carf-de-direito-tributario-e-aduaneiro/>. Acessado em 19/09/2017.

² RIBEIRO. *Coisa julgada, direito judicial e ação rescisória em matéria tributária*. 2016.

³ MASSOUD. *Coisa julgada, Rescisória, Súmula STF 343 e Parecer PGFN 492/2011: Impactos com o Código de Processo Civil de 2015*. In: ARAÚJO, Juliana Costa Furtado; CONRADO, Paulo César (Orgs.). *O novo CPC e seu impacto no Direito Tributário*. São Paulo: Fiscosoft, 2015.

⁴ Ainda que o método jurídico para tal valorização seja passível de inúmeras críticas. Nesse sentido: RIBEIRO. *Precedentes em matéria tributária e o novo CPC*. 2016.

sentido jurídico à "Magna Lex"⁵, o que envolve, também, evidentemente, o art. 5º, inciso XXXVI, que estipula que "a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada". Logo, as decisões judiciais, em especial as pretorianas, passaram a ser tratadas como fontes materiais do direito^{6,7}.

Nesse sentido, inclusive, é possível destacar institutos como a repercussão geral, o julgamento de recursos sob o rito de repetitivos, a figura da Súmula Vinculante, dentre outros. Tais aspectos denotam o fortalecimento das manifestações judicativas, em especial as do STF, para atribuir um sentido "material" à Constituição Federal. Consequentemente, a partir dessa percepção, admite-se um sentido mais amplo ao disposto no art. 966, inciso V do Código de Processo Civil (CPC), de modo que as decisões judiciais não sejam vistas como um simples mecanismo para a aplicação lógico-substitutiva da *voluntas* legislativa em concreto, mas como um fenômeno da afirmação de uma vontade axiológicamente intencionada do Direito⁸.

Logo, a ação rescisória aqui tratada não se prestaria apenas para revisar decisões conflitantes contra disposição de texto de lei (*ratio legis*), mas também contra decisões ofensivas ao direito (*ratio ius*), inclusive aquele direito criado jurisprudencialmente. Partindo, pois, de tais premissas, o Supremo Tribunal Federal assim tratou a questão⁹:

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.
(STF, RE 328.812 ED, relator: min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 06/03/2008)

⁵ Ao ponto de o STF afirmar que "a Constituição é o que o Supremo assenta..." (min. Marco Aurélio, RE nº 590.809).

⁶ Um exemplo disso foi a decisão proferida quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.277/DF, pela qual o citado tribunal reconheceu a possibilidade de juridicamente existir união estável entre pessoas do mesmo sexo.

⁷ Veja-se, também, BECHO, *Lições de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 176 e ss.

⁸ Quando se fala em uma "vontade axiológicamente 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, 1993, p. 77-78.

⁹ Também nesse esteio: RE nº 500.043; AR 1478/RJ. Esse também tem sido o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ALIQUOTAS 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 à 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. 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 560/94 aos servidores públicos do Distrito Federal, mostra-se cabível a ação rescisória. 4. Recurso especial provido." (STJ; REsp 982673/DF, rel. min. Castro Meira, 2ª Turma, j. em 18/12/2007, DJ 11/02/2008, p. 1).

A aludida decisão pretoriana não apenas deu novo sentido à ação rescisória na hipótese aqui tratada, mas também conferiu nova perspectiva à sua própria jurisprudência: a de atuar como fonte material do direito. É bem verdade que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal andou novamente abordando essa questão em um caso que, “aparentemente”, teria implicado o retrocesso à sua Súmula 343¹⁰. Trata-se do Recurso Extraordinário (RE) nº 590.809, afetado por repercussão geral e que restou assim ementado¹¹:

EMENTA

[...].

ACÇÃO RESCISÓRIA – VERBETE Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO.

O Verbetes nº 343 da Súmula do Supremo deve de ser observado em situação jurídica na qual, inexistente controle concentrado de constitucionalidade, haja entendimentos diversos sobre o alcance da norma, mormente quando o Supremo tenha sinalizado, num primeiro passo, óptica coincidente com a revelada na decisão rescindenda.

Ocorre que, ao se analisar o inteiro teor do referido julgado, percebe-se que não se está diante de um regresso à Súmula 343 do STF, mas de uma expansão¹² que gera o aperfeiçoamento¹³ dos precedentes do Pretório Excelso para a matéria, em especial do entendimento extraído do julgamento do RE nº 328.812 há pouco referido.

Da análise do citado RE nº 328.812 é possível perceber que o STF reconheceu a capacidade criativa das suas manifestações judicativas sem, todavia, especificar que tipo de decisão pretoriana (formalmente falando) teria o condão de fundamentar o ajuizamento de uma ação rescisória nos termos abordados no presente trabalho. Em outros termos, o referido precedente não teria solucionado a seguinte questão: qualquer decisão pretoriana posterior e contrária à coisa julgada seria suficiente para permitir o ajuizamento da ação rescisória na hipótese aqui tratada, ou estariam dotadas dessa aptidão apenas aquelas decisões do STF com caráter transubjetivo e, portanto, capazes de traduzir a posição institucional do Tribunal para o caso?

¹² Tratando da expansão e contração dos precedentes: SHAUER, Frederick, 2015, p. 59.

