

# A EFICÁCIA DA COISA JULGADA TRIBUTÁRIA EM FACE DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL PELA VIA DA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

João Paulo Melo do Nascimento\*

**Sumário:** 1. Introdução. Segurança jurídica; 2. O papel da interpretação no neoconstitucionalismo: diferença entre enunciado normativo e norma; 3. O papel institucional do STF na interpretação jurídica; 4. Força normativa dos precedentes judiciais. A norma jurídica extraída do caso concreto. Mutações constitucionais; 5. A alteração jurisprudencial face à garantia da coisa julgada; 6. Coisa julgada nas relações continuativas; 7. A garantia individual da coisa julgada face à mutação constitucional; 8. Conclusão.

## 1. Introdução. Segurança jurídica.

A atividade legislativa se projeta para o futuro, em respeito não só às garantias específicas do direito adquirido e ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição), mas também ao princípio geral da segurança jurídica. Dessa forma, muito embora não haja expressa menção na Constituição ao princípio da irretroatividade das leis, é curial que a prévia cognoscibilidade da norma seja um imperativo do mínimo de segurança que se espera do ordenamento.

Em matéria tributária, em especial, o princípio encontra previsão expressa no art. 150, III, “a”, da Constituição, gerando ainda reflexos nas normas gerais contidas no Código Tributário Nacional. A legislação tributária somente se aplica aos fatos geradores futuros (artigos 105 e 144), e uma nova interpretação conferida pela Fazenda não pode alcançar situações passadas (art. 146).

Já a atividade jurisdicional é diferente. Não raro, as decisões judiciais produzem efeitos retroativos, sobretudo em se tratando de declaração de inconstitucionalidade de lei. É que prevalece no Brasil a tese da nulidade da norma inconstitucional. Sendo nulo de pleno direito, o ato não pode produzir qualquer efeito.

Ocorre que, muitas vezes, a mudança de jurisprudência produz, na prática, o mesmo efeito da superveniência de nova lei. Por isso, a retroação de novo entendimento produz efeitos catastróficos na segurança jurídica. E pior: em matéria tributária, o prejuízo financeiro é evidente, pois não pode o contribuinte repassar o ônus do tributo ao consumidor final, por meio do repasse do respectivo custo no preço do produto ou serviço.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Nesse caso, fica patente a violação à segurança jurídica enquanto confiabilidade do ordenamento – entendida como a certeza de manutenção de efeitos atuais de ato praticado no passado. Segundo HUMBERTO ÁVILA<sup>2</sup>, a segurança jurídica possui duas vertentes: uma estática e outra dinâmica. Na primeira, residem as condições de conhecimento do ordenamento pelo destinatário, para que possa prever como se comportar. Tal certeza e clareza da norma permitem uma segurança do Direito em si.

Numa segunda concepção, de cunho dinâmico, exige-se condições de prever os efeitos futuros de ato praticado hoje (calculabilidade), bem como a confiabilidade na manutenção de efeitos atuais de ato passado. Tal calculabilidade e confiabilidade possibilitam a segurança por meio do direito. É esta última que nos interessa, ao tratar de mudança de orientação jurisprudencial.

## 2. O papel da interpretação no neoconstitucionalismo: diferença entre enunciado normativo e norma.

A interpretação da lei ganha nova relevância no pós-positivismo, com a abertura do texto e a constitucionalização do direito. Se o positivismo-normativista afastou a norma dos valores, com a pretensão de esgotar a realidade no texto, atualmente é a interpretação em concreto que dita o conteúdo da norma, considerando a abertura do enunciado, repleto de categorias de natureza principiológica, cláusulas gerais e expressões polissêmicas. Há muito já se superou o dogma de que a aplicação do direito seria mera atividade mecânica de revelação de um conteúdo pré-existente, pois “não é plausível aceitar a ideia de que a aplicação do Direito envolve uma atividade de subsunção entre conceitos prontos antes mesmo do processo de aplicação”<sup>3</sup>. Reconhece-se, pois, a natureza criativa da atividade hermenêutica.

Como consequência do reconhecimento de que o processo interpretativo se observa em concreto, e não em abstrato, a doutrina vem extremando dois conceitos: enunciado normativo e norma jurídica.

Na concepção de ROBERT ALEXY<sup>4</sup>, compreende-se a norma como resultado, e não objeto, da interpretação. As normas jurídicas são veiculadas por signos linguísticos<sup>5</sup>, cujo significado é revelado pela interpretação. A norma, pois, não se confunde com o texto que a veicula – o enunciado normativo. A figura imaginada por JOSÉ CARLOS VASCONCELLOS DOS REIS é bastante ilustrativa: “Não há como confundir-se, por exemplo, a *música* com a *partitura*, isto é, a notação musical, que apenas

<sup>1</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: 2011. p. 122-126.

<sup>2</sup> ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: 2011. p. 122-126.

<sup>3</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. São Paulo: 2005. p. 24.

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: 1993. p. 48 e segs.

<sup>5</sup> PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais Programáticas*. São Paulo: 1999. p. 113.

dá ao intérprete os elementos básicos para que possa realizar a obra de arte *sonora* que o compositor procurou representar por meio de sinais *escritos*”<sup>6</sup>. Ainda, como argumento de reforço para extremar os conceitos, denuncia o autor, “Há normas cuja existência é tranquilamente aceita, apesar de não estarem escritas em texto algum, como o princípio da *proporcionalidade*”<sup>7</sup>.

Realmente, o texto concebido pelo legislador em abstrato não se confunde com a norma jurídica que rege uma situação concreta no mundo dos fatos e que pode ser aplicada a situações semelhantes. Se não é possível prever, em tese, a infinitude de situações reais que podem advir em determinada matéria, também não se pode antever a conseqüente solução que o ordenamento oferecerá. Tal disciplina será fruto de atividade interpretativa que cotejará o texto com a realidade – e, nos casos mais difíceis, ainda será objeto de ponderação com outros princípios eventualmente envolvidos.

Exsurge daí a crescente importância dos precedentes judiciais no Brasil, com a inauguração ou revisitação de institutos como a súmula vinculante, julgamento de recursos representativos de controvérsias repetitivas, avanço do controle concentrado de constitucionalidade, entre outros.

