

TEMA 69, MODULAÇÃO DE EFEITOS E AÇÃO RESCISÓRIA

*Rafael Pandolfo*¹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa a decisão do Tema 69 da Repercussão Geral, mormente no que concerne às repercussões da sua modulação de efeitos, exarada mais de quatro anos após o julgamento do mérito.

Um expressivo número de ações foi proposto pelos contribuintes imediatamente após o julgamento do *leading case*, em 15 de março de 2017. Algumas dessas ações transitaram em julgado antes da decisão tomada pelo STF, em 13 de maio de 2021, a qual, ao apreciar os embargos declaratórios opostos pela União, modulou os efeitos da decisão tomada pela Corte em 2017. Ocorre que a modulação utilizou como marco temporal a data do julgamento do mérito do Tema 69, e não a data de julgamento do pedido de modulação dos efeitos. Assim, regra geral, os contribuintes que ingressaram com suas ações após

1. *Doutor em Direito Tributário pela PUC-SP, Coordenador do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários no Rio Grande do Sul, Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público no RS, Professor Conferencista no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários.*

março de 2017 não puderam recuperar valores indevidamente recolhidos, relativos às competências anteriores a essa data.

Contra as ações ajuizadas pelos contribuintes após o julgamento do Tema 69, em 2017 e que transitaram em julgado no interregno de tempo que antecedeu a decisão sobre a modulação de efeitos – assegurando a recuperação dos valores pagos indevidamente nos cinco anos antecedentes à propositura da ação –, a Fazenda Nacional tem ajuizado ações rescisórias. O cabimento dessas ações será abordado pelo presente artigo.

2. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, VALIDADE E MODULAÇÃO

A incompatibilidade de uma norma com o ordenamento constitucional atinge a sua validade, identificada como sua existência perante um sistema com o qual deve guardar relação de pertinência. Sendo inválida, a norma não poderia e não deveria produzir efeitos.

Ocorre que a presunção é a constitucionalidade das normas, e não o contrário. Sendo assim, o reconhecimento de sua incompatibilidade com o sistema muitas vezes tem lugar quando seus efeitos – nascidos dos atos concretos de aplicação – correspondem a atos vivenciados pelo teatro da vida. Contratos firmados, custos estabelecidos, direitos nascidos e confiança na inalterabilidade do passado materializam um plexo de relações juridicamente tuteláveis. A preservação da segurança jurídica e a vedação ao enriquecimento ilícito constituem eixos fundamentais do Estado de Direito, assim como o controle de constitucionalidade.

Se a inconstitucionalidade é a doença a ser extirpada e a declaração de inconstitucionalidade, o remédio criado pelo ordenamento para esse desiderato, não se pode conceber que os efeitos da decisão de inconstitucionalidade tragam consequências mais danosas aos cidadãos que os decorrentes da própria norma inconstitucional.

No diálogo Fedro, Platão compara a linguagem a “*pharmakon*”, expressão grega utilizada para designar tanto o remédio quanto o veneno. A figura utilizada pelo filósofo é dotada de uma riqueza retórica interminável. No caso do controle de constitucionalidade, expulsar a norma questionada do sistema prescriptivo válido corresponde ao efeito depurador do sistema (remédio). Sua aplicação, por outro lado, não pode causar maiores prejuízos ao sistema do que a própria doença por ele extirpada, sob pena de transformá-lo em veneno. Nasce daí a necessidade de um instrumento calibrador (modulação), responsável pela mitigação dos efeitos colaterais causados ao ordenamento jurídico pela declaração de inconstitucionalidade. Assim, a modulação de efeitos é o instrumento que impede que, em determinados contextos, o remédio (declaração de inconstitucionalidade) se transforme em veneno.

A modulação em controle de constitucionalidade exige a inexorável intersecção entre semântica e pragmática. Isso ocorre porque, verificada a incompatibilidade da norma com a Carta Constitucional (inconstitucionalidade), o aplicador deverá percorrer o plano das relações já juridicizadas por ela, recolhendo dos significados e efeitos concretos os elementos que serão utilizados como fundamentos para a modulação.