¹³ E esse aperfeiçoamento citado é absolutamente válido em um modelo sério de precedentes. E isso porque uma decisão judicial, ainda que proferida pelo STF, não tem o condão de já nascer com a chance de precedente. Esse status é adquirido em concreto, na medida em que aquela determinada decisão e sua *ratio decidendi* são convocadas para resolver casos semelhantes mediante o emprego de uma analogia axiológica-problemática. Acontece que, ao realizar essa comparação analógica, é possível que o juiz do novo caso a ser decidido perceba que o caso precedente, embora se aproxime do caso decidendo, não responde, por si só, outras questões apresentadas pelo novo caso, o que demandará uma expansão – não ruptura – do precedente. Nessa oportunidade, o juiz do caso decidendo poderá convocar o caso precedente, mas também ficará encarregado de atualizá-lo a partir das questões relevantes e inaturalmente postas pelo novo caso a ser decidido. “Em outras palavras, jamais o precedente será anunciado e forma completa e única. É a partir das distensões, das ampliações e das reduções que os precedentes são dinamicamente refinados pelo Judiciário (sempre a partir das contribuições de todos os sujeitos processuais), à luz de novas situações e contextos, a fim de se delimitar a abrangência da norma extraída do precedente. Se, de um lado, é verdade que o precedente originário estabeleceu o primeiro material jurisprudencial (não se ignora o texto legal e a doutrina) sobre o qual se debruçarão os intérpretes dos casos subsequentes, com o passar do tempo, uma linha de precedentes se formará a partir daquele primeiro precedente, confirmando-o, especificando-o e conferindo-lhe estabilidade, e a técnica da distinção (*distinguishing*) desempenha uma importante função no amadurecimento dos precedentes e, porque, também não, dos padrões decisórios e do direito jurisprudencial como um todo.” (HORTA; NUNES, 2015) (Grifos dos autores.)

¹⁰ “Súmula 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).”

¹¹ STF: RE nº 590.809, rel. min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-230 DIVULG:21-11-2014 PUBLIC 24-11-2014.

Diante da inexistência de resposta para essa questão quando do julgamento do RE nº 328.812, e tendo o STF se deparado com um novo caso (RE nº 590.809), onde "a decisão invocada como fundamento para a ação rescisória teria sido proferida em sede de recurso extraordinário sem afetação por repercussão geral"¹⁴, teve ele (STF) que se pronunciar a respeito desse novo aspecto do problema. E, ao analisar essa nova faceta da questão, o STF aperfeiçoou a *ratio decidendi* extraída da decisão do RE nº 328.812 e decidiu que pode fundamentar eventual ação rescisória apenas com decisões pretorianas que reconhecem a inconstitucionalidade de uma dada norma "com efeitos abrangentes, a repercutirem fora das balizas subjetivas do processo", nos exatos termos do voto do ministro Marco Aurélio, relator do RE nº 590.809¹⁵.

Nesse sentido, a decisão proferida no RE nº 590.809 não foi um regresso à Súmula 343 do próprio STF. A Corte Suprema continua entendendo que suas decisões têm sim o condão de servir como fundamento para eventual ação rescisória. O que o Pretório fixou foi apenas que não é qualquer decisão sua que tem essa aptidão, mas somente aquelas capazes de propagar efeitos para além dos limites subjetivos da lide, *i.e.*, "com efeitos abrangentes".

¹⁴ A decisão do STF que serviu de base para a aludida ação rescisória foi aquela proferida no Recurso Extraordinário nº 353.657/PR (não afetado por repercussão geral, já que anterior a tal sistemática), oportunidade em que o STF concluiu pela inviabilidade do creditamento do IPI nas hipóteses de insumo não tributado ou sujeito à alíquota zero.

¹⁵ Para ser fiel ao que fora afirmado pelo min. Marco Aurélio, convém transcrever o trecho em que essa expressão foi extraída:

"Como afirmado pela mestre Ada Pellegrini Grinover, eventual afastamento do Verboete nº 343, por envolvimento de matéria constitucional, não pode ter razão genérica, e sim especificamente para as situações em que, no ato rescindendo, determinada lei foi proclamada constitucional, vindo, posteriormente, o Supremo a concluir pela inconstitucionalidade, com efeitos abrangentes, a repercutirem fora das balizas subjetivas do processo. Para a processualista, em caso contrário, como na espécie, posterior declaração incidental de constitucionalidade nada nulifica, não se caracterizando a categoria da inexistência, pelo que devem ficar a salvo da rescisória decisões, tomadas em dissídio jurisprudencial, em sentido oposto à nova posição do Supremo (GRINOVER, Ada Pellegrini, Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional, *Revista de Processo*, São Paulo: RT, nº 87, p. 37-47, 1997)." (RE 590.809) (Grifo nosso.)

Resalte-se, ainda, que embora não tenha esmiuçado o significado da expressão "com efeitos abrangentes", quer parecer que, para o STF, as suas decisões com aptidão para dar esteio a eventual ação rescisória seriam aquelas proferidas: i) em sede de controle concentrado de constitucionalidade; e ii) em sede de controle difuso. Nesta última hipótese, "desde que" veiculada em caso afetado por repercussão geral ou julgado sob o rito de repetitivo.

Diante desse quadro, resta clara a aptidão de decisão pretoriana servir como fundamento para a propositura de ação rescisória, ação essa que, diga-se de passagem, "é imprescindível para revisar a decisão transitada em julgado em si considerada, bem como seus efeitos". Nesse sentido, convém destacar que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE nº 730.462, afetado por repercussão geral, decidiu pela necessidade de provocação jurisdicional para que determinado órgão, imparcial e equidistante das partes, decida acerca da capacidade de um dado precedente pretoriano ser ou não capaz de rescindir um específico trânsito em julgado¹⁶. Em outros termos, o STF cancelou que a decisão pretoriana, por si só, não tem o condão de promover a rescisão de uma decisão transitada em julgado, nem dos seus efeitos, cabendo à parte interessada promover a correspondente ação rescisória para esse fim.

Em todo caso, sob uma perspectiva dogmática, a conjugação dessa plêiade de precedentes do STF traz uma importante definição acerca dos efeitos de decisão pretoriana para a coisa julgada e da sua convocação como fundamento de eventual ação rescisória. Mais do que isso, acaba por impor limites para a convocação das decisões proferidas pelo STF para fins: i) de utilização da ação rescisória em si considerada; e ii) para estancar os efeitos de decisão transitada em julgado quando atinentes à relações jurídicas de trato sucessivo.

¹⁶ STF, RE nº 730.462, rel. min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 28/05/2015, ACORDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-177 DIVULG 08-09-2015 PUBLIC 09-09-2015.

2.2 Os limites da ação rescisória fundamentada em decisões do STF

Ressalte-se, desde já, que o manejo da ação rescisória aqui analisada não é absoluto, sujeitando-se, pois, a *limitações*, as quais poderiam ser divididas em quatro subespécies: i) temporal; ii) procedimental; iii) metodológica; e iv) judicativa.

