JOÃO PAULO TOLEDO DE REZENDE

**AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
E SUA APLICAÇÃO CONTRA LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI**

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2014

JOÃO PAULO TOLEDO DE REZENDE

**AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
E SUA APLICAÇÃO CONTRA LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI**

Monografia apresentada para o Curso de Especialização em Direito Processual Tributário da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Tributário, sob a orientação da Professora Mestre Renata Elaine Silva.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

2014

À BANCA EXAMINADORA

Monografia para o Curso de Especialização em Direito Processual Tributário
da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Título: Ação Rescisória em Matéria tributária e sua Aplicação Contra Literal
Disposição de Lei

Autor: João Paulo Toledo de Rezende

Comissão Julgadora:

1º Examinador - _____.

2º Examinador - _____.

**A Banca, após examinar o candidato, considerou-o _____,
com a nota _____.**

São Paulo, ____ de _____ de _____

Dedico à minha amada esposa que me acompanha e me fortalece em todas as lutas diárias na busca por nossos sonhos.

AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA E AS CONTROVÉRSIAS DOCTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS

JOÃO PAULO TOLEDO DE REZENDE

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar os principais aspectos da Ação Rescisória em Matéria Tributária, seus pontos controversos, o posicionamento da Fazenda Pública e seus impactos aos contribuintes.

Palavras-chave:

Ação Rescisória, Tributos, Cabimento.

ABSTRACT

This work aims to address the main aspects of the reversal action in Tax Matters, his controversial points, the positioning of the IFRS and their impacts on taxpayers.

Key words:

Rescission Action, Taxes, relevant.

SUMÁRIO

Introdução	7
Capítulo 1 – A AÇÃO RESCISÓRIA E SEUS PRECEITOS LEGAIS.....	9
1.1 Conceito de Ação Rescisória	9
1.2 Ação Rescisória X Segurança Jurídica	11
1.3 Os Efeitos da decisão Rescindenda no curso da Ação Rescisória	13
Capítulo 2 – DA COISA JULGADA	14
2.1 Conceito de Coisa Julgada	14
2.2 Coisa Julgada em Matéria Tributária	14
Capítulo 3 – DAS CONDIÇÕES PROCESSUAIS	16
3.1 Dos Pressupostos Processuais.....	16
3.2 Do Prazo para Ingresso de Ação Rescisória.....	16
Capítulo 4 – DO CABIMENTO DA RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	18
4.1 Da Literal Violação de Lei	18
4.2 Justiça da Sentença Rescindenda e o interesse público	21
4.3 Violação de Literal Disposição de Lei Frente à Pacificação da Jurisprudência	22
Capítulo 5 – DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO	26
Capítulo 6 – DOS EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 156 DO CTN	29
Capítulo 7 – EXECUÇÃO FISCAL NA RESCISÓRIA	32
Conclusão	33
Referências Bibliográficas	34

INTRODUÇÃO

Devido à elevada carga tributária brasileira, estimada em 36,3% do Produto Interno Bruto¹, superior a de países desenvolvidos como os Estados Unidos, somados à sua característica de tributar o consumo e não a renda, bem como a cultura brasileira que estimula práticas ilícitas, a sonegação de tributos é bastante comum em todos os nichos da sociedade.

Estima-se que a sonegação corresponde a, em média, 13,4% do PIB, o que representa a um valor estimado de R\$ 680 bilhões que deixaram de ser arrecadados no ano 2012².

Fabricantes, comerciantes e prestadores de serviços de diferentes portes são massacrados por um volume de tributos que não correspondem a quantidade de operações realizadas, aliados a complexidade para se apurar e recolher estes encargos, culminam na alta prática sonegatória do país. Não é incomum verificar mercadorias sendo vendidas sem Notas Fiscais, serviços cobrados por simples “faturas”, tributos não declarados, recibos falsos, empresas fantasmas, dentre outros. Da mesma forma, também é bastante usual se verificar que profissionais que atuam na área costumam oferecer planejamentos tributários dubitáveis que não passam de idéias elisivas. Esta prática se mostra ainda mais evidente quando se observa empresas de pequeno porte nas quais o índice de sonegação atinge um índice de 64,65% do faturamento.

Aliado a este fato, soma-se a complexidade da legislação tributária brasileira, que gera incontáveis dúvidas tanto no âmbito administrativo quanto no judicial acerca da interpretação das normas e a consequente forma de apuração e recolhimento dos tributos. Esta complexidade fomenta extensas discussões as quais podem e são afetadas pela alteração no cenário

¹ <http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/01/carga-tributaria-brasileira-e-2-maior-da-america-latina-mostra-ocde.html>, acesso em 02/09/2014

² <http://www.valor.com.br/brasil/3333552/no-mundo-brasil-so-perde-para-russia-em-sonegacao-fiscal-diz-estudo>, acesso em 02/09/2014.

econômico e na dinâmica das relações mantidas entre os contribuintes, o fisco e o poder judiciário.

Por outro lado, a administração pública, sempre alicerçada pela ideia de que os tributos têm por objetivo prover o “bem comum”, somado a famigerada sede por arrecadação para cobrir gastos públicos desenfreados, acaba por empreender todos os seus esforços na tentativa de coibir estas práticas e de reverter posicionamentos favoráveis aos contribuintes.

Estes esforços, bem como o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas que auxiliam o fisco no combate a sonegação, vêm se mostrando eficientes quando se observa que o índice de arrecadação é crescente apesar da retração na economia.