A regra geral é que as decisões proferidas no controle de constitucionalidade retroajam à data em que a norma declarada inconstitucional ingressou no mundo jurídico (efeitos *ex tunc*).

A nulidade e a decorrente eficácia *ex tunc* só poderão ser afastadas a partir de uma demonstração, concreta, de que seu reconhecimento resultaria em inquestionável insegurança jurídica ou implicaria uma violação a outro princípio ou direito assegurado pelo Texto Constitucional. Essa disjunção inclusiva está retoricamente ligada à preservação do respeito ao Estado de Direito e à confiança depositada, pela sociedade, nas manifestações prescritivas (administrativas, legais e judiciais) proferidas pelo Estado.

A partir da modulação, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o STF poderá restringir os *efeitos daquela declaração* ou decidir que ela só terá eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Assim, a decisão deixa de ter efeitos *ex tunc* e passa a ter efeitos *ex nunc* ou *pro futuro*.

A modulação de efeitos encontra-se prevista no art. 27 da Lei n. 9.868/99. Restrita originariamente às ações diretas de inconstitucionalidade, sua aplicação foi estendida pelo STF às decisões por ele proferidas no controle difuso de constitucionalidade.² Como pressuposto e fundamento, são necessárias razões de segurança jurídica ou de *excepcional* interesse social.

Por outro lado, o advento do novo Código de Processo Civil trouxe a lume o art. 927, § 3º, incorporando no ordenamento pátrio o *prospective overruling*. Esse enunciado rege os casos em que haverá a alteração de um entendimento consolidado pela Corte e pretende-se preservar a confiança legítima dos jurisdicionados, compatibilizando-se o entendimento até então vigente com o que será consagrado. Neste caso, os pressupostos são apenas o interesse social ou a segurança jurídica, não havendo menção sobre excepcionalidade do interesse social ou sobre requisitos específicos a serem seguidos. Ademais, diferentemente da Lei n. 9.868/99, a qual se refere apenas ao STF, o art. 927, § 3º do CPC também pode ser aplicado nos casos em que a decisão do STF ou outro tribunal superior configure alteração de jurisprudência constitucional ou infraconstitucional.³

2. Nesse sentido, o clássico caso em que o STF declarou, em sede de controle difuso, a inconstitucionalidade de lei municipal que estabelecia o número de vereadores e, por razões de segurança jurídica, entendeu por bem atribuir efeitos *ex nunc* à decisão (RE 197.917, Rel. Min. Maurício Corrêa, j. 06.06.2002).

3. Sobre o tema, remetemos ao valioso estudo do Professor Daniel Mitidiero: “MITIDIERO, Daniel. *Superação para frente e modulação de efeitos: precedentes e controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021”.

3. COISA JULGADA E AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Os contribuintes relacionam-se com o Estado, que é composto por seus três poderes. Nessa relação, eles pressupõem a constitucionalidade das leis publicadas e dos significados a elas atribuídos pelo Estado. Malgrado a existência do que Jorge Miranda (2008, p. 276) denominou de “orgia legislativa” – decorrência do intervencionismo estatal e sua motorização legislativa –, não se pode exigir do cidadão mais do que a confiança nos enunciados prescritivos produzidos pelos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, sob pena de criar-se uma atmosfera de permanente desconfiança, cuja consequência poderia desembocar no retorno à instabilidade e ao subjetivismo do direito medieval.

A estabilidade das decisões judiciais é atingida com a coisa julgada, marco temporal que torna definitiva a decisão que dirimiu determinada controvérsia.

O art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, atribui à coisa julgada o *status de cláusula pétrea* (garantia constitucional), prescrevendo que a legislação infraconstitucional não poderá restringi-la. Instrumento indispensável à garantia da previsibilidade e certeza do direito, a coisa julgada impede que litígios judiciais se arrastem ou sejam reabertos indefinidamente. Possui, assim, relação indissociável com a segurança jurídica e com o Estado Constitucional de Direito.