2.2.1. Limitação temporal

A ação rescisória na hipótese até então debatida (art. 966, inc. V do CPC/2015) está sujeita a um notório limite de caráter temporal, nos termos do que prevê o art. 975 do Estatuto Processual. Dessa feita, a referida ação deve ser proposta em até dois anos contados do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida¹⁷. Assim, se a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal sobrevier depois do transcurso do prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, não seria mais possível o ajuizamento da correspondente ação rescisória. E isso porque o direito à ação rescisória não é irrestrito, razão pela qual deve sujeitar-se a determinados limites, dentre eles o temporal, sob pena de a garantia da coisa julgada ser absolutamente dizimada¹⁸.

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.

¹⁷ Nesse sentido, é possível encontrar manifestações dos Tribunais Superiores: RESP 968.227/BA (STJ), AR 2.337 (STF).

¹⁸ É verdade que a admissibilidade de ação rescisória paulada em decisão do STF posterior e contrária à decisão a ser rescindida acaba por resultar em uma mitigação da coisa julgada. Tal conclusão, todavia, não quer significar (e nem poder) na completa e absoluta revogação da aludida garantia fundamental.

2.2.2. Limitação procedimental

Não obstante, além do limite temporal, é necessário se respeitar outro balizador para o uso da ação rescisória nos termos aqui defendido, qual seja, uma restrição de cunho procedimental. Isso porque, não é qualquer decisão proferida pelo STF que é suficiente para ensejar a revisão da coisa julgada, mas apenas aquelas capazes de externar um entendimento institucionalizado do referido Tribunal, o que ocorreria nas hipóteses de decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade (dotadas de efeitos *erga omnes* e revestidas de caráter vinculante), bem como naqueles casos decididos pelo STF em recursos extraordinários afetados por repercussão geral ou então julgados sob o rito de recursos repetitivos, conforme prescrito nos arts. 1.036 e seguintes CPC/2015.

Esse entendimento está respaldado no já citado precedente Pretoriano (RE 590.809), oportunidade em que a Corte Suprema externou que tem aptidão para servir de fundamento para ação rescisória apenas aquelas decisões do STF "com efeitos abrangentes, a repercutirem fora das balizas subjetivas do processo".

Ressalte-se, ainda, que 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. Só assim se garante uma estabilidade quanto à intencionalidade axiológica do direito, de modo a se garantir uma estabilidade da justiça¹⁹; "não a certeza contra a justiça, mas a justiça tomada certa (estável)" (NEVES, 1983, p. 77-78).

2.2.3. Limitação metodológica

Não obstante, existe ainda um terceiro limite imposto para o uso da ação rescisória na hipótese aqui tratada: o limite metodológico.

¹⁹ "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 objetivação sincrônica dessa intenção, e que sempre poderá existir, e que existirá mesmo, num direito exclusiva ou predominantemente intencionado à 'justiça'" (NEVES, 1983, p. 77-78).

Como observado linhas acima, é possível que decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos abrangentes, seja convocada para fundamentar ação com o escopo de rescindir uma dada coisa julgada. Ocorre que, para tanto, além da imprescindibilidade do próprio ajuizamento da rescisão, necessário se faz que a decisão a ser proferida nos autos promova uma comparação analógico-problemática entre os casos submetidos à análise, *i.e.*, entre o caso acobertado pelo manto da coisa julgada e o caso julgado pelo STF e tido como precedente.

Não basta, portanto, a simples aplicação, lógico-subsuntiva, do pretense precedente pretoriano ao caso a ser rescindido. Há, pois, a necessidade de se realizar um “cotejo analítico”²⁰ entre o caso a ser rescindido e o caso julgado pela Corte Suprema. E, quando se fala nessa aproximação, a comparação das circunstâncias fáticas que permeiam ambos os casos (decidendo e precedente) é fundamental.

Assim, o precedente do STF só será considerado como tal em concreto, ou seja, depois de comparado analogamente ao caso a ser rescindido e, ainda, desde que feita essa comparação se identifique uma similaridade quanto à intencionalidade jurídica de ambos. Não há, pois, uma prévia, perfeita e substantiva simetria entre os casos, simetria esta típica de uma razão universal, geral e abstrata. Há, 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, 1983, p. 74).

2.2.4. Limitação judicativa

Por fim, há um último limite possível para o emprego da ação rescisória na hipótese aqui abordada, um limite judicativo, o qual é assim chamado por decorrer de atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, conforme se desenvolverá a seguir.

Como é sabido, ao realizar o controle concentrado de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem a possibilidade de, eventualmente, modular no tempo os efeitos da sua decisão. É o que dispõe o art. 27 da Lei nº 9.868/99, o art. 11 da Lei nº 9.882/99 e também o art. 927, §3º do CPC/2015.

²⁰ Para empregar um termo mais palatável para um sistema jurídico herdeiro do *civil law*.

O mesmo ocorre na hipótese do STF veicular súmulas vinculantes, conforme prevê o art. 4º da Lei nº 11.417/2006. Não obstante, também não se pode olvidar da possibilidade do Pretório Excelso modular efeitos até mesmo na hipótese de controle difuso de constitucionalidade, conforme se depreende de emblemático julgado exarado no RE nº 197.917. Referida modulação, por seu turno, acaba por limitar a eficácia da decisão do STF, na medida em que ela fica impedida de retroagir para o passado (efeito *ex nunc*) ou pode, até mesmo, ter seus efeitos práticos postergados para momento futuro e posterior ao próprio julgamento da Corte Constitucional.

A existência de modulação de efeitos em uma determinada decisão do STF não é impedimento para o uso da ação rescisória aqui tratada. Acontece que, nesses casos, eventual decisão de procedência na ação rescisória proposta teria sua eficácia restrita, na medida em que necessariamente teria que respeitar a modulação temporal decidida pelo STF, sob pena, inclusive, de indevidamente burlar a aludida modulação de efeitos.