Essa tendência satisfaz inúmeras exigências do neoconstitucionalismo. O respeito aos precedentes valoriza a isonomia entre os jurisdicionados, provendo soluções semelhantes aos que se encontram na mesma situação; favorece a segurança jurídica, possibilitando a previsibilidade da permanência dos efeitos de atos praticados no passado; consagra a legitimidade da atividade jurisdicional que se reveste de racionalidade, reduzindo os riscos sociais acerca da permanência de um entendimento jurisprudencial. Na prática, observa-se uma aproximação do nosso sistema codificado-continental da *civil law* ao sistema da *common law*, onde as cortes se vinculam a decisões dos tribunais hierarquicamente superiores.

## 3. O papel institucional do STF na interpretação jurídica.

No item anterior, concluiu-se que a atividade hermenêutica produz a norma jurídica, ao revelar o verdadeiro significado do enunciado normativo. É nesse sentido que a jurisprudência é, reconhecidamente, fonte do direito – notadamente do direito constitucional, cujo conteúdo final é definido pelo STF, em cumprimento ao papel institucional de guardião da Constituição, atribuído pela própria carta política. Citando inúmeros casos em que a jurisprudência do STF criou o direito constitucional, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO conclui categoricamente: “Mais não se precisa dizer para comprovar que verdadeiro legislador não é quem faz as leis, mas quem dá a palavra final sobre o sentido e o alcance das suas disposições”<sup>8</sup>.

No ordenamento brasileiro, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal o papel de dar a palavra final em hermenêutica constitucional (art. 102 da Constituição).

<sup>6</sup> BONIZZATO, Luigi, REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *Direito Constitucional: Questões Clássicas, Contemporâneas e Críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 145.

<sup>7</sup> Idem, p. 146.

<sup>8</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2009. p. 27.

A importância dos precedentes do STF decorre não só do controle abstrato de constitucionalidade, o qual, sabidamente, possui efeitos *erga omnes* e vinculantes no Brasil, atingindo todos os destinatários e aplicadores da lei. Há votos pontuais de Ministros do STF<sup>9</sup> que atribuem tais efeitos também a decisões do plenário em controle concreto, com respaldo na polêmica tese da desnecessidade de Resolução do Senado Federal. Segundo GILMAR FERREIRA MENDES<sup>10</sup>, sendo a lei inconstitucional nula de pleno direito, o ato de suspensão pelo Senado teria mera função de conferir publicidade à decisão, a qual já possuiria eficácia geral. É que o art. 52, X, da Constituição teria sofrido uma mutação constitucional nos últimos anos, decorrente da própria redefinição do papel institucional do STF, com o avanço histórico do controle abstrato sobre o difuso. A discussão denota a crescente importância dos precedentes judiciais, mesmo em países integrantes do sistema da *civil law*.

Tal papel institucional, contudo, não pode se afastar das exigências constitucionais da segurança jurídica, considerando a unidade da Constituição. Exsurge daí a necessidade de se observar os imperativos da vertente dinâmica do princípio, concebidos por HUMBERTO ÁVILA, e já destacados no início deste trabalho: a calculabilidade – entendida como previsão dos efeitos futuros de ato praticado hoje –, bem como a confiabilidade do ordenamento – manutenção de efeitos atuais de ato passado.

Ora, se o STF modifica seu entendimento acerca da interpretação do enunciado normativo, tal atividade pode significar a introdução de nova norma jurídica no ordenamento brasileiro. A nova norma, certamente, deverá ser observada pelos seus destinatários nos atos a serem praticados no futuro. Contudo, como ficam os atos passados, realizados sob a égide da interpretação anterior? O contribuinte que agiu confiando na vigência da norma anterior e posteriormente é surpreendido com a superveniência de nova norma não pode sofrer a revisão do passado, sob pena de sacrifício da confiabilidade do ordenamento, conforme a concepção dinâmica da segurança. Esse é o principal fundamento da modulação temporal em mudança de jurisprudência do STF. A história daquela corte está repleta de exemplos, dos quais se destaca o recente julgamento que culminou com a edição do enunciado vinculante n° 8<sup>11</sup>.

Contudo, a segurança não se esgota na confiabilidade ensejada nos atos passados. A calculabilidade, de outro giro, ainda exige uma medida de previsibilidade de efeitos futuros dos atos praticados no presente. Por isso, a nova norma jurídica resultado da interpretação do STF pode produzir efeitos imediatos para que o destinatário passe, dali para frente, a se comportar conforme a nova orientação.

Essa conclusão é consequência direta da aplicação da legislação tributária, que, segundo o art. 105 do Código Tributário Nacional, aplica-se imediatamente aos

<sup>9</sup> Reclamação n° 4335, Rel. Min. Gilmar Ferreira Mendes.

<sup>10</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2009. p. 1133-1140.

<sup>11</sup> Súmula vinculante n° 8: “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5° do Decreto-Lei n° 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”. No RE 560.626 (Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento 12/06/2008), o Tribunal modulou os efeitos da decisão, para considerar legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91 e não impugnados antes da data de conclusão do julgamento.

fatos geradores futuros, desde que respeitada a anterioridade (art. 150, III, alíneas “b” e “c”, da Constituição). Consequentemente, diz o art. 144 do CTN, o fato gerador é regido pela lei vigente na data de sua ocorrência, ainda que posteriormente modificada. A lógica deflui diretamente do princípio da irretroatividade da lei que, em matéria tributária sim, encontra expresso respaldo na Constituição (art. 150, III, “a”), não sendo necessário extraí-la da cognoscibilidade exigida pelo princípio geral da segurança.

Agregue-se, ainda, que o CTN estabeleceu um sistema de tutela da confiança do contribuinte, exigindo que modificações introduzidas nos critérios jurídicos adotados pela Fazenda no lançamento produzam efeitos meramente pro-futuro, na forma do art. 146. Essa disciplina reconhece que a norma tributária reside no critério efetivamente aplicado ao sujeito passivo em concreto, não se satisfazendo a segurança com uma mera previsão textual prévia. Somente após a interpretação e aplicação do enunciado normativo ao mundo dos fatos, extraindo-se daí uma norma jurídica que regerá situações semelhantes, é que se pode satisfazer a primeira exigência estática da segurança jurídica: a cognoscibilidade do ordenamento pelo seu destinatário.