A coisa julgada ocorre com a preclusão endoprocessual, o que implica dizer que a relação jurídica tributária não poderá mais ser discutida dentro do processo encerrado.

Para a desconstituição da coisa julgada, é necessária a propositura de ação rescisória, que deverá respeitar as hipóteses previstas pelo art. 966 do CPC/15.⁴ Tratando-se de violação ao

4. Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

Texto Constitucional, a ação rescisória é proposta com base no art. 966, V, do CPC, que pressupõe a violação *manifesta* de norma jurídica. O dispositivo análogo contido no Código de Processo Civil de 1973 era o art. 485, V, cuja hipótese previa o cabimento de ação rescisória nos casos de violação expressa de dispositivo de lei. Como se verifica, incorporando o paradigma de que um enunciado prescritivo é definido pelo significado a ele atribuído - norma jurídica -, o novo CPC redesenhou adequadamente o enunciado normativo ora analisado.

Para que a rescisória não fosse utilizada como mero sucedâneo recursal, o STF editou a súmula 343, segundo a qual a ação rescisória por ofensa literal de lei (ou norma jurídica, conforme CPC/15) seria descabida sempre que a decisão rescindenda estivesse baseada em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.⁵ A aplicação da súmula passou a ser paulatinamente relativizada pelo STF nas ações rescisórias fundadas em violação de dispositivo constitucional no início dos anos 2000. A partir de 2014, no entanto, esse movimento sofreu reversão que culminou na aprovação da Tese 136, abaixo reproduzida, e no retorno aos parâmetros historicamente adotados pelo STF:

Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época

-
- II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
 - III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
 - IV - ofender a coisa julgada;
 - V - violar manifestamente norma jurídica;
 - VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
 - VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
 - VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

5. Súmula 343 do STF: 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.

da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.⁶

Tais enunciados da Corte Suprema são aplicáveis à Fazenda, que terá, a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, o prazo de dois anos para propositura da ação rescisória (art. 975 do CPC). A medida rescisória, por sua vez, poderá ser proposta desde que afastada a aplicação da súmula 343 e da Tese 136 do STF. Isso significa demonstrar que o tema não era controvertido à época do acórdão rescindendo e que não se pretende rescindir norma judicial individual e concreta em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente.

A discussão ganhou novos contornos com o advento do CPC/15. O art. 535, § 8º, do Código Processual prevê a possibilidade de ação rescisória por parte da Fazenda Pública em razão de decisão *superveniente* do STF em sentido contrário à sentença exequenda. A ação deve ser proposta no prazo de dois anos contado do trânsito em julgado dessa decisão do STF. A aparente inconstitucionalidade⁷ desses dispositivos ainda não foi enfrentada pelo STF, razão pela qual a análise ora empreendida ficará adstrita à sua adequação e aplicabilidade ao desiderato rescisório pretendido pela Fazenda, decorrente do Tema 69 e da decisão sobre a modulação de efeitos nele proferida.

Importante, ainda, observar que, atacando decisão que reconheceu a inexistência de obrigação tributária, a rescisória deverá respeitar a irretroatividade e a segurança jurídica. Esses princípios impedem a instituição retroativa de obrigação

6. Tese definida no RE 590.809, rel. Min. Marco Aurélio, j. 22.10.2014, DJE 24.11.2014, Tema 136.

7. Os §§ 8º do art. 535 e 15º do art. 525 contrariam não apenas o entendimento consagrado pelo STF na súmula 343, nos Temas 136 e 733 e na *ratio decidendi* da ADI 2418/DF, mas também a consistente doutrina que entende ser a ação rescisória, nessa hipótese, uma inconstitucional macroexceção à intangibilidade da coisa julgada material que esvaziaria a aferição de constitucionalidade exercida pela via do controle difuso (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2021, p. 1.317).

tributária seja ela decorrente de ato legislativo, administrativo ou judicial, como a decisão proferida na ação rescisória. Noutros termos, seus feitos serão projetados exclusivamente sobre fatos jurídicos futuros, ainda não juridicizados pela norma judicial rescindenda.