2.3. O regime especial da ação rescisória no novo CPC: o art. 535, §§5º e 8º do novo “Codex”

Tratando de CPC/2015, não se pode ignorar a existência de dois regimes distintos de ação rescisória: um de caráter geral, previsto no já citado art. 966, e outro de natureza especial, capitulado no art. 535, §§5º e 8º do novo “Codex”. Assim, segundo o regime especial da ação rescisória no CPC, previsto exclusivamente para a fase de cumprimento de sentença, é possível a rescisão de uma sentença transitada em julgado com base em precedente pretoriano por intermédio de: i) simples impugnação, em fase executiva; ou, ainda, ii) por meio de ação rescisória propriamente dita.

A impugnação à coisa julgada inconstitucional só será possível se o precedente pretoriano convocado como seu fundamento for “anterior” ao trânsito em julgado combatido. Nessa hipótese, o que a jurisprudência já consagra²¹ e que agora está devidamente positivado no CPC, é o reconhecimento quanto ao *error in procedendo* desse tipo de decisão, o que, por sua vez, implica a existência de vício insanável.

²¹ Nesse diapasão: RESP 1.201.666.

Em contrapartida, se a coisa julgada inconstitucional e objeto de cumprimento de sentença se formou antes do advento do precedente do STF, a única alternativa remanescente é o ajuizamento de ação rescisória, cujo prazo de 2 (dois) anos para seu ajuizamento "será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal". Nesta hipótese específica (cumprimento de sentença com base em título executivo judicial contrário a posterior decisão pretoriana), o prazo para o ajuizamento da referida rescisória não teria mais início com o trânsito em julgado da decisão a ser rescindida, mas com o trânsito em julgado da decisão do STF a fundamentar aludida ação rescisória.

Referida previsão, se interpretada em sua literalidade, pode acarretar em sérios problemas, na medida em que protela, no tempo, o termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória, a qual fica à mercê do trânsito em julgado da decisão do STF. Tal fato, por seu turno, pode implicar a eternização das demandas judiciais, o completo esvaziamento da coisa julgada e, conseqüentemente, a ofensa ao direito enquanto modelo humano-cultural de realização de justiça em concreto²².

Como dito linhas acima, a referida disposição tem potencial aptidão de não só flexibilizar, mas de efetivamente "dizimar" a garantia constitucional da coisa julgada. Nesse sentido, o Direito deixaria de realizar a sua primordial função: realizar com justiça os necessários problemas de convivência humana. Dessa feita, entendemos que tal dispositivo seria inconstitucional e que, nessa hipótese específica, a contagem do prazo para a ação rescisória deveria seguir a regra do art. 975 do CPC/2015.

2.4. Os efeitos das decisões do STF para as relações jurídicas de

trato sucessivo

Como já destaque neste trabalho, a ação rescisória fundamentada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal só pode ser manejada desde que respeitado certos limites (temporal, procedimental, metodológico e judicialitivo). Logo, o fato de esgotar o prazo para ajuizamento da ação rescisória é impedimento para tanto e, por também, para rescindir os efeitos da decisão tanto em relação ao passado quanto também em relação ao futuro.

²² Para que o Direito possa ser visto e, mais do que isso, efetivamente sentido no âmbito prático por uma dada comunidade histórica como instrumento apto a realizar justiça em concreto, necessário se faz que ele (Direito) apresente mecanismos capazes de preservar, ainda que minimamente, as suas próprias manifestações, no caso, suas manifestações judicativas.

O decurso do aludido prazo, todavia, não é impedimento para, na hipótese de relações jurídicas de trato sucessivo, vedar o ajuizamento de outra ação com o fito de obstar os efeitos do trânsito em julgado para o futuro, ação essa fundamentada no art. 505, inciso I do CPC/2015.

Não se trata, portanto, de uma rescisão em sua inteireza eficaz, já que a ação aqui tratada não tem o condão de afetar os efeitos jurídicos produzidos no passado pela coisa julgada a ser rescindida. Pelo contrário, a eventual procedência da sobredita ação terá necessariamente efeitos prospectivos, obstando, pois, os efeitos decorrentes do trânsito julgado para o futuro.

Dessa feita, a decisão do STF proferida em controle concentrado de constitucionalidade, em recurso extraordinário afetado por repercussão geral ou submetido a julgamento sob o rito de recursos repetitivos, tem o condão de alterar o fundamento jurídico de relações jurídicas de trato sucessivo, podendo, por conseguinte, implicar novas relações jurídicas individualizadas. Percebe-se, pois, que o limite procedimental pertinente à ação rescisória aqui analisada também vale para a presente ação revisional.

A ação aqui citada também deve estar sujeita ao limite metodológico abordado no presente trabalho. Isso porque, como visto, mister se faz registrar que o simples advento de decisões proferidas pelo STF, ainda que respeitados os limites procedimentais acima mencionados, não seria capaz de, por si só, resultar na automática suspensão dos efeitos da coisa julgada contrária a tal decisão²³. Além do limite procedimental, também há que se respeitar o já citado limite metodológico.

²³ Não é esse, todavia, o entendimento da União, conforme se observa do Parecer PGNF/CRU 492/2011. Segundo entendimento lá defendido, a necessidade de utilização da ação prevista no art. 471, inciso I do CPC de 1973 (e que também valeria para a ação capitulada no art. 505, inciso I do CPC/2015), 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 impondo 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 PGNF/CRU nº 492/2011) (Grifos constantes no original.)

Nesse sentido, não é demais repisar que um precedente não atua como se lei fosse, ou seja, sua validade (materialmente falando) não se dá de forma pré-
via, geral e abstrata, mas de forma individual, concreta e histórica. Em outros
termos, "a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por ne-
nhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua for-
ça de promulgação, enquanto peça de legislação" (DWORKIN, 2002, p. 176).

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

Assim, o precedente – e, no caso estudado, "os precedentes do STF" pro-
cedimentalmente veiculados nas hipóteses aqui tratadas – "são o ponto de
partida, mas não necessariamente o ponto de chegada para a realização de
um caso em concreto". Logo, o precedente só tornar-se-á um critério válido
para a resolução do caso decidendo depois do emprego da racionalidade
analgóico-problemática exaustivamente 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. Deve ser feita
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 [...]". (ABBUD, 2012, p. 523). Daí a ne-
cessidade de um intenso contraditório²⁴ entre as partes litigantes, o que demanda,
necessariamente, a ação revisional aqui tratada e a sua correlata tutela jurisdicional.