Diante deste cenário, o poder público faz uso de estratégias arrecadatórias de todas as espécies, dentre as quais, o ingresso de ações rescisórias que visam desconstituir decisões definitivas em favor do contribuinte, reivindicando o pagamento de créditos tributários extintos por esta sentença.

1. A AÇÃO RESCISÓRIA E SEUS PRECEITOS LEGAIS

1.1 Conceito de Ação Rescisória

A ação rescisória constitui ação autônoma que tem por objeto reformar sentença de mérito definitiva, já sob efeito da coisa julgada, que não merece prosperar em razão de vícios que maculam a sua legitimidade e permitem a sua desconstituição.

Por meio dela, se impugna um provimento de mérito transitado em julgado, com eventual rejuízo da matéria nele apreciada.

Encontra sua previsão no Art. 485 do Código de Processo Civil:

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

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.”

Conforme definição de BARBOSA MOREIRA: “chama-se rescisória a ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejulgamento, a seguir, da matéria nela julgada”³.

Sendo assim, a Ação Rescisória tem como objetivo retirar do ordenamento jurídico uma sentença definitiva, não passível de recurso, em razão de fato superveniente ou de erro na apreciação da causa, desconstituindo o direito atribuído pela sentença rescindenda e, quando necessário, proferindo novo juízo de valor no caso concreto.

Evidente, portanto, que se constitui instrumento essencial da manutenção da equidade e da ordem, posto que não pode produzir efeitos definitivos uma ordem judicial constituída de vícios de formação.

Por outro lado, não se pode olvidar que este instrumento deve ser tratado em regime de exceção uma vez que se trata de uma análise já consubstanciada pelo judiciário.

Também por isso, a própria regulamentação legal prevê limites para a sua utilização, quais sejam: i) depósito de 5% sobre o valor da causa a título de multa a ser revertida para a parte contrária na hipótese de ser declarada inadmissível ou improcedente por unanimidade (Art. 488, II, CPC); ii) bem como o prazo de 2 anos para ingresso a contar do transito em julgado.

³ cf. PONTES DE MIRANDA, "Tratado das Ações", v. IV, p. 527.

1.2 Ação Rescisória X Segurança Jurídica

Corroborando com as limitações impostas pela Ação Rescisória argui-se ainda que a desconstituição de decisão transitada em julgado e, conforme o caso, de novo juízo proferido sobre a lide, está a necessidade de assegurar o princípio da segurança jurídica consignado no Art. 5ª da Carta Magna:

“XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”

Nos ensinamentos de Ives Gandra da Silva Martins:

*“Nenhuma nação é estável democraticamente se seus cidadãos não ficarem assegurados em seus direitos fundamentais e não tiverem do Estado a garantia de que sua vida, em suas varadas facetas, possui na ordem legal a plataforma de seu crescimento. A tranquilidade originada pela certeza de que as instituições funcionam e de que a lei assegura estabilidade de todas as espécies de relações conformadas no ordenamento vigente, faz do Estado que garante a segurança jurídica, um Estado de Direito.
(...)*

Ora, a expressão “direito à segurança” não oferece qualquer limitação a não ser aquelas expressamente indicadas na Constituição, principalmente no título V. É um direito pleno, sem restrições exegéticas, sem riscos de instabilidade, sendo que até mesmo as instabilidades de empréstimos compulsórios para redução do poder aquisitivo do povo, que constavam da legislação infraconstitucional anterior, foram afastadas”.

Antes, portanto, de se argumentar a necessidade de extração do ordenamento jurídico de uma sentença contrária a literal disposição de lei, é necessário analisar minuciosamente o caso concreto e os impactos desta

decisão inter partes e erga omnes, razão pela qual a ação rescisória deve ser utilizada com todas as ressalvas para que a somente a justiça esteja acima da segurança jurídica.

Tratando-se de uma decisão baseada no juízo de valor do magistrado diante do caso concreto, importante se faz a análise minuciosa do fato. Nos ensinamentos da Mestre e Dra. Renata Elaine Silva⁴:

“Adotando a premissa de que o direito é um sistema único e indivisível e por ter função de resolver conflitos intersubjetivos, no plano da norma abstrata, necessariamente, será indeterminado e terá lacunas. O legislador deixa essas lacunas para que sejam preenchidas pelo aplicador, uma vez que os fatos sociais não podem ser todos previstos pelo legislador, respeitando, pois a dinamicidade do direito”.

A justiça impõe que uma sentença dotada de irregularidades, mesmo transitada em julgado, possa ser revista por meio da ação rescisória. A segurança, contudo, determina que isso só possa ocorrer em certos casos, em ação própria, dentro de prazo previamente estabelecido. Caso admitíssemos a imodificabilidade absoluta da coisa julgada, a justiça seria em alguns casos inaceitavelmente suprimida por um exagero prestígio conferido à segurança. Entretanto, se fosse permitida a revisão de toda e qualquer decisão transitada em julgado, a qualquer tempo e por qualquer razão, a segurança seria excessivamente diminuída, praticamente extinta, em razão de um demasiado apego à justiça. Ambos os valores, pois, hão de conviver harmonicamente, sendo proporcionalmente dosados em cada caso concreto.

Em nome do “princípio da segurança jurídica”, as hipóteses de ingresso de ação rescisória devem, e são, restritas às hipóteses exaustivamente elencadas no artigo 485 do CPC, evitando-se analogias e interpretações que ampliariam o rol de sentenças passíveis de revisão.