Os contribuintes detentores de uma decisão judicial final são protegidos pela boa-fé objetiva, que não tutela os demais contribuintes cujos processos ainda não encerraram (bem como aqueles que sequer propuseram ação). São graus diferentes de proteção conferidos pelo ordenamento, pois as expectativas juridicamente tuteláveis são igualmente distintas. O passado dos detentores de decisão judicial definitiva está protegido pela irretroatividade decorrente de cláusula pétreia; o dos demais contribuintes dependerá da concessão de eventuais efeitos modulatórios atribuídos pelo STF à própria decisão.

4. TEMA 69

4.1 Julgamento e Ratio Decidendi

Nos termos do voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia, a Corte entendeu, por maioria, que o ICMS, *“todo ele, não se inclui na definição de faturamento aproveitado por este Supremo Tribunal Federal, pelo que não pode ele compor a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da COFINS”*.

A decisão consolidou um conceito constitucional de receita (CF, art. 195, I, “b”) em consonância com a doutrina de Aliomar Baleeiro, a saber: receita é a entrada que, integrando-se ao patrimônio sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem acrescer o seu vulto, como elemento novo e positivo. Partindo-se dessa definição constitucional, a parcela do ICMS não poderia ser compreendida como receita auferida pelos contribuintes e, portanto, não estaria sujeita à incidência do PIS e da COFINS. Essa decisão é o desfecho de talvez o mais prolongado litígio da história do direito tributário brasileiro, cuja repercussão financeira levou

a Fazenda a requerer a modulação dos efeitos da decisão, após restar vencida no julgamento do mérito da tese do século.

4.2 Modulação dos efeitos

O julgamento dos embargos de declaração que apreciaram o pedido fazendário de modulação dos efeitos da decisão ocorreu em 13 de maio de 2021, mais de quatro anos após a data do julgamento do mérito do Tema 69, em 15 de março de 2017.

Os embargos de declaração restaram acolhidos, em parte:

“apenas para modular os efeitos do julgado cuja produção haverá de se dar desde 15.3.2017 – data em que julgado o RE n. 574.706 e fixada a tese com repercussão geral ‘O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins’ –, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até a data da sessão na qual proferido o julgamento”.

O raciocínio contido nos votos teve como eixo condutor a tutela financeira do Estado a partir da percepção de que o julgamento agravaria um *“cenário de profunda e arrastada crise fiscal da União, realçado na manifestação da Procuradoria-Geral da República”*. Assim, entendeu-se por bem modular os efeitos da decisão proferida no Tema 69, nos termos do art. 927, § 3º do STF.⁸

8. No outro polo, em sede de divergência, os abalizados entendimentos do Ministro Edson Fachin e da Ministra Rosa Weber identificaram as razões que tornam indevidas a modulação dos efeitos no caso concreto. O Ministro Fachin entendeu descabida a utilização do argumento da segurança jurídica ser usada em favor do Estado e, nesse sentido, definiu que *“segurança jurídica corresponde a um estado de estabilização das relações jurídicas em que o cidadão, nomeadamente o contribuinte, espera, de forma legítima, cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade em relação aos atos do Poder Público, logo, também do Poder Judiciário”*. Ainda segundo Fachin, *“o interesse orçamentário não é necessariamente sinônimo de interesse público. A perda da arrecadação não me parece argumento idôneo a permitir que os efeitos de lançamentos inconstitucionais que agridem direitos fundamentais dos contribuintes sejam mantidos”*.