²⁴ Contraditório esse não mais limitado pelo tradicional binômio ciência/resistência, mas
marcado pela já citada ideia de participação das partes litigantes, o que está em
perfeita sintonia com o já citado princípio da cooperação.

Tal questão, i.e., quanto à necessidade do ajustamento da ação revisional aqui
tratada, ainda não restou decidida pelo Supremo Tribunal Federal. A Corte
Constitucional apenas se manifestou positivamente quanto à necessidade de
ação rescisória para afastar os efeitos "preletórios" da coisa julgada inconsitu-
cional. Nesse sentido²⁵:

"Ementa

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DECLARAÇÃO
DE INCONSTITUCIONALIDADE DE PRECEITO NORMATIVO
PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. EFICÁCIA NORMA-
TIVA E EFICÁCIA EXECUTIVA DA DECISÃO: DISTINÇÕES.
INEXISTÊNCIA DE EFEITOS AUTOMÁTICOS SOBRE AS
SENTENÇAS JUDICIAIS ANTERIORMENTE PROFERIDAS
EM SENTIDO CONTRÁRIO. INDISPENSABILIDADE DE IN-
TERPOSIÇÃO DE RECURSO OU PROPOSITURA DE AÇÃO
RESCISÓRIA PARA SUA REFORMA OU DESFAZIMENTO.

[...].

4. Afirma-se, portanto, "como tese de repercussão geral
que a decisão do Supremo Tribunal Federal, declarando a
constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito
normativo, não produz a automática reforma ou rescisão das
sentenças anteriores que tenham adotado entendimento
diferente; para que tal ocorra, será indispensável a interposição
do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação
rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado
o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalta-se
desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação
rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos tutores
da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas
de trato continuado".

[...].

6. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (Grifos nossos)

A parte final da ementa acima transcrita parece, em princípio, afastar a ne-
cessidade da ação rescisória para estancar os efeitos do trânsito em julgado
na hipótese de relação jurídica de trato sucessivo. Todavia, não é isso o
que se depreende da análise da íntegra do Acórdão do relator, em especial
quando referido voto é lido à luz das particularidades do caso em concreto.

²⁵ STF. RE nº 730.462, rel. min. TEORI ZAVASCKI, *Tribunal Pleno*, j. em 28/05/2015,
ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-177 DIVULG 08/09/2015; PUBLIC 09/09/2015.

Nesse sentido, insta destacar que, no caso em que proferido o sobredito precedente, o que se discutia era a possibilidade de desconstituir a coisa julgada para fixação de honorários advocatícios. Isso porque, no caso do precedente, a coisa julgada foi veiculada sem a fixação desta verba, com fundamento em uma lei que impedia a fixação de honorários advocatícios em demandas contra o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Referida lei foi posteriormente declarada inconstitucional pelo STF em caso com caráter transubjetivo, o que redundou no ajuizamento da aludida ação rescisória.

Percebe-se, portanto, que, no caso em que veiculado o aludido precedente (RE 730.462), não se estava diante de uma relação jurídica de trato sucessivo, motivo pelo qual o seu relator fez questão de aclarar que a imprescindibilidade da rescisória para desfazer o trânsito em julgado para as relações jurídicas de trato sucessivo não era objeto de julgamento. Em seu voto, o saudoso ministro Teori Zavascki deixa isso mais claro quando assim aduz:

Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto, notadamente quando decide sobre relações jurídicas de trato continuado, “tema de que aqui não se cogita”. (Grifos nosso.)

Por fim, a citada ação revisional também teria que respeitar o sobredito limite judi-
cativo, isto, é claro, na hipótese do precedente pretoriano convocado ter tido seus efeitos modulados para momento posterior ao ajuizamento da presente ação.

3. UMA ANÁLISE MULTIDISCIPLINAR DO TEMA

A análise crítico-dogmática que se fez é importante para a circunstância de os operadores do Direito, notadamente os ministros do Supremo Tribunal Federal, pretenderem atuar nos limites da Ciência do Direito. Entretanto, há que se reconhecer que essa ciência não tem sido capaz de prever diversas decisões judiciais ou mesmo explicá-las (BECHO, 2016, p. 175-194), o que é o mesmo que reconhecer que o Poder Judiciário brasileiro, provocado – em matéria tributária – pelos procuradores fazendários, estaria, cada vez com maior frequência, se afastando da legalidade (BECHO, 2017, p. E-2).

Esse fato indica que os pensadores devem se afastar da Ciência Jurídica para poder equilibrar a argumentação que tem sido apresentada, notadamente pela administração tributária federal. Nesse sentido, buscamos neste tópico uma análise mais consequencialista da “cessação dos efeitos da coisa julgada”.

O CPC/2015 estimula olharmos para a Inglaterra e sua doutrina dos precedentes. Mas, além da teoria dos precedentes, o que vemos quando comparamos esses dois países, do ponto de vista jurídico? Uma primeira referência pode ser o PIB, pois se esperava, em 2011, que o PIB brasileiro passaria o inglês. Essa era a previsão. Mas a posição brasileira no Índice de Desenvolvimento Humano – IDH era a 84ª e a inglesa, a 28ª. Em 2016, contudo, o nosso PIB é o 99º, e o deles permanece o 7º.

Não precisaremos, para buscar os efeitos do que está acontecendo no Poder Judiciário brasileiro atual, fazer menção à “pós-verdade”, que grassa na atualidade. Basta-nos partir da “modernidade líquida”, muito bem identificada por Zygmunt Bauman (2000). A modernidade de hoje é “leve”, “líquida” e “fluida”, “infinitamente mais dinâmica do que a modernidade ‘sólida’ que suplantou”.

Na era da “modernidade líquida” brasileira, estamos vivenciando outro fenômeno, próximo ao que Marcelo Neves (2017) tratou em seu *A Constitucionalização Simbólica*. Ele identificou como grupos de *poder moderado/limitado* conseguiram colocar certos comandos na Constituição Federal, mas que vieram com *bloqueios* como “nos termos da lei”. E nem todos tiveram força para romper as barreiras posteriores. É o caso das cooperativas, cujo “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo”, passados 29 anos da Carta, ainda não vingou.

