

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Jeferson Ricardo de Jesus Yamaguchi

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Naoki Nishioka

Ribeirão Preto

2013

JEFERSON RICARDO DE JESUS YAMAGUCHI

AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Alexandre Naoki Nishioka

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

Yamaguchi, Jeferson Ricardo de JesuS

Ação Rescisória em Matéria Tributária. / Jeferson Ricardo de Jesus Yamaguchi –
Ribeirão Preto 2013

66 p

Trabalho de Conclusão de Curso – Faculdade de Direito da Universidade de são
Paulo

Orientador: Alexandre Naoki Nishioka

Nome: YAMAGUCHI, Jeferson Ricardo de Jesus

Título: Ação Rescisória em Matéria Tributária

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

*Para Maria Aparecida e Valter, meus pais, aos
meus tios Maria , Mari, Wilson, Atsuo e ao meu saudoso avô Junichiro, os quais
foram importantes guias na construção do meu caráter e que me ajudaram a
realizar os meus sonhos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha mãe por ter sido uma guerreira e me criado com tanto zelo, por ter me ensinado o que é amor, carinho, fé, honestidade, sem minha mãe eu nada seria.

Agradeço a minha tia Maria, ou “Táta”, por estar sempre ao meu lado me dando amor e carinho, ter me mostrado que nunca é demais ser bom com as pessoas.

Agradeço aos meus tios Mari e Wilson, que possibilitaram o meu crescimento, tanto espiritual quanto profissional, por me apoiarem e incentivarem os meus sonhos.

Agradeço ao meu avô, que espero que veja as minhas conquistas, seja de onde estiver.

Agradeço ao meu pai, que apesar de muitas vezes não ter conseguido entendê-lo, hoje sei plenamente que alguns ensinamentos foram para meu bem.

Agradeço ao meu tio Atsuo, que muitas vezes foi mais que um tio, foi um amigo.

Agradeço a todos os meus amigos, que estiveram ao meu lado me ajudando e me apoiando, que passaram bons e maus momentos comigo.

Agradeço ao Francisco Sérgio Nunes, que além de um grande amigo também é um grande companheiro de Faculdade, sem ele, a Faculdade não teria sido a mesma.

Agradeço ao meu Orientador, que tanto enobreceu meu trabalho me encaminhou para realizá-lo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1. AÇÃO RESCISÓRIA.....	17
1.2. Pressupostos.....	18
1.2.1. Pressupostos Genéricos da Rescisão: o Trânsito em Julgado.....	19
1.2.2. Pressupostos Específicos da Rescisão.....	20
1.2.2.1. Visão Sistemática.....	21
1.2.2.2. Violação de Literal Disposição de Lei.....	22
2. AÇÃO RESCISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	25
2.1. Princípio da Supremacia da Constituição.....	25
2.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade.....	26
2.2.1. Controle Concentrado de Constitucionalidade: A Importância da EC nº 3.....	27
2.2.2. Interpretação em Matéria Constitucional: Casos Possíveis.....	29
2.3. Controle Difuso de Constitucionalidade.....	30
3. AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.....	41
3.1. Da Súmula nº 343 e Entendimento do STF.....	41
3.2. Do Cabimento de Rescisória em Matéria de Divergência Constitucional Segundo a Linha Fixada pelo STF.....	44
3.3. Decadência.....	46
3.3.1. Noções Gerais Sobre Decadência.....	46
3.4. Aplicação do Princípio da <i>Actio Nata</i> nas Relações Tributárias.....	53
4. CONCLUSÃO.....	63
REFERÊNCIAS.....	65

INTRODUÇÃO

A relativização da coisa julgada atualmente ganha grande notoriedade no sistema jurídico brasileiro, o que se revela, de certo modo, um meio de buscar e atingir uma justiça plena, ou seja, busca-se garantir maior segurança e evitar prejuízos às relações jurídico-sociais. Sendo assim, não é de se espantar que a relativização da coisa julgada tenha ganhado destaque nos últimos tempos, visto que as relações tendem a se tornar cada vez mais complexas e difíceis, o acerto se faz algo nem sempre tão exato.