5. AÇÃO RESCISÓRIA PROPOSTA PELA FAZENDA FUNDADA EM EFEITOS MODULATÓRIOS

Sob o fundamento de que a modulação dos efeitos promovida pelo STF não fez qualquer ressalva às ações ajuizadas após março de 2017 e transitadas em julgado antes dos declaratórios, a União defende ser cabível a rescisão das decisões proferidas nesses casos, as quais, sem qualquer relativização de efeito no tempo, asseguraram o direito à repetição⁹ com base na interpretação conferida ao tema constitucional pelo STF em março de 2017. Para tanto, sustenta a inaplicabilidade da súmula 343 e do Tema 136 do STF, os quais reputa superados pelo advento do Código de Processo Civil de 2015.

6. DESCABIMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

O art. 535, §8º, do Código de Processo Civil, prevê a propositura de ação rescisória para desconstituição de decisão judicial transitada em julgado que seja incompatível com posterior decisão do STF, sempre que a decisão rescindenda anterior: a) seja fundamentada em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal; b) esteja fundada em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal. A regra deve ser aplicada tanto nas decisões tomadas em controle difuso, quanto nas proferidas em controle concentrado de constitucionalidade.

O mecanismo significa clara regra de oposição à realização patrimonial de um direito incompatível com o texto constitucional, conforme interpretação materializada pelo STF no exercício da sua atividade jurisdicional.

Sem ingressar nos aspectos ligados à inconstitucionalidade desse comando normativo ou sua inaplicabilidade no campo tributário em virtude das restrições previstas em norma

9. Cinco anos contados da data do ajuizamento.

geral tributária (CTN), é importante delimitar a abrangência e o campo de aplicação desse instrumento rescisório.

Para tanto, faz-se necessário, primeiramente, ter em vista que o comando prestigia a força normativa do texto constitucional (Konrad Hesse), impedindo que decisões conflitantes com a interpretação conferida pelo STF tenham desdobramentos patrimoniais.

No caso do Tema 69, a interpretação levada a termo pelo STF consagrou o entendimento de que o ICMS não integra o conceito constitucional de receita bruta e, portanto, não pode ser incluído na base de cálculo do PIS e da COFINS. Esse entendimento, na realidade, reproduz o posicionamento já adotado pelo Plenário do STF ao julgar a mesma matéria em 2014 (RE nº 240.785). Mas o que definiram os acórdãos rescindendo atacados pelas rescisórias da União? Exatamente o mesmo que foi decidido pelo STF, concluindo que o ICMS deve ser excluído da base de cálculo dessas exações.

A modulação diz respeito aos efeitos dessa decisão e não atinge seu plano de validade. Não se pode afirmar que decisões transitadas em julgado são incompatíveis com a Constituição quando sua interpretação vai exatamente ao encontro da definição conferida ao dispositivo apreciado pelo STF.

Desse modo, a inovação processual estampada no §8º do art. 535 não tem o condão de afastar a aplicação da súmula 343 do STF e da Tese 136, do STF, tratando-se de modulação de efeitos. As decisões rescindidas não atribuíram aos dispositivos infraconstitucionais que disciplinam a incidência do PIS e da COFINS interpretação tida pelo STF como incompatível com a Constituição. Pelo contrário, reproduziram fielmente essa interpretação.

A incompatibilidade quanto à interpretação do dispositivo confrontado com a Constituição é o fundamento autorizativo dessa medida excepcional. Tivesse o STF definido que o ICMS integra a base de cálculo dos tributos acima referidos, o acórdão rescindendo estaria ao alcance do raio deôntico

inscrito no §8º do art. 535. E, sendo dispositivo que restringe direitos – notadamente um direito que constitui cláusula pétreia – não se pode dar uma interpretação ampliativa a esse dispositivo processual infraconstitucional.

Se a lei não pode prejudicar a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), muito menos poderá haver um ato interpretativo que amplie a aplicação de uma restrição à coisa julgada para hipótese não expressamente prevista em lei.

A divergência autorizativa da ação rescisória situa-se no plano da validade; a aludida pela Fazenda em suas rescisórias, no plano da eficácia. Rescindir um acórdão plenamente compatível com o texto constitucional, nesse contexto, é mitigar a força normativa da Carta Maior.