Acreditamos que o professor Marcelo Neves poderia atualizar seu livro com outro aspecto interessante: o simbolismo constitucional está com nova roupagem, pois estamos perdendo o que havia de “sólido” na Carta. Assim, podemos considerar o princípio da legalidade em matéria tributária como simbólico, perdido entre nossos dedos quando virou líquido. Veja-se como a súmula 435 do STJ é desconectada do art. 135 do CTN²⁶, interrupção da prescrição no ajuizamento da execução fiscal, decidido no REsp 1.120.295/SP, sem base legal²⁷, dupla incidência do IPI Importação. Isso para não tocar em um tema que é caro ao CARF: a descon sideração de atos e negócios jurídicos caracterizados como de elisão fiscal. É interessante notar que, em 2002, a Presidência da República tentou disciplinar o art. 116, parágrafo único, do CTN, via Medida

²⁶ BECHO. *Responsabilidade tributária de terceiros*: CTN, arts. 134 e 135. São Paulo: Saraiva, 2014.

²⁷ BECHO. “O direito natural e o REsp 1.120.295/SP”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 229, 2014, p. 145-154.

Provisória Medida Provisória nº 66, não convertida em lei. E hoje o comando legal é plenamente aplicado, ainda que não exista a lei que o regulamentou. Isso ocorre porque hoje em dia a lei é uma coisa desnecessária.

O Brasil desmontou a coisa julgada ao caracterizá-la como inconstitucional. O argumento é pueril: se o ato administrativo pode ser inconstitucional e até a lei poder ser inconstitucional, por que a sentença judicial transitada em julgado também não pode ser inconstitucional? O argumento só nada diz sobre a longa dialética na formação da coisa julgada. Pensemos quantas vezes os atores envolvidos na feitura e os que sofrem os efeitos de um ato administrativo se digladiaram antes de o ato ser exarado: nada. Pensemos como são produzidas as leis quanto à participação daqueles que deveriam ou deveriam aplicá-la e cumpri-la: nenhuma. E comparemos com a atuação das partes no longo processo judicial. Tenhamos em vista a desapropriação de fazendas na Serra do Mar. Quantas vezes a procuradoria do Estado de São Paulo pôde atuar? Focando apenas nas decisões mais relevantes: sentença em ação ordinária, apelação, recurso especial e recurso extraordinário; e de novo na fase de execução: sentença, apelação, recurso especial e recurso extraordinário. Quando, após todas as chances de falar nos autos – provar e combater –, chegou a conta, um governador disse: não pago! E aí transformamos o sólido princípio da “coisa julgada” em líquido, em atenção à economia e à política.

Mas esse não é um caso isolado, e a mesma lógica pode ser identificada em outras circunstâncias. Talvez exista uma regra implícita no que estamos tratando: se for para economizar algum dinheiro público, qualquer autoridade pode prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Temos que reconhecer que, com isso, perdemos nosso passado.

E nós vamos falar em Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”? Não, parece que isso não é mais verdade. Ou, ao menos, parece que o comando constitucional está sendo tratado como se não valesse para o ato administrativo e para o ato judicial, em uma construção que acrescente “a lei não prejudicará [...]”, etc., mas o ato administrativo e o ato judicial sim, eles não precisarão respeitar o passado. É nesse sentido, por exemplo, o Parecer da Coordenação da Consultoria Judicial da Procuradoria Geral da Fazenda

Nacional nº 492, aprovado pelo ministro de Estado da Fazenda em 24 de maio de 2011, onde está estabelecido – contrariamente ao quanto estipulado na Constituição Federal, registre-se – que (SEN, 2011, p. 50-51):

1) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF em sentido favorável ao Fisco, este pode voltar a cobrar o tributo, tido por inconstitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido; 2) quando sobrevier precedente objetivo e definitivo do STF em sentido favorável ao contribuinte-autor, este pode deixar de recolher o tributo, tido por constitucional em anterior decisão tributária transitada em julgado, em relação aos fatos geradores praticados dali para frente, sem que necessite de prévia autorização judicial nesse sentido.

A continuar prevalecendo esse Parecer, temos a seguinte situação: o legislador precisa respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, mas o administrador público, em matéria tributária, e o contribuinte, não. Em outras palavras, a decisão judicial transitada em julgado vale enquanto alguma das partes envolvidas no processo que a originou entender, por si só, que nova decisão do Supremo Tribunal Federal, que ele entenda ser em sentido contrário, passa a ser aplicada a sua situação jurídica. Em suma, a decisão judicial transitada em julgado só tem valor enquanto as partes quiserem que assim o seja. Quando uma delas entender que sua “circunstância jurídica nova”, nas palavras do indigitado parecer, foi alterada, a decisão judicial transitada em julgado deixa de ter validade.

É claro que se poderia questionar se um parecer da advocacia pública tem poder para disciplinar, suplantando, uma garantia constitucional, protegido por cláusula pétrea. Dito de maneira mais direta, sabemos que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda [constitucional] tendente a abolir [...] os direitos e garantias individuais” (CF, art. 60, §4), e que o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, acima reproduzido, faz parte do Capítulo 1 da Carta, que estabelece os “direitos e deveres individuais e coletivos” e que, por isso, a tendência à abolição da coisa julgada não pode ser “objeto de deliberação” por parte do legislador constituinte derivado, mas se aceita que a advocacia pública o faça!

Então, se as ferramentas de hermenêutica jurídica não se prestam mais a explicar o tratamento dado ao passado, é hora de ampliarmos o estudo da Filosofia, da Ciência Política, da Economia, etc., pois a Ciência Jurídica não se presta mais a explicar as decisões judiciais. É aqui que entra o “consequencialismo” referido anteriormente.