O artigo 467 do CPC, em linhas gerais, diz que a coisa julgada torna indiscutível e imutável a decisão, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário. O texto faz referência a chamada coisa julgada material, a qual tem seus efeitos além processo, ou seja, extrapolam o âmbito processual, bem como impede de rediscuti-lo e vincula o magistrado à sua decisão. A coisa julgada material é garantia constitucional (art. 5º, XXXVI, CF) e protegida em nível de cláusula pétrea, logo inerente ao Estado democrático de direito e ao acesso ao Judiciário, portanto relativizar a coisa julgada seria apenas possível através de uma Assembléia Constituinte Originária. Todavia a dinâmica da sociedade fez necessária, em alguns casos, sua relativização, já que um dos principais ideais é buscar sempre atingir a justiça, mesmo que para isso haja detrimento da segurança jurídica.

A coisa julgada, pela sua essência, visa sempre garantir uma segurança jurídica, ou seja, por fim a discussão e torná-la imutável, assim, estabiliza as relações sociais e elimina a instabilidade nociva ao convívio social. No entanto essa estabilidade pode fazer com que se eternizem também as injustiças.

Quando se busca afastar essas injustiças vale ressaltar que não tem por objetivo a destruição da auctoritas rei judicatae ou a transgressão da proteção que lhe assegura a lei ou a Constituição, apenas se reveste de caráter extraordinário. De acordo com Dinamarco¹:

"Propõe-se apenas um trato extraordinário destinado a situações extraordinárias com o objetivo de afastar absurdos, injustiças

¹DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista da Ajuris.

flagrantes, fraudes à Constituição - com a consciência de que providências destinadas a esse objetivo devem ser tão excepcionais quanto é a ocorrência desses graves inconvenientes. Não me move o intuito de propor uma insensata inversão, para que a garantia da coisa julgada passasse a operar em casos raros e a sua infringência se tornasse regra geral".

Nota-se, ainda, quão difundida está a idéia de se buscar a justiça, pelo grande pensamento do STJ Ministro José Augusto Delgado:

"A injustiça, a imoralidade, o ataque à Constituição, a transformação da realidade das coisas quando presentes na sentença viciam a vontade jurisdicional de modo absoluto, pelo que, em época alguma, ela transita em julgado. Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. Aqueles são pilares, entre outros, que sustentam o regime democrático, de natureza constitucional, enquanto este é valor infraconstitucional oriundo de regramento processual".

"Cresce a preocupação da doutrina com a instauração da coisa julgada decorrente de sentenças injustas, violadoras da moralidade, da legalidade e dos princípios constitucionais".

"Nunca terão força de coisa julgada e que poderão, a qualquer tempo, ser desconstituídas, porque praticam agressão ao regime democrático no seu âmago mais consistente que é a garantia da moralidade, da legalidade, do respeito à Constituição e da entrega da justiça".

Portanto há de se ter um modo, mesmo que de modos atípicos, de controlar a conformidade das sentenças, ainda que transitado em julgado. É justamente nesse bojo em que repousa a ação rescisória, notadamente no que tange à constitucionalidade. Como exemplo temos a chamada coisa julgada inconstitucional, prevista no artigo 741, parágrafo único do CPC, segundo o qual: "considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal".

A doutrina também traz outra figura, a chamada “coisa julgada injusta inconstitucional”, a qual se fundamenta em decisões absurdas, de grave injustiça ou que violam direitos previstos constitucionalmente, sendo assim, a coisa julgada deve ser afastada. Considerando que nenhum direito, por mais fundamental que seja, é elevado à condição de absoluto, deveria, em situações como esta, ser afastada a segurança jurídica. Não obstante seja uma garantia constitucional, não pode, a coisa julgada ser considerada direito absoluto de modo a impedir a desconstituição de julgados, em que é manifesta a inconstitucionalidade de seu conteúdo.

Em nossa análise referente à aplicação da ação rescisória no campo do direito tributário frente às novas decisões do Supremo Tribunal Federal em controle difuso de constitucionalidade, faremos tratar de alguns temas que devem necessariamente ser elencados para que possamos ao final fazer um encontro de tais institutos e a abordagem que entendemos ser a correta.

1. AÇÃO RESCISÓRIA

A ação rescisória é uma forma autônoma de impugnação judicial que visa desconstituir uma decisão judicial transitada em julgado, abrindo-se desta forma uma nova relação processual, diferenciando-a desta forma dos recursos.

O que se pede na ação rescisória?