Noutra margem, para que se postule, a partir de uma variação quanto aos efeitos, a anulação de um acórdão que reproduz a interpretação correta da Constituição, é imperioso que seja demonstrado que o mesmo contexto (vultoso impacto financeiro), presente nas justificativas que fundamentaram a modulação, faz-se presente nas minguidas hipóteses rescisórias ligadas ao Tema 69, ora analisadas.¹⁰ Se não for demonstrado que a ação rescisória alberga a proteção do mesmo contexto tutelado pela modulação, a ação sequer enseja julgamento de mérito. Admitir-se a rescisória nessa hipótese seria aviltar o texto constitucional de maneira inócua, desnecessária e desprovida de fundamento juridicamente válido.

Descabida pelo art. 535, §8º, com menor razão poderá a medida rescisória ser fundamentada no art. 966, V, do CPC, pois esse dispositivo não escapa à aplicação plena da Súmula 343, conforme remansosa jurisprudência fixada no STF.¹¹

10. Segundo dados apresentados pela Fazenda Nacional no julgamento do seu pedido de efeitos modulatórios, 78% das ações relacionadas ao Tema 69 foram ajuizadas após março de 2017. Ocorre que parcela insignificante desses casos transitou em julgado até maio de 2021. Esses são os casos objeto das rescisórias.

11. Apenas em 2022, podemos citar os seguintes julgamentos do STF: (i) AR 2883 AgR, rel. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, j. 08/02/2022; (ii) AR 2844 AgR, rel.

O posicionamento do próprio STF ao analisar o RE nº 240.785, chancelado pela propositura da Ação Declaratória nº 18 (distribuída em 2007)¹², revela, no mínimo, turbulência suficiente a afastar qualquer pleito rescisório.

Portanto, seja com base no art. 966, V do CPC ou no art. 535, § 8º do CPC, o desfecho é o mesmo: inexistência de invalidade do acórdão rescindendo. No primeiro caso, em razão da decisão que se pretende rescindir seguir a orientação do STF à época e esbarrar na súmula 343 e no Tema 136 do STF; no segundo, porque não há inconstitucionalidade posteriormente declarada pelo STF para fins de rescisão, mas tão somente modulação superveniente de efeitos.

Também não poderá a Fazenda suscitar a aludida decisão que fixou os efeitos modulatórios para fins da impugnação referida pelo art. 535, III, do CPC. O §7º desse dispositivo exclui essa possibilidade nos casos em que a decisão do STF é posterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda, situação de todos os processos que transitaram em julgado antes de maio de 2021.

Aqueles que ingressaram com a ação após março de 2017 e obtiveram o trânsito em julgado antes maio de 2021, não podem ser equiparados aos que não atingiram o trânsito. Conforme já observado, são graus diferentes de proteção conferidos pelo ordenamento, pois as expectativas juridicamente tuteláveis são igualmente distintas. O passado dos detentores de decisão judicial definitiva está protegido pela irretroatividade decorrente de cláusula pétreia; o dos demais contribuintes dependerá da concessão de eventuais efeitos modulatórios atribuídos pelo STF à própria decisão.

RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, j. 21/03/2022; (iii) ARE 1368221 AgR, rel. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, j. 30/05/2022; (iv) ARE 1332413 AgR-segundo, rel. ROSA WEBER, Primeira Turma, j. 21/06/2022; e (v) AR 2837 AgR, rel. ANDRÉ MENDONÇA, Tribunal Pleno, j. 08/08/2022.

12. Conforme preceitua o art. 14 da Lei nº 9669/99, na propositura da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 18, a União teve que demonstrar a existência de controvérsia judicial relevante sobre o tema, o que reafirma a aplicação da Súmula nº 343, do STF.