#### 4. Força normativa dos precedentes judiciais. A norma jurídica extraída do caso concreto. Mutação constitucional.

A fim de identificar a influência da jurisprudência sobre a produção da norma jurídica, cabe aqui uma digressão acerca do estudo dos precedentes judiciais. A doutrina da *common law* costuma dissecar o julgamento em fases lógicas, a fim de identificar o conteúdo da decisão que pode ser estendida a casos semelhantes. São elas: dispositivo, *holding*, *rationale* e *obiter dictum*<sup>12</sup>. O dispositivo é a última etapa do *decisum*, constituindo uma conclusão específica sobre o caso subjetivo. Não se confunde com o *holding* – regra enunciada a partir do julgado e aplicável a demandas futuras. Por exemplo, considere-se um acórdão cujo dispositivo anule um benefício fiscal de ICMS concedido por um Estado sem a prévia aprovação pelo Conselho Nacional Fazendário, e que condene o contribuinte a pagar o crédito respectivo. Pode-se daí extrair uma regra geral: os benefícios fiscais dados nessas condições são nulos e ensejam o pagamento do tributo.

O *holding*, pois, constitui a norma extraída do caso concreto e que vincula os tribunais. Não se confunde, por sua vez, com a *rationale*, que é a razão para adotar a norma que decide a lide, identificada por meio da fundamentação do julgado. Nela residem os motivos determinantes, que passam inclusive pelas peculiaridades do caso, e que por isso é elemento fundamental para definir o próprio alcance do *holding*. Assim, para se conhecer a norma extraída do caso concreto e extensível a casos semelhantes, é fundamental ter-se em vista a fundamentação mínima do julgado. Nesse esteio, é importante diferenciar a *rationale* do *obiter dictum*, o qual constitui qualquer manifestação marginal do tribunal não necessária à solução do caso.

<sup>12</sup> MELLO, Patrícia Perrone Campos. *A Ascensão Normativa e Institucional da Jurisprudência – Operando com Súmulas e Precedentes Vinculantes*. In *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: 2007. p. 672-675.

A distinção desses elementos – dispositivo, *holding*, *rationale* e *obiter dictum* –, é bastante útil para se visualizar como a solução judicial dada a uma lide produz não só uma norma jurídica individualizada que terá “força de lei para o caso concreto” (art. 468 do CPC), mas também uma norma jurídica logicamente anterior, aplicável a casos semelhantes, que não se confunde com o mero enunciado normativo. Dessa forma, é possível vislumbrar, sob a égide do mesmo enunciado normativo, a sucessão de diversas normas jurídicas ao longo do tempo.

A atividade hermenêutica do texto legal pressupõe que o direito positivo se liberte da vontade subjetiva de seu criador histórico e passe a ter uma existência própria, cujo conteúdo será determinado por meio de um processo dialético travado por toda a sociedade. Nesse esteio, o conteúdo da norma jurídica sofrerá influências da interpretação dada pelo Estado, por meio de todos seus poderes. Seja pelo Executivo, em sua atividade precípua de aplicação *ex officio* da lei; pelo Legislativo, na produção de outros textos legais que levem a uma interpretação sistemática daquele primeiro enunciado; e ainda pelo Judiciário, a quem incumbe dar a palavra final. Esse processo passa também pela atividade científica da doutrina jurídica e pelos anseios da sociedade, manifestados pela opinião pública e por práticas reiteradas.

Esse fenômeno não é estranho ao direito constitucional, em muito se assemelhando ao da mutação informal da constituição. Já há muito se admite que o texto da constituição sofra uma evolução na interpretação de seu sentido de modo que, sob a vigência do mesmo enunciado, haja mais de uma disciplina. LUIS ROBERTO BARROSO enumera três formas. Primeiro, pela via da interpretação do Judiciário e Executivo, quando a mudança decorre de uma nova percepção acerca do *direito* ou da *realidade*. Vejamos um exemplo de cada um.

Um novo entendimento de direito ocorreu quanto ao nepotismo no Judiciário<sup>13</sup>. Sob a égide da mesma Constituição, vimos a evolução do sentido da moralidade administrativa, que passou a vedar essa prática por meio de uma nova concepção acerca desse princípio.

Ainda, é possível que a mudança da realidade torne um ato inconstitucional, fenômeno conhecido como inconstitucionalidade progressiva. Foi o que o STF decidiu quanto à titularidade do Ministério Público para a ação civil *ex delicto*, instituto que estaria em trânsito para inconstitucionalidade, à medida que as defensorias públicas de cada Estado se estruturassem para assumir essa legitimidade<sup>14</sup>.

Em segundo, o autor destaca a atuação do Legislativo, pela correção legislativa da jurisprudência. Em terceiro, haveria os costumes constitucionais, decorrentes de

<sup>13</sup> Súmula Vinculante nº 13 do STF: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”. Muito embora não houvesse lei em sentido formal proibindo a prática, o STF extraiu a vedação diretamente da Constituição, concretizando um novo sentido ao princípio constitucional da moralidade administrativa.

<sup>14</sup> RE 135328 / SP, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 29/06/1994.

práticas reiteradas da sociedade. Exemplo disso foi a quebra de sigilos por Comissão Parlamentar de Inquérito, procedimento que acabou sendo encampado pelo STF.

Nesse sentido, é possível afirmar que, por exemplo, o conteúdo do próprio princípio da segurança jurídica, tantas vezes aqui mencionado, venha sendo modificado ao longo dos anos, por meio da evolução que os tribunais, doutrina e legislação infraconstitucional venham lhe conferindo. Na ocasião da Assembleia Constituinte de 1988, o país possuía uma determinada concepção acerca desse princípio que, muito provavelmente, não seja mais a mesma atualmente. É natural que a sociedade venha apresentando novas soluções conforme a História traga novos desafios.