⁴ SILVA, Renata Elaine – Decisões em matéria tributária: jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de Constitucionalidade/ Renata Elaine Silva. – São Paulo: Saraiva 2009. Pg. 49

1.3 Os efeitos da decisão Rescindenda no curso da Ação Rescisória

Outrossim, em nome desta mesma segurança jurídica, os efeitos da sentença rescindível persistem enquanto não julgada como tal, prevalecendo seus efeitos até que judicialmente decretada como inválida, caso isso venha de fato a se consumar. Também por isso, a ação rescisória não se confunde com o recurso, por atacar decisão definitiva, instaurando nova relação jurídica.

Também não se confunde com anulação ou nulidade da decisão, os quais poderiam ser sanados no decorrer do próprio processo, mas sim de uma efetiva rescisão.

Ao final da lide, ter-se-á um provimento constitutivo negativo (ou desconstitutivo) com a rescisão da decisão transitada em julgado e, quando for o caso, acompanhado de um novo provimento constitutivo ou condenatório, com vinculação de nova norma que decide o conflito.

2. DA COISA JULGADA

2.1 Conceito de Coisa Julgada

No tocante à segurança jurídica, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca da coisa julgada, especialmente em matéria tributária, uma vez que esta será diretamente afetada em sede de ação rescisória e diretamente relacionada à segurança jurídica.

Uma vez proferida a sentença e esgotados todos os recursos eventualmente cabíveis, torna-se imutável juntamente com seus efeitos.

Quando estiverem esgotados todos os recursos previstos na lei processual, ou porque foram utilizados e decididos, ou porque decorreu o prazo de sua interposição, ocorre a coisa julgada formal, que é a imutabilidade da decisão dentro do mesmo processo por falta de meios de impugnação possíveis recursos ordinários ou extraordinários. Todas as sentenças, em certo momento, fazem coisa julgada formal.

Para as sentenças de mérito ocorre também a coisa julgada material, que é a imutabilidade dos efeitos que se projetam fora do processo, fazendo-se lei entre as partes e impedindo que a demanda seja novamente apreciada por outro juízo.

2.2 Coisa Julgada em Matéria Tributária

A imutabilidade decorrente da coisa julgada é uma garantia constitucional, de modo que nem a lei pode violá-la, tal como o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Após o trânsito em julgado da sentença e ocorrendo a coisa julgada material, a única forma de alterá-la seria por meio de ação rescisória,

nos casos excepcionais abordados no presente trabalho, desde que dentro do prazo de dois anos.

Em matéria tributária, há o Enunciado 239 do STF que determina:
*“Decisão que Declara Indevida a Cobrança do Imposto – Exercício Determinado e Posteriores – Coisa Julgada.
Decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.”*

Depois de reiteradas discussões acerca dos limites objetivos da coisa julgada em matéria tributária frente a este enunciado, consolidou-se o entendimento doutrinário e jurisprudencial que a decisão em matéria tributária produz efeitos futuros desde que não exista alteração nas situações de fato e direito por ela apreciada.

Por outro lado, concluiu-se que a coisa julgada em matéria tributária pode ser limitada validamente no tempo nos casos em que a situação de fato e de direito são modificáveis, hipóteses em que o enunciado será aplicável e a decisão prolatada restrita a um determinado exercício financeiro.

Sendo assim, ao se decidir em matéria tributária, este parecer poderá ter efeitos perenes, permitindo novos ajuizamentos, pois os limites da nova coisa julgada serão distintos daqueles apreciados no processo anterior.

3. DAS CONDIÇÕES PROCESSUAIS

3.1 Dos pressupostos processuais

A ação rescisória está sujeita aos pressupostos essenciais da petição inicial, consignados no Art. 282 do CPC. Além disso, conforme mencionado no capítulo anterior, para que seja juridicamente possível, prevê a existência de uma sentença de mérito a ser combatida, bem como o enquadramento em uma das hipóteses do Art. 485 CPC.

Subsiste, ainda, a obrigatoriedade de depósito da importância correspondente a 5% sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente. Obviamente, em favor da tutela do “bem comum”, referido requisito não se aplica à União, Estado, Município e ao Ministério Público.

Importante ressaltar que, nos termos da súmula 514 do STF, não é requisito da ação rescisória que a sentença a ser rescindida tenha sido atacada por todos os recursos que lhe cabia antes do seu trânsito em julgado, ou seja, nada impede que uma sentença de primeiro grau transitada em julgado seja objeto de ação rescisória, ainda que não tenha sido interposta apelação quando de seu prazo legal:

“Admite-se ação rescisória contra sentença transitada em julgado, ainda que contra ela não se tenha esgotado todos os recursos”.

3.2 Do prazo para ingresso de Ação Rescisória

O prazo decadencial para proposição de ação rescisória se extingue em 2 anos contados do trânsito em julgado da decisão.

Há quem defenda que na hipótese de ação rescisória contra decisão que viola literal disposição de lei em razão de consolidação da jurisprudência em sentido oposto, conforme abordado no capítulo seguinte, o prazo de dois anos se iniciaria somente a partir da publicação do acórdão pelo Tribunal, posição esta rechaçada pela maioria da doutrina uma vez que se teria um prazo eterno para ingresso da demanda.

A Súmula 401 do STJ fixou a tese de que a contagem desse prazo só se inicia quando não for cabível mais nenhum recurso contra o último pronunciamento judicial no processo.