7. CONCLUSÕES

Sob o fundamento de que a modulação dos efeitos promovida pelo STF no Tema 69 não fez qualquer ressalva às ações que foram ajuizadas após 2017 e transitaram em julgado antes de maio de 2021 (assegurando a repetição de indébito nos cinco anos anteriores), a União tem proposto ações rescisórias com fulcro no art. 966, inciso V e § 5º e art. 535, III, §§ 5º a 8º, do CPC/2015. Essas medidas revelam-se manifestamente descabidas, conforme fundamentos alinhados no presente artigo, os quais seguem abaixo sintetizados:

- 1) Não se pode afirmar que decisões transitadas em julgado antes de maio de 2021, em ações propostas após março de 2017, são incompatíveis com a Constituição, quando sua interpretação a respeito do enunciado prescritivo confrontado com a Carta Constitucional vai exatamente ao encontro da definição conferida pelo STF. Rescindir um acórdão plenamente compatível com o texto constitucional, nesse contexto, é mitigar a força normativa da Carta Maior;
- 2) a inovação processual estampada no §8º do art. 535 não tem o condão de afastar a aplicação da súmula 343 e do Tema 136 do STF, tratando-se de modulação de efeitos. As decisões rescindendas não atribuíram aos dispositivos infraconstitucionais que disciplinam a incidência do PIS e da COFINS interpretação tida pelo STF como incompatível com a Constituição. Pelo contrário, reproduziram fielmente essa interpretação. Ademais, a divergência autorizativa da ação rescisória situa-se no plano da validade; a aludida pela Fazenda em suas rescisórias, no plano da eficácia;
- 3) Descabida pelo art. 535, §8º, com menor razão poderá a medida rescisória no presente caso ser fundamentada no art. 966, V, do CPC, pois esse dispositivo não escapa à aplicação plena da Súmula 343 e do Tema 136. No caso, as decisões que a União pretende rescindir seguiram a orientação do STF à época, após o julgamento do Tema 69;
- 4) Para que se postule, a partir de uma variação quanto aos efeitos, a anulação de um acórdão que reproduz a interpretação correta da Constituição, é imperioso que seja demonstrado que o mesmo contexto (vultoso impacto financeiro), presente nas justificativas que fundamentaram a modulação, faz-se presente nas minguidas hipóteses rescisórias ligadas ao Tema 69;

5) A coisa julgada constitui cláusula pétrea expressamente prevista na Constituição Federal. Sua referência em cada decisão judicial proferida no âmbito da jurisdição constitucional é desnecessária, pois sua compulsoriedade é decorrência da própria força que exsurge do núcleo normativo sobre o qual encontra-se assentado o Estado Democrático de Direito no Brasil. Se a lei não pode prejudicar a coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), muito menos poderá um ato interpretativo que amplie a aplicação de uma restrição à coisa julgada para hipótese não expressamente prevista em lei. Assim, todas as decisões que afrontam essa garantia são flagrantemente inconstitucionais;

6) Aqueles que ingressaram com a ação após março de 2017 e obtiveram o trânsito em julgado antes maio de 2021 não podem ser equiparados aos que não atingiram o trânsito. São camadas diferentes de proteção conferidas pelo ordenamento, pois as expectativas juridicamente tuteláveis são igualmente distintas. Os detentores de decisão judicial definitiva estão protegidos pela irretroatividade decorrente de cláusula pétrea, que, no presente caso, não pode ser afastada.

REFERÊNCIAS

MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *AÇÃO RESCISÓRIA: DO JUÍZO RESCINDENDO AO JUÍZO RESCISÓRIO*. SÃO PAULO: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2017.

MIRANDA, JORGE. *MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 3. ED. COIMBRA: COIMBRA EDITORA, 2008. T. VI: INCONSTITUCIONALIDADE E GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO.

MITIDIERO, DANIEL. *SUPERAÇÃO PARA FRENTE E MODULAÇÃO DE EFEITOS: PRECEDENTES E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO*. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2021.

PANDOLFO, RAFAEL. *JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIA: REFLEXOS NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL*. 2ª ED. SÃO PAULO: NOESSES, 2020.

SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. 10ª ED. SÃO PAULO: SARAIVA EDUCAÇÃO, 2021.