*Mutatis mutandis*, é o que se verifica também no texto infraconstitucional. É possível que um dado enunciado normativo, promulgado e publicado há muito tempo, sofra evolução de sentido ao longo dos anos, por qualquer das razões exemplificadas acima. Obviamente, a integração de novo sentido ao texto, originando nova norma jurídica, seja por uma evolução da concepção do direito – pelas práticas da sociedade, atividade científica da doutrina, ou pela jurisprudência –, seja pela mudança da própria realidade<sup>15</sup>, enfim, só poderia possuir efeitos prospectivos. Não só porque a segurança jurídica exige a prévia cognoscibilidade do conteúdo da norma para que seus destinatários possam se comportar de acordo com a mesma, mas também porque os fatores causadores da modificação do sentido só ocorreram posteriormente. Afinal, seria incoerente atribuir efeitos retroativos ao novo sentido, se este é oriundo de uma nova realidade ou de uma nova concepção do direito que não existia no passado. Seguindo o exemplo dado acima, extraído da jurisprudência do STF, acerca da inconstitucionalidade progressiva da titularidade do Ministério Público sobre a ação civil *ex delicto*, seria absurdo pressupor que, no dia em que houver a esperada mudança da realidade nas defensorias públicas dos Estados brasileiros, todas as ações ajuizadas pelo Ministério Público anteriormente sejam extintas por ilegitimidade.

Em suma, admitir a retroação do novo sentido à data da mera confecção do texto legal possui o mesmo efeito da retroação de um novo texto legal. Isso porque, como visto, a norma jurídica, que interessa aos seus destinatários, não se confunde com o mero enunciado normativo contido nas expressões gramaticais do texto. Pela mesma razão, a nova interpretação dada ao texto deve produzir efeitos imediatos, pois equivale à edição de uma nova norma, ainda que o entendimento anterior esteja amparado por uma coisa julgada.

## 5. A alteração jurisprudencial face à garantia da coisa julgada.

Nesse ponto, soblevam situações em que o indivíduo detenha decisão judicial transitada em julgado em sentido contrário à interpretação conferida pelo

<sup>15</sup> GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: 2005. p. 28: “A norma é produzida pelo intérprete não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, iato é, a partir de elementos da realidade (mundo do ser). Interpreta-se também o *caso*, necessariamente, além dos *textos* e da realidade — no momento histórico no qual se opera a interpretação — em cujo contexto serão eles aplicados”.

STF. Imagine-se que a garantia individual da coisa julgada contraste, aparentemente, com uma nova interpretação dada pelo STF. Nesse cenário, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/CRJ/nº 492/2011<sup>16</sup>, conclui que a nova decisão altera a questão jurídica da lide já resolvida, cessando os efeitos da coisa julgada individual. Para tanto, o Parecer atribui peso aos precedentes do STF emitidos não só em sede de controle concentrado, mas também em controle difuso, desde que sigam a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), ou sejam consolidados em inúmeros julgados oriundos do Plenário.

Contudo, segundo a concepção tradicional, a garantia individual da coisa julgada, ao cristalizar o princípio da segurança, teria sido eleita pelo ordenamento em detrimento da justiça<sup>17</sup>. Por essa razão, a coisa julgada prevaleceria sobre o novo entendimento, muito embora gere grande descompasso entre a tutela individual e a situação da generalidade dos demais destinatários da norma que se encontram na mesma situação. Tal perplexidade seria curial em sistemas afinados com o liberalismo político, em que o interesse individual pode se sobrepor ao coletivo. É que a Constituição já teria realizado uma ponderação entre a segurança advinda da coisa julgada e o risco de eventuais injustiças. Esse argumento é, inclusive, utilizado para combater toda forma de relativização da coisa julgada<sup>18</sup>.

Dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade não teria o condão de anular a coisa julgada automaticamente<sup>19</sup>, como faz com a lei em si, que é expurgada do ordenamento. Seria necessário o ajuizamento de ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), a fim de prevalecer o entendimento firmado sobre a constitucionalidade de lei que embasou a coisa julgada, ainda que o dispositivo legal fosse de controversa interpretação pelos tribunais.

Nesse esteio, o STF afastou o óbice do enunciado nº 343 da súmula de sua jurisprudência, posto que a rescisão do julgado melhor realizaria o princípio da

<sup>16</sup> Publicado no Diário Oficial da União de 26/05/2011, Seção 1, pag. 22.

<sup>17</sup> Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Volume 2 – Processo de Conhecimento*. São Paulo: 2007. p. 668.

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Segurança dos Atos Jurisdicionais*. In: *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Organizadores: Ricardo Lobo Torres, Eduardo Takemi Kataoka e Flavio Galdino. Rio de Janeiro: 2011. p. 1239-1243.

<sup>19</sup> Essa também é a conclusão de Leonardo Greco, que criticou o Parecer 492 da PGFN. Segundo o autor, a declaração em controle abstrato de constitucionalidade não desconstitui a declaração transitada em julgado em processo individual, pois ambas as ações possuiriam objetos distintos. A garantia individual da coisa julgada não poderia ser sacrificada em nome da supremacia da Constituição, porque o controle de constitucionalidade serve aos direitos fundamentais – em especial, à segurança individual –, sendo certo que a supremacia da Constituição, no caso, serviria a meros interesses patrimoniais. Ainda, não haveria ofensa à isonomia, pois o titular da coisa julgada está em situação diversa da generalidade dos contribuintes. Por fim, asseverando que somente a lei poderia criar direito novo em matéria tributária, em respeito à legalidade estrita, o autor conclui que a declaração de constitucionalidade em nada inova no ordenamento. Contudo, o autor não enfrenta a questão tratada no presente trabalho, acerca da mutação constitucional em suas diversas formas. GRECO, Leonardo. *A Declaração de Constitucionalidade da Lei pelo STF em Controle Concentrado e a Coisa Julgada Anterior – Análise do Parecer 492 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. In *Revista Eletrônica de Direito Processual Volume IX*. p. 411-457.

isonomia<sup>20</sup>. Prevaleceu, afinal, o cabimento de 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. A tese também foi encampada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>21</sup>.

Em suma, a declaração de inconstitucionalidade pelo STF da lei que embasou a coisa julgada não nulifica automaticamente esta última, mas pode embasar o ajuizamento de ação rescisória.