Na ação rescisória pede-se a desconstituição de sentença que, preenchendo os requisitos do ato jurídico processual, viole algum dos preceitos contidos no art. 485 do CPC.

Para melhor elucidação sobre a ação rescisória cabe destacar as sábias palavras de Barbosa Moreira: “Chama-se ação rescisória à ação por meio da qual se pede a desconstituição de sentença transitada em julgado, com eventual rejuízo, a seguir, da matéria nela julgada” e complementa dizendo que a sentença rescindível não é nula, mas sim anulável, pois “uma invalidade que só se opera depois de judicialmente decretada classificar-se-á, com melhor técnica como anulabilidade. Rescindir, como anular, é desconstituir” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos de, “Comentários ao Código de Processo Civil, “11ª ed. Vol V, Rio de Janeiro: Forense, 2003.)

Portanto, ação rescisória é um julgamento de julgamento, pois é um processo sobre outro processo, ou seja, não se examina o direito de alguém, mas sim uma sentença, a qual já transitou em julgado, é remédio processual autônomo, diferente de recurso, visto que o seu objeto é a própria sentença rescindenda, porque ataca a coisa julgada formal de tal sentença.² Assim, para que seja ação rescisória, deve ter ocorrido o trânsito em julgado, caso tal sentença possa ser revogada, reformada ou retratada, não há que se falar em ação rescisória, pois falta justamente a coisa julgada formal.

O julgamento da ação rescisória comporta dois juízos de mérito: *o juízo rescindente* – em que será decidido se a decisão rescindenda deverá ou não ser desconstituída – e *o juízo rescisório* – subordinado ao prévio acolhimento do juízo rescindente, em que será realizado um novo julgamento da “causa rescindenda”, com a procedência ou a improcedência desta. Cada juízo será exercido em capítulos distintos da decisão que julgar a ação rescisória, sendo que o capítulo que, em *juízo rescindente*, julgar procedente o pedido de

² MIRANDA, Pontes. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1ª ed. Tomo VI, Forense, 1975. p. 184.

rescisão da coisa julgada, terá natureza constitutiva negativa – consequência direta disso é que os seus efeitos serão prospectivos (eficácia *ex nunc*, própria das sentenças constitutivas).

Uma vez desconstituída a decisão, passa-se ao exame do *juízo rescisório*, oportunidade em que serão rejuizados os pedidos postos na causa originária: se estes forem tidos como procedentes, o específico capítulo que os rejuizar lhes absorve a natureza, de modo que tal capítulo poderá ter, conforme o caso, natureza constitutiva, declaratória ou condenatória; por outro lado, se os pedidos deduzidos na ação originária forem julgados improcedentes, o capítulo que os rejuizar terá natureza *declaratória negativa*, como, no mais, ocorre com a generalidade das sentenças de improcedência de demanda.

Importante notar, que o capítulo da decisão que, *em juízo rescisório*, declarar improcedentes os pedidos contidos na demanda originária, reveste-se de *efeitos retroativos* (eficácia *ex tunc*, própria das sentenças declaratórias), significando desta forma, que a declaração de improcedência da demanda originária, constante da decisão proferida na ação rescisória, substitui, com efeitos retroativos, a decisão rescindida, doravante extirpada do mundo jurídico; e isso significa, ainda, que todos os efeitos eventualmente decorrentes da decisão rescindida desfazem-se retroativamente, de forma que a situação jurídica exposta e julgada na ação originária retoma o seu *status quo* anterior. Conforme nos ensina o Professor Pontes de Miranda “a execução ou cumprimento de sentença rescindente, se advém a rescisão com a desconstituição completa, não pode beneficiar a quem recebeu algo do efeito sentencial” (MIRANDA, Pontes. Tratado da Ação Rescisória, São Paulo, 2003, p.539-550.)

Essa natureza declaratória da decisão que, em *juízo rescisório*, julga procedente a ação rescisória, seguida pela eficácia retroativa que lhe é própria, poderia, a princípio, e especificamente no que tange ao campo do direito tributário, conduzir à conclusão de que a rescisão de decisão judicial que havia declarado inexistente determinada relação jurídica tributária, com a sua substituição por outra decisão, agora julgando improcedente a ação originária, autoriza a exigência, pelo Fisco, de tudo o que deixou de ser pago pelo contribuinte durante todo o período em que estavam em vigor os efeitos da decisão rescindida, assim como, o contribuinte pode, exigir o ressarcimento de tudo que já foi pago.