Está pacificado no STJ o entendimento de ser incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos. Isso serve para evitar o tumulto processual decorrente de inúmeras questões de mérito julgadas em um mesmo processo. Para o ministro Antonio Carlos, o desmembramento da sentença ou do acórdão em capítulos para fins de ajuizamento de rescisória poderia gerar indesejável insegurança jurídica para as partes. A Primeira Turma do STF, contudo, já admitiu que, em caso de existência de capítulos autônomos, o prazo decadencial deve ser contado do trânsito em julgado de cada decisão. A chamada coisa julgada progressiva também está na proposta do novo CPC, que atualmente tramita no Senado.

A corrente mais aceita pela doutrina e pela jurisprudência é a de que o prazo para propositura de ação rescisória é de decadência contada a partir do trâmite em julgado do processo como um todo, e que este prazo não se suspende, nem se interrompe.

4. DO CABIMENTO DA RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

4.1 Da Literal Violação da Lei

Dentre as hipóteses de cabimento de ação rescisória, a mais comumente utilizada em matéria tributária, objeto do presente estudo, é a prevista no inciso V do Art. 485: “Violar disposição de Lei”, frequentemente utilizado em casos em que há consolidação da jurisprudência em sentido diverso ao julgado.

Isso porque o termo “lei”, empregado neste artigo, é usualmente compreendido em seu sentido mais amplo e abrange não somente todos os atos normativos previstos no Art. 59 da CF (emendas à Constituição Federal, Leis Complementares, Leis Ordinárias, Leis Delegadas, Medidas Provisórias, decretos legislativos e resoluções), mas também a interpretação reiterada destas normas pelos tribunais.

Por decisão *contra legem*, compreende-se decisão proferida contra teor de direito escrito, seja material ou processual, público ou privado.

No ensinamento de José Frederico Marques⁵:

“violação de lei ou da tese jurídica nela contida: vulneração do jus scriptum por infringência do conteúdo normativo do texto; afronta a sentido unívoco e incontroverso do preceito legal, eis os casos em que se registra literal disposição de lei”

A expressão “literal disposição de lei” tem sido objeto de severas críticas doutrinárias que entendem que melhor seria substituí-la por “direito em tese”, uma vez que o ordenamento jurídico não se exaure naquilo que a letra da lei revela a primeira vista.

⁵ Manual de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, pag. 24

Pontes de Miranda leciona que:

“a opinião de que ao ilidiciun rescindens não vão somente as sentenças proferidas contra direito “escrito” nunca deixou de ser dos grandes juristas. O direito, e não a lei como texto, é o que se teme seja ofendido. Alguns escritores desavisados leram direito expresso como se fosse lei escrita clara, lei explícita. É erro grave. O direito de que se fala é o direito em sua consistência de revelação”.

Na mesma esteira, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal⁶, comentando o Art. 485 do Código de Processo Civil dispõe:

“Frequentemente, as violações de disposição literal da lei resultam de divergências de interpretação, as quais, em virtude do princípio da pluralidade das instâncias devem ser consideradas, pelo Tribunal, que por último examina a causa, como erros ou violações de lei”.

Desta forma, o erro da exegese, que se equipara a não aplicação da lei, é fundamento para rescisória. Nesse sentido:

*“a errônea interpretação da lei, desde que capaz de anular os seus verdadeiros efeitos, pode propiciar o ajuizamento de ação rescisória fundada no inciso V do Art. 485 do CPC”.*⁷

Na conceituação da enciclopédia Saraiva de Direito, edição sob a Coordenação do Professor R. Limongi França, à pagina 496, temos que:

“É a ação rescisória, indubitavelmente, a respeitante a autuação de órgão jurisdicional de segundo ou superior grau, no sentido de,

⁶ Editora Revistas dos Tribunais, pág. 115

⁷ Ac. Do STF em sessão plena de 11/03/81, em Embs., na AR 1.047-sp, rel. min. Cunha Peixoto; RTJ 101/50)

satisfeito determinados requisitos, pronunciar resolução de sentença de mérito transitada em julgada.

Justifica-se a sua admissibilidade, em princípio, pela necessidade de prevalência do interesse público à realização de justiça sobre a coisa julgada protetora de ato decisório viciado em sua constituição.

Representa, com efeito, maior nocividade à ordem pública a imutabilidade de uma sentença, seriamente maculada por graves vícios, do que se admitir a possibilidade de sua revogação, mesmo após adquirir a autoridade de coisa julgada”.

Diante de todos estes posicionamentos, pode-se concluir que se faz possível a propositura de ação rescisória se o não atendimento à norma e o valor por ela defendido é evidente, quando a ofensa a lei se manifesta de modo flagrante, evidente, exuberante, à letra da lei, resultando, desse posicionamento, que o inciso V do art. 485, tratado, merece interpretação restrita

O STF, por sua vez, também já decidiu que “a violação a dispositivo de lei que propicia o manejo de ação rescisória fundada no art. 485, V do CPC pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida em sua literalidade pela decisão rescindenda”.⁸

A Colenda corte também faz as seguintes ressalvas:

“Para que a ação rescisória fundada o art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante, que viole dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrario, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos...” (RT 733/154)

⁸ Ação Rescisória nº 834, 3ª Seção, rel Min. Gilson Dipp. Julgado em 08/09/2004.