Por outro lado, há quem sustente, em sintonia com a mencionada posição da PGFN, que a garantia da coisa julgada não seria absoluta, podendo ser ponderada com outros princípios, como o da isonomia no tratamento dos jurisdicionados que estão na mesma situação, bem como o da justiça, consubstanciada no respeito ao princípio que foi vilipendiado pela lei declarada inconstitucional.

De fato, a *ambivalência* da *sociedade de riscos* denuncia que todo benefício concedido a um indivíduo ressoa em um malefício aos demais<sup>22</sup>. Se a coisa julgada reconhece ao sujeito o direito de pagar menos tributo, por exemplo, há efeitos diretos e indiretos na coletividade. Primeiramente, o privilégio prejudica a concorrência daqueles que atuam no mesmo mercado, na medida em que reduz os custos de quem obteve a coisa julgada em seu favor. Em segundo lugar, a perda da arrecadação reduz os recursos a serem vertidos para o funcionamento do Estado e distribuição de direitos, ou é, em última análise, compensada com os recursos extraídos do restante da sociedade. Por isso, é tão fundamental a harmonização do tratamento entre os contribuintes.

Entretanto, a tese defendida no presente trabalho não segue nenhum desses dois caminhos. Realmente, os argumentos da primeira corrente são muito convincentes, sob pena de esvaziamento do âmbito de proteção da coisa julgada. Contudo, tal entendimento deve ser ponderado à luz do fenômeno da mutação constitucional.

Muito embora a decisão do STF não tenha o condão de desconstituir automaticamente a coisa julgada, é possível imaginar a perfeita convivência entre ambas as decisões, cada uma com uma eficácia temporal distinta. A sentença individual regeria as situações ocorridas até a data do novo pronunciamento do STF. A partir daí, a interpretação firmada pelo guardião da Constituição atribuiria novo sentido ao texto normativo, redefinindo a norma jurídica anteriormente fixada no caso concreto. A essa altura, a interpretação dada pelo STF, ao inovar na ordem jurídica, equivaleria à edição de uma nova lei. E, havendo novo fundamento jurídico, a coisa julgada já não mais produz efeitos a partir daí, posto que proferida nos limites da lide proposta, à qual possuía outra causa de pedir.

<sup>20</sup> Nesse sentido: RE 328812 ED/AM, rel. Min. Gilmar Mendes, DJU 06.03.2008. Entendeu-se que, muito embora a rescisão de uma sentença represente fator de instabilidade, por outro lado não se pode negar que a aplicação assimétrica de uma decisão do Supremo em matéria constitucional produza instabilidade maior, já que representa uma violação a um referencial normativo de sustentação de todo o sistema, o que não seria equiparável a uma aplicação divergente da legislação infraconstitucional. Caso contrário, o papel do Supremo de intérprete final da Constituição restaria enfraquecido pelas instâncias ordinárias.

<sup>21</sup> EDCL na AR 1058/PB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 06.03.2006.

<sup>22</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. p. 229.

Essa conclusão não é inteiramente contrária àquela primeira corrente, dos que defendem a permanência da coisa julgada. Há que se reconhecer que nem sempre a reviravolta jurisprudencial decorra de mera instabilidade dos tribunais. É possível que a modificação da jurisprudência seja acompanhada de uma revolução doutrinária e intenso debate social, ou até mesmo de alguma modificação no mundo dos fatos, constituindo tamanha mutação do sentido do texto legal que equivalha à edição de uma nova norma. Em casos como esse, seria imperiosa a convivência da coisa julgada, regendo os efeitos passados, e o novo entendimento jurisprudencial, dali para frente. Isso porque tal fenômeno, por inaugurar uma nova ordem legal, em nada se distanciaria da produção de um novo texto pelo Legislativo.

Dessa forma, a coisa julgada não seria desconstituída pela nova interpretação, por meio de ação rescisória ou de instrumentos consagrados pela doutrina da relativização da coisa julgada. A nova interpretação possuiria efeitos meramente prospectivos, preservando-se a decisão judicial anterior, em respeito à garantia individual, e ao mesmo tempo reconhecendo a limitação objetiva da coisa julgada, que prevalece enquanto a situação fática e jurídica for a mesma. Nesse sentido, a mudança de interpretação, ao introduzir outra norma jurídica, inaugura nova ordem que supera a situação anterior. E, em razão da cláusula *rebus sic stantibus*, a coisa julgada simplesmente não produziria mais efeitos diante da nova configuração.

## 6. Coisa julgada nas relações continuativas.

Um dos efeitos da coisa julgada, por atribuir a qualidade de imutabilidade da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial, é o preclusivo. Reputam-se deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor, na forma do art. 474 do Código de Processo Civil. A coisa julgada torna imutável aquilo que foi deduzido ou que poderia ter sido deduzido pela parte no processo. Sobrevindo nova situação de fato ou de direito, a eficácia preclusiva da coisa julgada não tem o condão de alcançá-la.

Com efeito, não é mais possível rediscutir uma questão de direito atinente àquela decisão, com a finalidade de modificá-la. Ainda que haja uma notável reviravolta jurisprudencial no país, a garantia individual, extraída do núcleo da segurança jurídica, impediria, a princípio, a revisão do *decisum*. Obviamente, tal garantia não é absoluta, podendo ceder aos casos previstos pelo próprio ordenamento, que disciplina o direito de modo a conformá-lo com outros interesses em jogo. É o caso da ação rescisória e de instrumentos de relativização, tais como os embargos à execução fundados na inconstitucionalidade da lei que embasou a decisão (art. 741, § único, do CPC).

Contudo, isso não significa que o indivíduo tenha garantida a eternização de uma situação jurídica quanto aos fatos futuros. É da própria natureza da coisa julgada, extraída de um processo limitado pelos seus elementos identificadores da ação, que a decisão esteja cingida aos limites da lide, consoante o art. 468 do CPC. Em particular, o elemento que nos interessa é a causa de pedir, composta pelo fundamento jurídico e fático trazido a juízo.