O que esperar, por exemplo, da suplantação absoluta do direito pela política e pela economia? O Estado brasileiro está dizendo para os brasileiros e para o mundo que trocamos o direito por alguns trocados, mas, cientificamente falando, talvez seja melhor estudarmos o livro *Por Que as Nações Fracassam*, de Daron Acemoglu, professor de Economia no Massachusetts Institute of Technology (MIT), e James Robinson, professor de Administração Pública em Harvard²⁸. Analisando cidades ou estados muito próximos geográfica, histórica e culturalmente como a cidade de Nogales na fronteira entre os EUA e o México, as Coreias do Sul e do Norte ou Berlim Ocidental e Oriental antes da queda do Muro, a conclusão é que a diferença entre países que prosperaram e os que fracassaram, no sentido econômico e humano, está na força de suas instituições atuarem em favor do bem-estar coletivo, não no de um pequeno grupo que está no poder. As instituições de países desenvolvidos são "inclusivas", ou seja, podemos resumir a atuação delas, em linguagem jurídica, como promotoras do Estado Democrático de Direito. As instituições dos países que fracassaram são "extrativas", no sentido que beneficiam apenas os detentores do poder (que, em matéria tributária, é a administração pública), o que vai minando não apenas a crença no Estado e no direito, mas no próprio ânimo das pessoas, que identificam que não vale lutar por uma vida melhor, criando empresas e empregos, por exemplo, se, por atos arbitrários, seus direitos não são reconhecidos.

E não basta indicarmos ao mundo que temos instituições. Temos a tarefa de indicar que as brasileiras respeitam o Estado Democrático de Direito em seus atos. Conforme exposto por Amartya Sen (2011):

Para o entendimento do contraste entre uma visão da justiça focada em arranjos e uma visão focada em realizações, é útil invocar uma antiga distinção da literatura sânscrita sobre ética e teoria do direito. Considere duas palavras diferentes, *niti* e *nyaya*: no sânscrito clássico, ambas significam justiça. Entre os principais usos do termo *niti*, estão a adequação de um arranjo institucional e a correção de um comportamento. Contrastando com *niti*, o termo *nyaya* representa um conceito abrangente de justiça realizada. Nessa linha de visão, os papéis das instituições, regras e organizações, importantes como são, têm de ser avaliados da perspectiva mais ampla e inclusiva de *nyaya*, que está inevitavelmente ligada ao mundo que de fato emerge, e não apenas às instituições ou regras que por acaso temos.

²⁸ E-book. Ed. Elsevier/Campus. Esse livro foi indicado pelo professor Octávio Ferraz, na disciplina "Estado de Direito e Desenvolvimento" no King's College de Londres, no primeiro trimestre de 2016, bem como em palestra para juizes federais da Ajufe em julho de 2017.

Considerando uma aplicação específica, os antigos teóricos do direito indiano falavam de forma depreciativa do que chamavam *matsyanyaya*, "a justiça do mundo dos peixes", na qual um peixe grande pode livremente devorar um peixe pequeno. Somos alertados de que evitar a *matsyanyaya* deve ser uma parte essencial da justiça, e é crucial nos assegurarmos de que não será permitido à "justiça dos peixes" invadir o mundo dos seres humanos. O reconhecimento central aqui é que a realização da justiça no sentido de *nyaya* não é apenas uma questão de julgar as instituições e as regras, mas de julgar as próprias sociedades. Não importa quão corretas as organizações estabelecidas possam ser, se um peixe grande ainda puder devorar um pequeno sempre que queira, então isso é necessariamente uma evidente violação da justiça humana como *nyaya*."

Mais claramente do que estamos procurando expor, reafirmamos sobre a superação da coisa julgada e a seguinte lição (SEN, 2011, p. 112-113):

[...] temos de procurar instituições que promovam a justiça, em vez de tratar as instituições como manifestações em si da justiça, o que refletiria uma espécie de visão institucionalmente fundamentalista. Ainda que a perspectiva centrada em arranjos da *niti* seja muitas vezes interpretada de maneira a tornar a presença das próprias instituições adequadas para satisfazer as exigências da justiça, a perspectiva mais ampla de *nyaya* indicaria a necessidade de examinar quais realizações sociais são de fato geradas através dessa base institucional.

Sobre esse ponto, Amartya Sen cita o juiz da Suprema Corte dos EUA Stephen Breyer, que revela com *força e clareza* a necessidade de, na interpretação constitucional, prestarmos "atenção nos propósitos e consequências", notadamente as "consequências como um importante critério para medir a fidelidade de dada interpretação a esses propósitos democráticos" (BREYER, 2005, p. 115, *apud* SEN, 2011, p. 113).

As consequências de se autorizar os advogados e os agentes do Fisco a desconsiderarem uma decisão judicial transitada em julgado, ainda que sobrevinha decisão genérica do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, é admitir que se possa "lançar um tributo" quando há decisão judicial vedando o Estado de fazê-lo; é autorizar o agente público a negar uma certidão negativa que refita a sentença judicial e forçá-lo a buscar o Poder Judiciário novamente, reiniciando uma ação em que ele foi vencedor; é permitir que um procurador fazendário possa inscrever o pretensão débito no livro da dívida ativa e ajuizar uma execução fiscal, pleiteando – e, talvez, até conseguindo – uma penhora de dinheiro via BacenJud (sistema que interliga a Justiça ao

Banco Central e às instituições bancárias) antes de citado o contribuinte. Este ficará atônito ao comparar a consequência do bloqueio judicial de seu dinheiro tendo em mãos uma certidão de trânsito em julgado de uma decisão judicial em que foi vencedor e que nada mais vale no ordenamento jurídico brasileiro. E o contribuinte terá que buscar novamente o Poder Judiciário, suportando contra si todos os ônus em ser autor de uma ação, tais como recolhendo custas judiciais, tendo que levantar, primeiro, todas as provas de suas alegações, etc. A Portaria PGFN/CRJ nº 492/2011 permite aos agentes do Estado que permaneçam na cômoda situação de simplesmente desconsiderar as decisões judiciais transitadas em julgada, sem terem, eles, que arcar com os ônus de desconsiderar a decisão judicial. A fragilidade da decisão judicial transitada em julgada, entre nós, é patente. Flexibilizar a coisa julgada não pode significar a sua absoluta derrocada.