4.2 Justiça da sentença rescindenda e o interesse público

Sergio S. Fadel⁹ dispõe que “na ação rescisória não se discute a justiça ou a injustiça da sentença, nem se tergiversa sobre a melhor ou a mais adequada interpretação da norma jurídica. Há que se configurar violação expressa de um direito, não em função de um interesse particular ou privado da parte, mas em atenção à defesa de uma norma de interesse público”.

Sendo assim, a ação rescisória não tem como fundamento a justiça no caso concreto, a solução pacificadora da lide, mas sim de defender a forma como a sentença foi proferida, defendendo, desta a forma, a norma em si e o interesse público por trás dela.

Pontes de Miranda ensina que em sede de ação rescisória não deve ser apreciado direito dos litigantes:

*“na ação rescisória há julgamento de julgamento. É pois processo sobre outro processo. Nela e por ela não se examina o direito de alguém, mas a sentença passada em julgado, a prestação jurisdicional, não apenas apresentada (seria recurso), mas já entregue.”*¹⁰

Nesta esteira:

“Rescisória – Sentença – Discussão sobre a justiça da decisão atacada – Inadmissibilidade – Hipótese em que a matéria deveria ter sido objeto dos meios impugnativos ordinários – meio inidôneo. É verdade que a rescisória é uma ação “secundum quid”, na sua formulação, mas revestindo um essencial caráter de recurso, não significa, porém, puramente um recurso, como não é somente uma ação. Não cabe, no âmbito da rescisória, atacar a justiça da decisão atacada, renovando a possibilidade de recontroverter-se o

⁹ In Código de Processo Comentado, III/68, 3ª ed.

¹⁰ In Tratado da Ação Rescisória, Editora Bookseller, 1ª Edição 1998

que haveria de ter sido objeto dos meios impugnativos ordinários. A segurança jurídica – in casu, com a estabilidade das decisões – e a justiça não são categorias e realidades conflitantes.” (RT 714/177)

O Ministro Victor Nunes Leal, no RE 50.046¹¹

“Se em todos os casos de interpretação de lei, por prevalecer aquela que nos pareça menos correta houvermos de julgar procedente a ação rescisória, teremos acrescentado ao mecanismo geral dos recursos um recurso ordinário com prazo de cinco anos (hoje dois) na maioria dos casos decididos pela Justiça. A má interpretação que justifica o judicium rescindens há de ser tal modo aberrante do texto que equivalha a sua violação literal. A justiça sempre observa, na pratica quotidiana, esse salutar principio que, entretanto devemos degender em prol da estabilidade das decisões jurídicas.”

Sendo assim, a interpretação majoritária é a de que cabe ação rescisória quando há uma infração frontal e flagrante da regra jurídica, seja essa regra de direito processual ou material.

4.3 Violação de Literal disposição de Lei frente à pacificação da Jurisprudência.

Na mesma esteira, especialmente em matéria tributária, vem se utilizando deste instrumento rescisório nas situações em que as cortes superiores pacificam determinados entendimentos. Desta uniformização surge a possibilidade de invocar o famigerado vocábulo “violar literal disposição de lei” contra decisão proferida em sentido diverso. O que leva a conclusão de que toda e qualquer decisão que esteja em confronto com a interpretação

¹¹ J. Noronha e O. Martins, Referencias da Súmula 17, pag. 182

pacificadora do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça será suscetível de rescisão, desde que observados os demais requisitos da ação.

A Súmula 343 do STF que dispõe “*não cabe ação rescisória por ofensa literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”.

Sendo assim, se o acórdão rescindendo reflete uma das interpretações possíveis à época do julgamento e transitou em julgado, ainda que de forma contrária à outros posicionamentos existentes à época, não há o que se falar em cabimento de ação rescisória.

Este tema, contudo, tem sido objeto de inúmeras discussões e posicionamentos conflitantes uma vez que o próprio STJ e o STF não tem se pronunciado de maneira uniforme, conforme abaixo demonstrado:

“EMENTA PROCESSUAL. AÇÃO RESCISÓRIA. LEI 7.787/89 INCONSTITUCIONALIDADE – CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL – SÚMULA 343 DO STJ NÃO INCIDÊNCIA.

Se a decisão judicial rescindenda aplicou lei cuja inconstitucionalidade veio a ser declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a ação rescisória é cabível. Nada importa que a circunstância de que, na época em que se formou tal decisão, era controvertida nos tribunais a compatibilidade entre a constituição e a lei: a restrição contida na súmula 343 do STF incide somente, quando o dissídio legal.

(Rec. Esp. Nº 130.886/RS – 97/0031806-0, Relator Ministro Humberto Gomes de Barro, publicado no DJ, seção 1 aos 13 de outubro de 1.998, fl.17)

Ademais, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem decidindo no sentido de que a matéria constitucional, pela sua supremacia jurídica, não pode ficar sujeita a divergência de entendimento. Merece ser transcrita a ementa do acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 130.886-SP, da qual foi o relator o ministro Sydney Sanches:

Ação rescisória. Acidente de trabalho. Trabalhador rural. Ofensa ao Art. 165, parágrafo único da Constituição Federal, Súmula 343 (inaplicabilidade).

A Atribuição ou extensão do benefício previdenciário a categoria não contemplada no sistema próprio implica ofensa ao Art. 165, parágrafo único da Constituição Federal, dada a inexistência da correspondente fonte de custeio.

A Súmula nº 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não porem, de texto constitucional”

No mesmo sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, decidiu no seguinte sentido:

“Processual Civil. Ação Rescisória. Admissão. Súmula 343/STF. Questão constitucional. Controvérsia instalada após a prolação do acórdão rescindendo. Lei 7.689/88. Inconstitucionalidade apenas do art. 8º.