Nesse bojo, encontra-se a questão de direito. Esta não se confunde com o texto legal suscitado pela parte autora, conforme bem destaca LEONARDO GRECO<sup>23</sup>, mas diz respeito à qualificação jurídica conferida pelo interessado. Se o autor da demanda, diz o doutrinador, a partir da narrativa dos fatos da petição inicial, atribui à situação descrita a qualificação jurídica de aluguel – pouco importando se suscita o Código Civil, ou a lei do inquilinato –, não poderá posteriormente alegar comodato, pois esta qualificação importaria nova causa de pedir. Ora, como se vê, a lide, por ser um processo subjetivo, está delimitada por uma questão jurídica, da qual será extraída uma norma para o caso concreto, aplicável a situações semelhantes.

Destarte, se a coisa julgada é delimitada pela norma jurídica criada a partir da resolução do caso concreto, é evidente que a superveniência de uma nova regra está livre dos efeitos da coisa julgada. Não porque a relativize ou a rescinda, mas porque com ela não guarda qualquer relação lógica.

Como cediço, a garantia da coisa julgada não blindo o indivíduo contra alterações legislativas futuras, mas apenas impede que a lei nova prejudique os efeitos passados da coisa julgada, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição. Na verdade, toda sentença contém em si a cláusula *rebus sic stantibus*, adaptando-se ao estado de fato e de direito supervenientes.

Nesse sentido, as relações jurídicas continuativas – também conhecidas como determinativas ou dispositivas –, possuem disciplina própria no art. 471 do CPC. São relações que se projetam no tempo, normalmente envolvendo prestações periódicas, como é o caso das relações tributárias. Nesses casos, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, admite-se a prolação de nova decisão, diferente do que já fora decidido. Para tanto, basta a propositura de uma nova ação, com nova causa de pedir.

Dessa forma, a mudança da lei permite o ajuizamento de uma nova demanda, pautada em direito novo.

Essa é a *ratio* do Enunciado nº 239 da Súmula de Jurisprudência do STF, segundo o qual a decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faria coisa julgada em relação aos posteriores. A redação é bastante criticável, mas o que se tem em mente é o caráter *rebus sic stantibus* da decisão, em especial por tratar de relação tributária, insitamente continuativa.

Nesse diapasão, a doutrina e a jurisprudência pátrias já há algum tempo vêm reconhecendo, sem maiores controvérsias, que a decisão transitada em julgado sob a égide de uma dada ordem normativa perde seus efeitos vinculantes, para o futuro, com o advento de uma nova legislação<sup>24</sup>.

Pela mesma razão, considerando que o significado das normas constitucionais depende da interpretação final conferida pelo STF, uma profunda reviravolta jurisprudencial naquela corte pode produzir o mesmo efeito. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já há precedentes importantes considerando que a jurisprudência do STF em controle concentrado é apta a fazer cessar a eficácia das decisões

<sup>23</sup> GRECO, Leonardo, *A Teoria da Ação no Processo Civil*. São Paulo: 2003, p. 49-53.

<sup>24</sup> STJ, MS n. 11045, Corte Especial, Relator Min. Teori Albino Zavascki, DJE 25/02/2010.

tributárias transitadas em julgado que lhes são contrárias<sup>25</sup>. É preciso, portanto, avaliar a possibilidade de extensão desse tratamento a decisões que não sejam dotadas de eficácia geral e vinculante.

### 7. A garantia individual da coisa julgada face à mutação constitucional.

Não se pode perder de vista que a garantia da coisa julgada destina-se à segurança individual, pacificando uma controvérsia jurídica, ainda que em sacrifício da justiça. Ocorre que, sabe-se de antemão que tais efeitos não serão perpétuos, podendo ceder em face de uma nova legislação – e, pelo mesmo motivo, também frente a eventuais mutações de sentido do enunciado normativo. Seria, pois, exagerado conferir à coisa julgada uma proteção contra futuras mutações constitucionais, por quaisquer meios, em especial pela via da interpretação jurisprudencial – cuja palavra final, no Brasil, é atribuída ao STF. Nesse sentido, *sequer há segurança individual a ser tutelada*, se a nova norma jurídica extraída do precedente inova no ordenamento.

Na seara infraconstitucional, por sua vez, o sentido dos enunciados normativos federais é harmonizado pelo STJ. Uma genuína virada jurisprudencial naquela corte pode representar uma mutação do sentido do texto legal, inovando no ordenamento com uma nova norma. Da mesma forma, a coisa julgada perde seus efeitos para reger as relações firmadas dali para frente.

Veja-se que identificar uma mutação de sentido do texto que implique em inovação no ordenamento não serve apenas para reduzir o âmbito de proteção da garantia individual da coisa julgada. Na verdade, toda *conformação* de direito fundamental, por identificar seu verdadeiro conteúdo, chega também a conclusões favoráveis ao indivíduo<sup>26</sup>.

Nesse sentido, reconhecer que uma mutação constitucional altera o sentido do texto e produz nova norma jurídica leva a duas conclusões. Uma menos protetiva – a cessação dos efeitos da coisa julgada, prolatada em caráter *rebus sic stantibus* – e outra mais protetiva – a impossibilidade de rescisão do julgado, mantendo-se o passado regido pelo entendimento anteriormente firmado no processo subjetivo. Nesse segundo caso, admitir que a mutação inova na ordem jurídica justifica a modulação dos efeitos temporais do novo entendimento, privilegiando a segurança individual do titular da coisa julgada.

Lembre-se que, conforme já ressaltado, nem toda mudança de entendimento jurisprudencial significa mutação do conteúdo da norma jurídica. Caso contrário, a insegurança dos jurisdicionados seria grande, considerando a subjetividade da atividade hermenêutica e a instabilidade dos tribunais brasileiros. Na realidade, como a mutação decorreria apenas de uma verdadeira revolução do sentido do enunciado, é necessário fixar alguns parâmetros objetivos.

<sup>25</sup> RESP n. 1103584, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 10/09/2010.

<sup>26</sup> Sobre a diferença entre conformação e restrição de direitos individuais, confira-se: MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: 2009. p. 330-335. O autor esclarece que o ponto nodal do estudo dos direitos fundamentais reside na determinação do âmbito de proteção, diferenciando conformação e restrição. Conformar o direito significa identificar seu verdadeiro conteúdo, na forma da teoria interna, segundo a qual os direitos fundamentais seriam posições jurídicas definitivas.