1.2. Pressupostos

Some-se aos pressupostos normais de qualquer ação, os chamados pressupostos de admissibilidade, tais como: (i) uma sentença de mérito e (ii) os motivos alocados no art. 485 CPC, temos os próprios da ação rescisória, os quais serão tratados adiante. Importante notar que, como mérito, entende-se o que está descrito no art. 269, IV CPC:

Art. 269 – Haverá resolução de mérito :

I – quando o juiz acolher ou rejeitar o pedido do autor ;

II – quando o réu reconhecer a procedência do pedido;

III – quando as partes transigirem;

IV – quando o juiz pronunciar a prescrição ou a decadência;

V – quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.

1.2.1. Pressupostos Genéricos da Rescisão: O Trânsito em Julgado

A coisa julgada representa apenas uma segurança, como também é instituto que obedece a razões políticas, que tem como objetivo garantir a certeza do direito que assegura a paz social. Justamente por isso, a coisa julgada está assentada em preceito constitucional (art. 5º, inc. XXXVI, CF), pois a relevância da imutabilidade e da indiscutibilidade das sentenças, Segundo Ada Pellegrini Grinover, concretiza o anseio de certeza do direito presente nas relações sociais.³

Exatamente por estes motivos é que em casos excepcionais, que devem ser taxativamente prescritos pelo legislador, há a possibilidade de desconstituir a coisa julgada, dentre essas possibilidades está a ação rescisória, a qual apenas ocorre quando a sentença se reveste de vícios extremamente graves, casos em que o valor “justiça” deve prevalecer frente ao da segurança jurídica.⁴

Uma sentença de mérito só pode ser rescindida quando houver o trânsito em julgado, ou seja, como popularmente se diz no direito brasileiro, a sentença da qual não

³ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 10.

⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 10.

coube recurso algum, seja ele ordinário ou extraordinário e nem esteja sujeita ao duplo grau de jurisdição.⁵ Assim, segundo Barbosa Moreira, cabem duas hipóteses:

- a) A Sentença é *originariamente irrecorrível*, portanto o trânsito em julgado ocorre com a própria publicação;⁶
- b) A sentença é *recorrível*, portanto o trânsito em julgado ocorre quando ela deixa de ser. Seja por fato, antes ou depois da interposição, torne inadmissível o recurso. A causa mais comum é o esgotamento do prazo de interposição, mas há a desistência do recurso e também quando se esgotarem todos os recursos, vale ressaltar que não é pressuposto de rescindibilidade a necessidade de se utilizar todos os recursos cabíveis.⁷ Ainda, segundo explicação do ilustre jurista:

“vale a pena frisar que, se contra a sentença se interpôs algum recurso, e este chegou ao órgão *ad quem*, só se pode dizer que ela transitou em julgado caso (e na medida em que) esse órgão deixe de conhecer do recurso, ou – hipótese equivalente – o relator, com fundamento em alguma norma legal (v.g., art. 557, caput), o rejeito por inadmissível: abre-se então a indagação sobre o *momento* – que necessariamente *anterior* – em que se terá configurado a inadmissibilidade e, por conseguinte, terá ocorrido o trânsito em julgado. Quando o órgão *ad quem* conhece do recurso, a decisão impugnada *jamais* transita em julgado: ou é anulada, ou substituída pelo julgamento de grau superior, seja de teor igual ou diferente; e em qualquer dessas hipóteses deixa de vigor como ato decisório. Daí se conclui que nunca terá cabimento ação rescisória contra sentença da qual se interpôs recurso *conhecido* (cf., *supra*, o comentário nº 69 e, aí, a nota 37).”⁸ (BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 116)

1.2.2. Pressupostos Específicos da Rescisão

⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 116.

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 116

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 116.

⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 117.

1.2.2.1. Visão Sistemática

Quanto se fala em ação rescisória, fala-se em meio de impugnação de sentença e, portanto, surge a ideia de censura ou crítica, justamente em consequência de *defeito* relacionado com a decisão. Ao analisar o artigo 485 do CPC, nota-se isso claramente, bem como se verifica que a maior parte do que está previsto advém de um julgamento defeituoso. Vejamos:

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.