I – Admite-se a ação rescisória se o acórdão violou a Constituição e a Lei 7.689/88, ao considerar esta última como constitucional.

II – Afasta-se a aplicação da Súmula 343/STF quando a questão controvertida for de natureza constitucional. Ademais, no caso, a controvérsia entre tribunais só se instalou após a prolação do acórdão rescindendo.

III – (...)

IV – Ação rescisória julgada procedente para, rescindindo o acórdão, dar provimento parcial à apelação.”

(Ac. Da 2ª S do TRF do 1ºR – mv – AR 94.01.07215-9/DF-Rel. para o Ac. Juiz Eustáquio Silveira – j. 14/06/94 – Partes: Fazenda Nacional e Junco Agropastoril Ltda. – DJU II 22/08/94, p. 44.923 – ementa oficial)

Apesar destes posicionamentos, a o julgar REsp 736650, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça decidiu manter a aplicação da Súmula 343 do STF e não admitiu o cabimento de ação rescisória contra acórdão anterior à pacificação da jurisprudência em sentido contrário. Mesmo ciente de que o STF vem afastando a incidência da súmula em relação a questões de índole constitucional, o ministro Antonio Carlos Ferreira entende não ser cabível ação rescisória em matéria infraconstitucional quando a pacificação da jurisprudência do STJ em sentido contrário ao do acórdão que se pretende rescindir ocorreu após a sua prolação¹².

Neste caso concreto, a decisão realmente contraria a atual jurisprudência do STJ. Contudo, o acórdão rescindendo reflete uma das interpretações possíveis à época do julgamento e transitou em julgado antes do STJ consolidar a jurisprudência em sentido contrário. Entendendo, portanto, incidência a súmula 343 do STF.

Pode-se concluir, portanto, que a interpretação que mais encontra força é de que, havendo consolidação de matéria constitucional contrária ao julgado na ação rescindenda, cabe ação rescisória desde que dentro do prazo decadencial de 2 anos, não se aplicando a Súmula 343 do STF. Em se tratando de matéria infraconstitucional, cuja interpretação era controvertida à época da publicação do acórdão, ainda que o posicionamento venha a ser posteriormente consolidado, mantém-se a aplicação da Súmula 343 do STF, não se admitindo o ingresso de ação rescisória.

¹² http://www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=17495, acesso em 03/09/14

5. DA COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA AÇÃO RESCISÓRIA

Em regra, a competência originária para julgamento de ação rescisória é da Corte que em última instância apreciou a demanda rescindenda.

Independente do resultado do julgado proferido pelo Tribunal Superior, uma vez tendo sido analisada a questão controvertida, a corte julgadora torna-se competente para julgamento da rescisória:

“Direito Processual Civil. Competência para o julgamento da ação rescisória. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça que, ao negar provimento a agravo em agravo de instrumento, apreciou o mérito do recurso especial.

I – Compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar ação rescisória de seus próprios julgados (CF, Art. 105, I, “e”).

II – É competente o Superior Tribunal de Justiça para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso especial, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida. Aplicação da Súmula nº 249 do Supremo Tribunal Federal.

III – A competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar a ação rescisória aforada depois de transitada em julgado a decisão do recurso especial se estende aos aspectos não abrangidos pelo recurso.

IV – Recurso especial conhecido e provido para julgar extinto o processo sem julgamento de mérito” (STJ, RESP 595681. RELATOR MINISTRO ANTONIO DE PÁDUA RIBEIRO. DJ DATA 20/09/2004 PG 00292).”

Nesta esteira, foi editada a súmula 249 pelo C. STF determinando que “é competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória, quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida”.

Art. 102 da CF Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente: (...) a revisão criminal e a ação rescisória de seus julgados”

Sobre a questão:

“Ação rescisória deve ser ajuizada no tribunal local estadual competente para julgar a apelação (Tribunal de Justiça, Tribunal de Alçada), quando a rescisão pleiteada for da sentença; no tribunal local onde foram proferidos o acórdão ou a decisão do relator. Compete aos Tribunais Regionais Federais o julgamento das ações rescisórias de seus julgados ou dos juízos federais da região (CR, art. 108, I, b). Já as ações rescisórias da decisão do ministro-relator e do aresto proferidos no Supremo Tribunal Federal ou no Superior Tribunal de Justiça são ajuizadas nas respectivas Cortes Supremas (CR, arts. 102, I, j e 105 I, e RISTF, arts. 259; RISTJ, art. 233).”¹³

Na esteira do entendimento de Patrícia Miranda Pizzol¹⁴:

“As duas regras apontadas acima comportam exceções, como v.g., os artigos 102, I, a, e 105, I, b da CF preveem hipóteses de competência originária de tribunal; da mesma forma, o art. 702 da CLT e a Lei 7.701/88 preveem a competência originária do TST para as ações rescisórias, mandados de segurança e dissídios coletivos que excedem a competência do TRT. No âmbito do

¹³ Walter Vechiato Junior, Tratado dos Recursos Cíveis, p. 109

¹⁴ In A Competência no Processo Civil, Ed. RT., p 264.

processo civil, também as ações rescisórias são da competência dos tribunais assim como os mandados de segurança e medidas cautelares contra os atos judiciais. Os critérios utilizados pelo legislador são a qualidade das partes e a natureza da relação controvertida; logo, a competência é absoluta (improrrogável).”