Intuitivamente, uma posição jurisprudencial somente toma contornos definitivos quando emanada do plenário do tribunal em julgamentos dos quais não caiba mais recurso e que sejam dotados de algum efeito transcendente ao processo – não só em sede de controle abstrato, mas também pela sistemática de julgamento de recursos representativos de controvérsias repetitivas.

Em casos tais, há maior legitimidade da decisão, decorrente da própria sistemática de julgamento, que permite a participação de terceiros interessados. Os *amici curia*, por exemplo, reduzem o prejuízo à ampla defesa, decorrente do fato de que a generalidade das pessoas não faz parte do processo subjetivo que está sendo julgado, muito embora venham a sofrer algum efeito da decisão a ser tomada. Ainda, esses julgamentos são objeto de maior controle social, o qual impõe maior rigor técnico na fundamentação e conclusão. Assim, a legitimidade da decisão pode ser testada pela teoria da argumentação, que impõe aos julgadores forte ônus argumentativo<sup>27</sup>.

Por isso, é salutar a conclusão do mencionado Parecer PGFN/CRJ/nº 492/2011, segundo a qual as decisões prolatadas em controle abstrato de constitucionalidade e em recursos repetitivos possuem o condão de cessar os efeitos da coisa julgada individual. Não se concorda, contudo, com a política de ajuizamento de ação rescisória ali firmada. Isso porque, muito embora a rescisão seja cabível, consoante a atual jurisprudência do STF já mencionada acima, o mérito da ação não mereceria acolhimento, na medida em que a nova ordem jurídica não poderia retroagir para desconstituir o entendimento anteriormente fixado no processo subjetivo.

Com efeito, é *contraditória com a própria conduta* a atitude da Fazenda Nacional que aplica imediatamente o novo precedente sem a prévia rescisão do julgado, por entender que o mesmo inova na ordem jurídica, e, ao mesmo tempo, ajuíza ação rescisória para desconstituir os efeitos passados. Se o novo entendimento equivale a uma nova norma, dispensando-se a rescisão para o futuro, pelo mesmo motivo não há possibilidade de acolhimento do pedido de rescisão para o passado. Não por conta da vedação imposta pela Súmula nº 343 do STF, mas sim porque o novo precedente inova na ordem jurídica.

### 8. Conclusão.

1. A interpretação da lei ganha nova relevância no pós-positivismo, com a abertura do texto e a constitucionalização do direito. Há muito já se superou o dogma de que a aplicação do direito seria mera atividade mecânica de revelação de um conteúdo pré-existente. Reconhece-se, pois, a natureza criativa da atividade hermenêutica.

2. Compreende-se a norma como resultado, e não objeto, da interpretação. A norma não se confunde com o texto que a veicula – o enunciado normativo. O texto concebido pelo legislador em abstrato não se confunde com a norma jurídica que rege uma situação concreta no mundo dos fatos e que pode ser aplicada a situações semelhantes.

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: 2008. p. 362-369.

3. Exsurge daí a crescente importância dos precedentes judiciais no Brasil, com a inauguração ou revisitação de institutos como a súmula vinculante, julgamento de recursos representativos de controvérsias repetitivas, avanço do controle concentrado de constitucionalidade, entre outros. Na prática, observa-se uma aproximação do nosso sistema codificado-continental da *civil law* ao sistema da *common law*, onde as cortes se vinculam a decisões dos tribunais hierarquicamente superiores.

4. No ordenamento brasileiro, atribui-se ao Supremo Tribunal Federal o papel de dar a palavra final em hermenêutica constitucional (art. 102 da Constituição). Tal papel institucional, contudo, não pode se afastar das exigências constitucionais da segurança jurídica, considerando a unidade da Constituição. Daí a necessidade de se observar os imperativos da vertente dinâmica do princípio, concebidos por HUMBERTO ÁVILA, e já destacados no início deste trabalho: a calculabilidade – entendida como previsão dos efeitos futuros de ato praticado hoje –, bem como a confiabilidade do ordenamento – manutenção de efeitos atuais de ato passado. Por isso, a nova norma jurídica resultado da interpretação do STF pode produzir efeitos imediatos para que o destinatário passe, dali para frente, a se comportar conforme a nova orientação.

5. Essa conclusão é consequência direta da aplicação da legislação tributária, que, segundo os artigos 105 e 144 do Código Tributário Nacional, aplica-se imediatamente aos fatos geradores futuros, em respeito ao princípio da irretroatividade da lei que, em matéria tributária sim, encontra expresso respaldo na Constituição (art. 150, III, a). Agregue-se, ainda, que o CTN estabeleceu um sistema de tutela da confiança do contribuinte, exigindo que modificações introduzidas nos critérios jurídicos adotados pela Fazenda no lançamento produzam efeitos meramente pro-futuro, na forma do art. 146. Essa disciplina reconhece que a norma tributária reside no critério efetivamente aplicado ao sujeito passivo em concreto, não se satisfazendo a segurança com uma mera previsão textual prévia.

6. A doutrina da *common law* costuma dissecar o julgamento em fases lógicas, a fim de identificar o conteúdo da decisão que pode ser estendida a casos semelhantes. São elas: *dispositivo*, *holding*, *rationale* e *obiter dictum*. Tais elementos são úteis para se visualizar como a solução judicial dada a uma lide produz não só uma norma jurídica individualizada que terá “força de lei para o caso concreto” (art. 468 do CPC), mas também uma norma jurídica logicamente anterior, aplicável a casos semelhantes, que não se confunde com o mero enunciado normativo. Nesse sentido, o *holding* é a regra enunciada a partir do julgado e aplicável a demandas futuras. Dessa forma, é possível vislumbrar, sob a égide do mesmo enunciado normativo, a sucessão de diversas normas jurídicas ao longo do tempo.

7. Já há muito se admite que o texto da constituição sofra uma evolução na interpretação de seu sentido de modo que, sob a vigência do mesmo enunciado, haja mais de uma disciplina. LUÍS ROBERTO BARROSO enumera três formas de mutação constitucional. Primeiro, pela via da interpretação do Judiciário e Executivo, quando a mudança decorre de uma nova percepção acerca do *direito* ou da *realidade*. Em segundo, pela atuação do Legislativo, pela correção legislativa da jurisprudência. Em terceiro, haveria os costumes constitucionais, decorrentes de práticas reiteradas da sociedade.