Neste trabalho destaque-se que nosso recorte epistemológico encontra-se no inciso V do art. 485 CPC. A abordagem que interessa ao presente trabalho passa por este inciso. Entretanto ajuizada a ação rescisória sob qualquer dos incisos constantes do art. 485 CPC, teremos na análise do julgador três aspectos fulcrais que são:

(i) examina-se a admissibilidade da ação (questão prévia);

(ii) aprecia-se o mérito da causa, rescindindo ou não a sentença impugnada (*judicium rescindens*);

(iii) novo julgamento da matéria que foi objeto da sentença rescindida (*judicium rescisorium*).

1.2.2.2. Violação de Literal disposição de Lei

Segundo Barbosa Moreira⁹, deve-se entender “Lei”, no dispositivo, em seu sentido amplo, ou seja, compreendendo a Constituição, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo, a resolução (Carta da República, art. 59), o decreto emanado do Executivo, o ato normativo baixado por órgão do Poder Judiciário. Vale ressaltar que não há diferença, a este respeito, entre normas jurídicas editadas pela União, Estados ou Municípios, bem como, a de norma jurídica estrangeira, no caso de tê-la de aplicá-la.

Temos, desse modo, que cada violação constitui uma causa *petendi*, ou seja, o autor deverá, na inicial, indicar a norma a qual, segundo ele, foi infringida. Nada obsta o autor alegar que a decisão rescindenda infringiu mais de uma norma, portanto, haverá duas causas de pedir, caso não se verifique a violação o pedido será julgado improcedente. Barbosa Moreira ainda completa: “Não é indispensável que se haja invocado em termos expressos, no feito anterior, a norma supostamente violada” (Barbosa Moreira). O órgão que proferiu a decisão rescindenda tinha de aplicar à espécie o direito pertinente, ainda no silêncio das partes (*iura novit cúria*).¹⁰

Uma questão importante é a de que decisão contrária à jurisprudência não enseja pressuposto para propositura de ação rescisória, ainda que seja contra súmula. O órgão julgador da ação rescisória poderá, segundo seu livre convencimento, declarar improcedente o pedido, seja ele divergente a interpretação dada à norma pela sentença ou consagrada em súmula, bem como dar pela procedência, mesmo que coincidentes as interpretações. Nesse

⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 129.

¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos de. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 131.

sentido, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, entendeu que a ação rescisória, por ser remédio excepcional e não recurso ordinário, não caberia em matéria de interpretação. Segundo o ex-ministro Cunha Peixoto da Suprema Corte:

“Ora, a violação há de ser a literal disposição de lei. Violação clara e inequívoca do que estatui nitidamente o dispositivo. Nesse caso dos autos não está a interpretação que se opõe a uma corrente doutrinária ou jurisprudencial. É preciso, para a invocação do art. 798, I, c, (hoje art. 485, V) estritamente contrariedade ao dispositivo, para usar da expressão grata aos Juízes de luminosa memória, que honraram o STF, há mais de quarenta anos” (RTJ 73/341).

Passa-se a seguir a analisar algumas jurisprudências que assentam tal entendimento.

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - ALEGAÇÃO DE DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL - INOCORRENCIA DE OFENSA A LEI FEDERAL - ARTIGOS 488, I, E 495, CPC - SUMULA 7-STJ-. 1. DESATENDIDAS AS EXIGENCIAS LEGAIS (ART. 26, PARAG. ÚNICO, LEI 8038/90), NÃO SE CONHECE DE SUSCITADA DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL (ALINEA C, III, ART. 105, C.F.). 2. ADEQUADA A FUNDAMENTAÇÃO DO ACORDÃO NO ACERTAMENTO DA LIDE, SEM O VISLUMBRE DE MALFERIR DISPOSIÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS, IMPROCEDE O PLEITO PARA SER DESCONSTITUÍDO. AS REFERENCIAS PROBATORIAS REFOGEM DA VIA ESPECIAL (SUMULA 7-STJ-). 3. RECURSO IMPROVIDO (STJ - REsp: 25430 SP 1992/0019000-6, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 30/08/1994, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 19.09.1994 p. 24651)

AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADA. PEDIDO INACOLHIDO. A MERA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL ACERCA DA MATÉRIA, NÃO AUTORIZA A RESCISÃO DO JULGADO. (TJ-DF - AR: 20060020043986 DF, Relator: CARMELITA BRASIL, Data de Julgamento: 20/11/2006, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJU 11/01/2007 Pág. : 52)

Logo, percebe-se, através da jurisprudência apresentada, que divergência jurisprudencial não dá ensejo a ação rescisória, embora, não seja algo recente, como veremos a seguir: “O dissídio jurisprudencial afasta o cabimento da ação rescisória” (Voto do Min. Djaci Falcão, Ação Rescisória nº 891-PB., *in* RTJ 73/343).