Sobre o tema, Theotônio Negrão¹⁵ citando decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal:

“Art. 493:6 Se a rescisória é proposta contra acórdão de tribunal local, em hipóteses para a qual a competência originária seria do STF, não é o caso de remessa dos autos a este, para que conheça do pedido como se fosse feito para anular o seu acórdão. Aplica-se o preceito “Sententia debet esse conformis libelo”, impondo-se, em consequência, a extinção do processo (RTJ 112/74). A recíproca também é verdadeira; proposta ação rescisória contra acórdão do STF que não apreciou o mérito de recurso extraordinário, é caso de extinção do processo, pura e simplesmente (STF-Pleno, AR 1.053-1-RJ, rel. Min. Neri da Silveira, j. 19.4.91, julgaram extinto o processo, v.u., DJU 7.2.92, p. 737)”

¹⁵ In CPC Comentado, Saraiva.

6. DOS EFEITOS DA AÇÃO RESCISÓRIA FRENTE AO DISPOSTO NO ARTIGO 156 DO CTN

Dispõe o Art. 156 do CTN que a decisão judicial passada em julgado extingue o crédito tributário.

A discussão recai sobre os efeitos da decisão na hipótese da procedência da ação rescisória na medida em que a decisão rescindenda será desconstituída, reconstituindo-se o status quo e permitindo ao juízo rescindendo proferir novo julgamento da lide quando necessário.

Neste aspecto, eventual êxito da fazenda pública em ação rescisória ajuizada para desconstituir decisão que amparava o não recolhimento de tributo pelo contribuinte lhe permitirá o lançamento de todos os débitos originados sob a vigência da decisão rescindida.

Por outro lado, questiona-se a possibilidade de se lançar créditos tributários de forma retroativa. Em outras palavras não há consenso doutrinário se a decisão proferida em sede de rescisória teria efeito ex tunc ou ex nunc.

Bruno Noura de Moraes Rêgo¹⁶ ensina que:

“Os efeitos de sentença tributária em ação rescisória seriam ex nunc em razão do artigo 156 do Código Tributário Nacional que prevê, como hipótese de extinção do crédito tributário, a decisão judicial passada em julgado, ou seja, a ação rescisória não tem o condão de fazer renascer o crédito tributário extinto. Assim aborda o assinto Sacha Calmon Navarro Coelho, argumentando que há limites de direito material á ação rescisória na área de direito tributário, pois, compreende que nem mesmo a ação rescisória – quando se tratar de interpretação da norma tributária ou seja de

¹⁶ RÊGO, Bruno Noura de Moraes. Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 391. *apud* COÊLHO, I.J., P 58 A 71. Ver também: COÊLHO; DERZI; THEODORO JÚNIOR. Direito tributário contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 11-58.

pura “quaestio juris” – tem o condão de fazer renascer um crédito tributário já extinto, pois a obrigação tributária (a relação jurídica) legalmente inexistente. Inexistente não porque a sentença rescindenda assim determinou, mas senão porque uma lei complementar da Constituição – lei material – determinou este efeito para a sentença definitiva: o fim da obrigação e do crédito tributário correspondente”

De acordo com esta interpretação, o Código Tributário Nacional que disciplina as limitações ao poder de tributar em seu Art. 146, I e II, b, dentre as quais insere a coisa julgada, determina que as decisões favoráveis ao contribuinte, transitadas em julgado, extinguem o crédito tributário. De outra parte, a lei não prevê qualquer hipótese de ressurgimento do crédito tributário já extinto por força de decisão judicial passada em julgado.

Por outro lado, a corrente jurisprudencial majoritária defende que a decisão rescindenda é retirada do ordenamento jurídico juntamente com todos os efeitos por ela produzidos, podendo a nova sentença gerar efeitos retroativos.

Neste sentido, julgou o TRF da 1ª Região¹⁷:

De conseqüência, rejugando a causa, julgo procedente, em parte, o pedido, para declarar que as empresas, vendedoras de mercadorias (mercantis) e/ou vendedoras de mercadorias e serviços (mistas) estão: a) obrigadas a recolher o FINSOCIAL, à alíquota de 0,5% prevista no DI nº 1.940/82 e art. 56 do ADCT, de OUT 88 até vigência da LC nº 70/91; b) eximidas do cumprimento do art. 9º da Lei nº 7.689/88 e das majorações de que tratam as Lei n. 7.738/89 (art. 28), Lei n. 7.787/89 (art. 7º), Lei n. 7.894/89 (art. 1º) e Lei n. 8.147/90 (art. 1º); c) obrigadas a pagar a

¹⁷ TRF 1ª Região - AR nº 2002.01.00.019531-3/MG; 2ª Seção; Rel. Des. Luciano Tolentino Amaral; DJ 18/03/2003, p.11).

Contribuição Social Sobre o Lucro (CSSL), instituída pela Lei n. 7.689/88, a partir de MAR 89.

Na mesma esteira e de forma ainda mais evidente, o STJ decidiu em sede de Recurso Especial¹⁸:

“(...) II – A decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário a teor do disposto do Art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional. Julgada procedente rescisória, na espécie, volta-se ao status quo ante, ressurgindo o crédito tributário, que pode ser exigido novamente do contribuinte, eis que, com a procedência da ação, desaparece a decisão judicial passada em julgado e fica sem efeito a extinção, porquanto deixou de existir a coisa julgada.”