Nós temos que assumir que as nossas instituições são fracas e que o direito brasileiro hoje é líquido, que não temos sequer as garantias inscritas na Constituição Federal que tínhamos em um passado recente; que as decisões, em matéria tributária, são dadas – muitas vezes – a favor do grupo de pressão e poder organizado que é a administração tributária, notadamente nas decisões que se afasta da legalidade e da constitucionalidade; e que as consequências da atuação efetiva das instituições, nesses casos, enfraquecem a ordem jurídica e econômica.

O prego da economia que estamos fazendo ao suplantiar a segurança jurídica que era dada pelo princípio da legalidade e pelo respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada, por exemplo, não deve ser contado pelas sentenças que reconheceram a prescrição e que foram anuladas por um recurso especial sem base legal, ou pelos tributos que serão cobrados após a flexibilização da coisa julgada. É pelo capital especulativo que se atrairá; é por sermos pouco atraentes para investimentos de qualidade, além de incentivarmos os brasileiros que podem ir embora do país, como tantos que se prepararam para isso, comprando imóveis em Miami e em Portugal. Pagaremos, em juros, muito mais do que a economia que será feita nesses processos.

E, caminhando para a conclusão, estamos cada vez mais nos afastando do *Common Law*, não nos aproximando. Nele, os juízes esperam que os prece-dentes não mais desejados sejam superados pelo Parlamento, em nome da segurança jurídica. Não é à toa que, no quesito “cumprimento da lei” (Estado

de Direito²⁹), em 2015 os ingleses estavam em 12º lugar entre 99 nações, e o Brasil estava em 46º. Em 2016, o Projeto Justiça Global ampliou sua pesquisa para 113 países. A Inglaterra subiu para 10º lugar, e o Brasil caiu para 52º. E vai cair mais.

Por fim, pede-se vênia para discordar do ministro Roberto Barroso no RE nº 955.227/BA. O STF não vai disciplinar a flexibilização da coisa julgada para o futuro. A Corte vai dizer se teremos direito ao nosso passado. E, ao que parece, só por aceitar discutir isso, já está sinalizando que a resposta é negativa. Não, nós perdemos o direito ao passado. E, com isso, não teremos futuro como uma grande Nação.

4. CONCLUSÕES

No campo dogmático, analisando-se criticamente o assunto aqui versado, é possível concluir pela existência de um direito judicial e, portanto, gerador de expectativas jurídicas, o que, em situações excepcionais e desde que respeitados limites técnico-jurídicos, permite uma – repita-se – excepcional flexibilização da coisa julgada. Tal conclusão, entretanto, não pode implicar o completo fim da coisa julgada e de outros institutos jurídicos, cujos valores são essenciais para a manutenção do Direito enquanto instrumento de resolução de problemas de convivência humana.

Assim, não sendo a crítica dogmático-jurídica suficiente (e de fato ela não é), e, ainda, reconhecendo-se, contudo, que a experiência atual indica a falência da Ciência Jurídica em explicar diversas decisões judiciais dadas a favor da Fazenda Pública, é o momento de os operadores do Direito lançarem mão de argumentos não jurídicos para auxiliar a sociedade na compreensão dos perigos de estimular os juízes a aceitar o afastamento do Estado Democrático de Direito que está em curso. E a doutrina mais atual e mundialmente reconhecida indica que os países que adotaram esse caminho fracassaram se o objetivo foi construir um país soberano, fundado na cidadania, na dignidade da pessoa humana; nos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; e no pluralismo político, como consta do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁹ World Justice Project, Rule of law. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index>. Acesso em: 26/08/2017.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges. Precedente judicial versus jurisprudência dotada de efeito vinculante, in *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- ACEMOGLU, Daron; Robinson, James. *Por que as nações fracassam*. E-book. Ed. Elsevier/Campus.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2000. BECHO, Renato Lopes. *Cessação dos efeitos da coisa julgada*. Disponível em: <http://www.ajufe.org/artigos/iii-seminario-carf-de-direito-tributario-e-aduaneiro/> Acessado em: 19/09/2017.
- _____. *Ligões de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Breves Notas Sobre a Ciência do Direito Tributário em Confronto com a Filosofia da Ciência. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*. v. 1, 2016, p. 175-194.
- _____. *Juízes criando regras tributárias*. *Jornal Valor Econômico* de 30/08/2017, p. E-2.
- _____. Responsabilidade tributária de terceiros: CTN, arts. 134 e 135. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. O direito natural e o RESP 1.120.295/SP. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 229, 2014, p. 145-154.
- BREYER, Stephen. *Active liberty: interpreting our democratic constitution*. Nova York: Knopf, 2005.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- HORTA, André Frederico. NUNES, Dielle. *Aplicação de precedentes e 'distinguishing' no CPC/2015: uma breve introdução*. Disponível em: http://www.academia.edu/12353024/APLICA%C3%87%C3%83_DE_PRECEDENTES_E_DISTINGUISHING_NO_CPC_2015. Acessado em: 20/09/2017.
- MASSOUD, Rodrigo. *Coisa julgada, Rescisória, Súmula STF 343 e Parecer PGFN 492/2011: impactos com o Código de Processo Civil de 2015*. In: ARAÚJO, Juliana Costa Furtado. CONRADO, Paulo César (Orgs.). *O novo CPC e Seu Impacto no Direito Tributário*. São Paulo: FiscoSoft, 2015.
- NEVES, Castanheira. *Metologia jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- _____. *Instituto dos assentos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- NEVES, Marcelo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RIBEIRO, Diego Diniz. *Coisa julgada, direito judicial e ação rescisória em matéria tributária*, in *Processo tributário analítico* (vol. II). CONRADO, Paulo César (org.). 2ª. ed. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____. Precedentes em matéria tributária e o novo CPC, in *Processo tributário analítico* (vol. III). CONRADO, Paulo César (org.). São Paulo: Noeses, 2016.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SHAUER, Frederick. *Precedente*. In *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- World Justice Project. Disponível em: <https://worldjusticeproject.org/our-work/wjp-rule-law-index>. Acesso em: 26/08/2017