8. *Mutatis mutandis*, é o que se verifica também no texto infraconstitucional. É possível que um dado enunciado normativo, promulgado e publicado há muito tempo, sofra evolução de sentido ao longo dos anos. Obviamente, a integração de novo sentido ao texto, originando nova norma jurídica, seja por uma evolução da concepção do direito – pelas práticas da sociedade, atividade científica da doutrina, ou pela jurisprudência –, seja pela mudança da própria realidade, enfim, só poderia possuir efeitos prospectivos. Não só porque a segurança jurídica exige a prévia cognoscibilidade do conteúdo da norma para que seus destinatários possam se comportar de acordo com a mesma, mas também porque os fatores causadores da modificação do sentido só ocorreram posteriormente.

9. Em suma, admitir a retroação do novo sentido à data da mera confecção do texto legal possui o mesmo efeito da retroação de um novo texto legal. Isso porque, como visto, a norma jurídica, que interessa aos seus destinatários, não se confunde com o mero enunciado normativo contido nas expressões gramaticais do texto. Pela mesma razão, a nova interpretação dada ao texto deve produzir efeitos imediatos, pois equivale à edição de uma nova norma, ainda que o entendimento anterior esteja amparado por uma coisa julgada.

10. Nesse ponto, sob relevam situações em que o indivíduo detenha decisão judicial transitada em julgado em sentido contrário à interpretação conferida pelo STF. Nesse cenário, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por meio do Parecer PGFN/CRJ/nº 492/2011, conclui que a nova decisão altera a questão jurídica da lide já resolvida, cessando os efeitos da coisa julgada individual. Para tanto, o Parecer atribui peso aos precedentes do STF emitidos não só em sede de controle concentrado, mas também em controle difuso, desde que sigam a sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), ou sejam consolidados em inúmeros julgados oriundos do Plenário.

11. Contudo, segundo a concepção tradicional, a garantia individual da coisa julgada, ao cristalizar o princípio da segurança, teria sido eleita pelo ordenamento em detrimento da justiça. Por outro lado, há quem sustente, em sintonia com a mencionada posição da PGFN, que a garantia da coisa julgada não seria absoluta, podendo ser ponderada com outros princípios, como o da isonomia no tratamento dos jurisdicionados que estão na mesma situação, bem como o da justiça, consubstanciada no respeito ao princípio que foi vilipendiado pela lei declarada inconstitucional. Entretanto, a tese defendida no presente trabalho não segue nenhum desses dois caminhos, mas busca identificar os casos em que a mutação constitucional pela via da interpretação jurisprudencial pelo STF introduz nova norma jurídica.

12. Com efeito, muito embora a decisão do STF não tenha o condão de desconstituir automaticamente a coisa julgada, é possível imaginar a perfeita convivência entre ambas as decisões, cada uma com uma eficácia temporal distinta. A sentença individual regeria as situações ocorridas até a data do novo pronunciamento do STF. A partir daí, a interpretação firmada pelo guardião da Constituição atribuiria novo sentido ao texto normativo, redefinindo a norma jurídica anteriormente fixada no caso concreto. A essa altura, a interpretação dada pelo STF, ao inovar na ordem

jurídica, equivaleria à edição de uma nova lei. E, havendo novo fundamento jurídico, a coisa julgada já não mais produz efeitos a partir daí, posto que proferida nos limites da lide proposta, a qual possuía outra causa de pedir. E, considerando o caráter continuativo da relação tributária, em razão da cláusula *rebus sic stantibus*, a coisa julgada simplesmente não produziria mais efeitos quanto aos fatos geradores futuros, diante da nova configuração. Nesse sentido, *sequer há segurança individual a ser tutelada*, se a nova norma jurídica extraída do precedente inova no ordenamento.

13. Veja-se que toda *conformação* de direito fundamental, por identificar seu verdadeiro conteúdo, chega também a conclusões favoráveis ao indivíduo. Nesse sentido, reconhecer que uma mutação constitucional altera o sentido do texto e produz nova norma jurídica leva a duas conclusões. Uma menos protetiva – a cessação dos efeitos da coisa julgada, prolatada em caráter *rebus sic stantibus* – e outra mais protetiva – a impossibilidade de rescisão do julgado, mantendo-se o passado regido pelo entendimento anteriormente firmado no processo subjetivo. Nesse segundo caso, admitir que a mutação inova na ordem jurídica justifica a modulação dos efeitos temporais do novo entendimento, privilegiando a segurança individual do titular da coisa julgada.

14. Como a mutação decorreria apenas de uma verdadeira revolução do sentido do enunciado, é necessário fixar alguns parâmetros objetivos. Por isso, a mutação somente seria verificada em decisões emanadas do plenário do tribunal em julgamentos dos quais não caiba mais recurso e que sejam dotados de algum efeito transcendente ao processo – não só em sede de controle abstrato, mas também pela sistemática de julgamento de recursos representativos de controvérsias repetitivas. Em casos tais, há maior legitimidade da decisão, decorrente da própria sistemática de julgamento, que permite a participação de terceiros interessados. Ainda, esses julgamentos são objeto de maior controle social, o qual impõe maior rigor técnico na fundamentação e conclusão, pela teoria da argumentação.

15. Por isso, é salutar a conclusão do mencionado Parecer PGFN/CRJ/ nº 492/2011, segundo a qual as decisões prolatadas em controle abstrato de constitucionalidade e em recursos repetitivos possuem o condão de cessar os efeitos da coisa julgada individual. Não se concorda, contudo, com a política de ajuizamento de ação rescisória ali firmada. É

*contraditória com a própria conduta* a atitude da Fazenda Nacional que aplica imediatamente o novo precedente sem a prévia rescisão do julgado, por entender que o mesmo inova na ordem jurídica, e, ao mesmo tempo, ajuíza ação rescisória para desconstituir os efeitos passados. Se o novo entendimento equivale a uma nova norma, dispensando-se a rescisão para o futuro, pelo mesmo motivo não há possibilidade de acolhimento do pedido de rescisão para o passado.