Nestes termos, o Art. 156, X do CTN dispõe que a decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário. Se a sentença é rescindida, contudo, o crédito permanece intacto, voltando-se ao status quo, e permitindo sua cobrança pela fazenda pública.

¹⁸ REsp 333.258 (DJ12.08.2002)

7. EXECUÇÃO FISCAL E RESCISÓRIA

Uma vez proferida a sentença em sede de ação rescisória, surge o questionamento sobre a possibilidade de execução fiscal baseada na decisão na qual a fazenda pública se logra vencedora.

Este procedimento, vem sendo comumente empregado pela Fazenda Pública uma vez que é grande a probabilidade do crédito tributário esteja extinto pela decadência, não lhe sendo possível o lançamento. Sendo assim, verificando não haver mais como lançar as quantias correspondências em face da decadência, a Fazenda então executa a sentença proferida no âmbito da ação rescisória, como se esta fosse um título executivo judicial produzido a seu favor.

Na medida em que a ação rescisória retira do mundo jurídico a sentença anterior, substituindo-a, se for o caso, por outra sentença, aos olhos da doutrina, não torna prescindível o lançamento, uma vez que o juízo somente reconhece a possibilidade do lançamento, o qual somente a fazenda pública possui competência para fazer, determinando a matéria tributária acompanhada do cálculo do tributo, identificação do sujeito passivo e aplicação da penalidade.

Assim, a execução fiscal de sentença, seja de sentença que de pela improcedência de ação declaratória movida por contribuinte, seja de sentença que julgue procedente o pedido da fazenda em ação rescisória, e flagrantemente inválida. Equivale a uma execução fiscal desprovida de título executivo, sendo um dos casos de cabimento de exceção de pré-executividade.

CONCLUSÃO

Os tributos têm a precípua função de angariar recursos para cobrir gastos públicos e contribuir para a distribuição de riquezas e manutenção dos poderes e da ordem social.

Verifica-se, contudo, que no Brasil a necessidade de arrecadação para cobrir gastos públicos desnecessários acaba por culminar na carga tributária hoje vigente e nas práticas abusivas contra o contribuinte que, por sua vez, não goza de todos os recursos que a fazenda pública dispõe e, mesmo quando vitorioso em uma lide, ainda se vê obrigado a retomar este procedimento contencioso quando diante de uma ação rescisória.

Pela plena e total ignorância da população em matéria tributária, e pela falta de vontade política em descortinar esta afronta ao cidadão, a carga tributária só tende a aumentar juntamente com a complexidade da legislação tributária, dando margem à infinitas discussões e rediscussões que se somam à a obrigatoriedade de se recolher o tributo como também se investir em estrutura para administrar, apurar e recolher ao fisco grande parte dos rendimentos auferidos e operações realizadas, mantendo o país ancorado em um recife de desperdício do dinheiro público.

Práticas sonegatórias devem ser coibidas, decisões eivadas de máculas devem ser combatidas, mas de forma racional e em busca da redistribuição de renda, principio sobre o qual se fundamenta todo e sistema tributário moderno e constantemente esquecido pela fazenda pública.

Apesar deste estigma, é necessário reconhecer que a ação rescisória em matéria tributária permanecerá como um forte e instrumento arrecadatário enquanto o sistema tributário der margens à tamanhos embates.

Referências Bibliográficas

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária – coordenador – Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética, 2006, p. 190.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário – Hugo de Brito Machado – 3ª. Ed. – São Paulo: Atlas Dialética, 2008, p.20 e 245.

SILVA, Renata Elaine – Decisões em matéria tributária: jurisprudência e dogmática do Supremo Tribunal Federal em controle de Constitucionalidade/ Renata Elaine Silva. – São Paulo: Saraiva 2009. Pg. 49

MIRANDA, Pontes, de. Tratado da ação rescisória. 2. ed. São Paulo: Bookseller, 2003, p. 521/540.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 40ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 617/643.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 8. São Paulo: Dialética, maio de 1996.

GRECO, Filho, Vicente, 1943 – Direito Processual Civil Brasileiro / Vicente Greco Filho – São Paulo: Saraiva 2003.

Carga Tributária Brasileira. Globo. Disponível em <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2014/01/carga-tributaria-brasileira-e-2-maior-da-america-latina-mostra-ocde.html>>, acesso em 02/09/2014

No Mundo Brasil só Perde para a Rússia em Sonegação Fiscal. Valor Econômico. Disponível em <<http://www.valor.com.br/brasil/3333552/no-mundo-brasil-so-perde-para-russia-em-sonegacao-fiscal-diz-estudo>>, acesso em 02/09/2014.

J. Noronha e O. Martins, Referencias da Súmula 17, pag. 182

RÊGO, Bruno Noura de Moraes. Ação rescisória e a retroatividade das decisões de controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 391. apud COELHO, I.J., P 58 A 71. Ver também: COELHO; DERZI; THEODORO JÚNIOR. Direito tributário contemporâneo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.p. 11-58.

Ação Rescisória em Matéria Tributária. Âmbito Jurídico. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1513> Acesso em 13/07/2014.

Coisa julgada inconstitucional e ação rescisória em matéria tributária. Restabelecimento do crédito tributário. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1568, 17 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/peticoes/16807>>. Acesso em 13/07/2014.

TEODORO, Rafael. Dos limites da coisa julgada em matéria tributária: comentários ao enunciado 239 da súmula de jurisprudência do STF. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3889, 23 fev. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26628>>. Acesso em: 19/09/2014.