Justamente nesse sentido é que foi editada a Súmula nº 343 do STF, a qual tem a seguinte redação: “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”. No entanto, haverá uma abordagem mais profunda sobre a súmula posteriormente.

2. AÇÃO RESCISÓRIA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Controle de constitucionalidade é uma idéia que está intimamente ligada à Supremacia da Constituição perante todas as normas e leis.

Alexandre de Moraes (MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. 5ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.535.) conceitua controle de constitucionalidade das leis significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição Federal, verificando seus aspectos tanto formais, quanto materiais.

O controle de constitucionalidade consiste no conjunto de mecanismos, aptos a garantir a supremacia constitucional, verificando a conformidade da lei à constituição. A inconstitucionalidade pode ser definida como aquele comportamento estatal que conflita no todo ou em parte com a Constituição.

No Brasil o controle de constitucionalidade é exercido de duas maneiras, pelo controle difuso e pelo controle concentrado. O controle difuso, em linhas gerais, é aquele em que a parte alega, como fundamento da ação ou da defesa, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, ou seja, a alegação é *incidenter tantum*, bem como sempre constitui *questão prejudicial*; o concentrado é por meio de ação direta, a qual visa a própria declaração de constitucionalidade¹¹.

2.1. Princípio da Supremacia da Constituição

Com referência às classificações das constituições, a Constituição Brasileira é denominada de rígida, pois depende de um processo especial para sua alteração, processo este bem mais difícil para sua modificação do que aquele previsto para alteração das demais leis, colocando desta forma a Constituição no ápice do sistema jurídico, assim, temos que as previsões constitucionais devem prevalecer sobre todas as demais leis.

Faremos um recorte no estudo do controle de constitucionalidade, para que possamos entender todo o mecanismo envolvido na propositura de ação rescisória em matéria constitucional

¹¹ Buzaid, Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro, Saraiva, 1958, pp. 138/139.

2.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade

O controle concentrado é aquele realizado por ação direta, ou seja, é um controle feito via principal. Sua origem se baseia na Constituição Austríaca de 1920, essa, por sua vez, foi baseada na teoria de Hans Kelsen, criador do controle concentrado. Esse controle nasceu como forma de garantia dos preceitos constitucionais, para tanto foi criado um Tribunal Constitucional para que fosse realizado o controle judicial de constitucionalidade. Segundo as palavras de Hans Kelsen:

[...] se a Constituição conferisse a todas e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos do Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado órgão jurídico.[...]

E conclui:

[...] se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como inconstitucional não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal. Até esse momento, porém, a lei é válida e deve ser aplicada por todos os órgãos aplicadores do direito”.¹²[...]

No Brasil, o controle concentrado surgiu com a Emenda Constitucional nº 16, em 6.12.1965, a qual conferiu ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo das esferas federais e estaduais, desde que o procurador-geral da república apresentasse¹³.

Através do controle concentrado busca-se a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, importante ressaltar que não há necessidade de um caso concreto para tanto. Seu principal objetivo é obter a invalidação da lei, para que,

¹² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 288-290

¹³ MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 5ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.730

assim, garanta-se a segurança das relações jurídicas, uma vez que essas não podem ser baseadas em normas inconstitucionais¹⁴.

Assim, a sentença que decretar a inconstitucionalidade fará coisa julgada material, nos termos dos arts. 467 e 468 da CF, sua eficácia será *erga omnes*, pois, segundo o entendimento de Ada Pellegrini Grinover, será:

[...] da própria substituição processual que se opera na pessoa ou ente titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade; e também por força da titularidade passiva da ação, que se configura no próprio órgão público do qual emanou a lei ou ato inconstitucional¹⁵. [...]

Portanto, qualquer interessado poderá basear-se na exceção de coisa julgada para impedir que haja novamente um pronunciamento judicial sobre a resposta, ainda que o Senado Federal não tenha suspenso a eficácia da lei ou ato normativo, isso decorre do fato de que a coisa julgada abrange o substituto e o substituído. A declaração de inconstitucionalidade, como se verifica, será vinculante a todas as autoridades aplicadoras da lei, as quais não poderão mais dar execução a lei que foi declarada inconstitucional, sob pena de violar a coisa julgada¹⁶. A eficácia *erga omnes* conferida pelo controle concentrado atribui o efeito *ex tunc*, logo, a lei torna-se ineficaz desde seu nascimento, bem como tudo o que decorreu de sua promulgação serão nulos.

2.2.1. Controle Concentrado de Constitucionalidade: A Importância da Emenda Constitucional nº 3

O controle concentrado se dá através de 5 (cinco) espécies, que são elencadas pela Constituição, a saber:

- a) Ação direta de inconstitucionalidade genérica (art. 102, I, *a*);

¹⁴ MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional. 5ed. São Paulo: Atlas, 1999, p.731.

¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 15.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 16.

- b) Ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 36, III);
- c) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2º);
- d) Ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º, *in fine*, EC nº 03/93);
- e) Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1º).

Com a EC nº 3, de 17 de março de 1993, foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal a competência de julgamento de ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (art. 102, I, *a* e § 2º):

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

I - processar e julgar, originariamente:

- a) A ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

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

Logo, com a EC nº 3 foi criada, no ordenamento jurídico brasileiro, a ação declaratória de constitucionalidade, a qual é simétrica à ação direta de inconstitucionalidade, ou seja, com eficácia *erga omnes* e efeitos *ex tunc*. Sua importância reside no fato de que agora seja uma ADI declarada constitucional, a declaração fará coisa julgada e com isso, trará todos os efeitos já mencionados, para tanto a manifestação do ponto deve ser por maioria absoluta. Ganha-se, desse modo, economia processual, vez que não há necessidade de ajuizamento de ação direta de constitucionalidade. Entretanto, vale ressaltar que isso não impede que se ajuíze nova demanda, desde que a causa de pedir seja diversa, bem como que se declare, agora, inconstitucionalidade baseada na nova causa de pedir.

O mesmo ocorre se numa ação direta declaratória for, por maioria absoluta, rejeitado o pedido e declarada a inconstitucionalidade, portanto, os efeitos serão os mesmos, haverá coisa julgada, eficácia *erga omnes* e *ex tunc*. Também não será necessário a ajuizamento de ADI.

Entretanto, se a constitucionalidade ou inconstitucionalidade for declarada *incidenter tantum*, em via prejudicial, pelo controle difuso, não ocorrerá a formação da coisa julgada. Apenas nos casos de declaração de inconstitucionalidade o Senado Federal poderá suspender a execução da lei que foi assim declarada pelo STF, bem como seus efeitos serão *ex nunc*. Mas como veremos, na parte que trata de controle difuso, atualmente, há meios que não tornem tal assertiva totalmente verdadeira.

2.2.2. Interpretação em Matéria Constitucional: Casos Possíveis

Apresentado os meios de controle concentrado e a evolução trazida pela EC nº 3, necessário se faz analisar as hipóteses em que determinado tributo foi ou não declarado constitucional e as possíveis divergências entre tribunais, bem como os casos em que são possíveis a propositura de ação rescisória.

- a) Ação direta de inconstitucionalidade: caso seja declarada a inconstitucionalidade, faz coisa julgada *erga omnes* e *ex tunc*, portanto vincula os demais órgãos do Judiciário e impede que haja divergências de interpretação. Se o pedido for rejeitado e, portanto, declarada a constitucionalidade, desde que por maioria absoluta, os efeitos serão os mesmos e também vinculará os órgãos do Judiciário e impedirá divergências de interpretação.
- b) Ação direta declaratória de constitucionalidade: semelhante ao item anterior.
- c) Declaração da inconstitucionalidade pelo sistema difuso: a decisão é proferida *incidenter tantum*, portanto não há efeito de coisa julgada material e não há efeitos vinculantes, os tribunais poderão divergir sobre a interpretação constitucional. Se o Senado Federal suspender a

execução da lei, que passará a ter efeito geral, mas *ex nunc*, não poderão os tribunais continuar a divergir sobre a interpretação constitucional. Todavia, caso a visão adotada seja de que os efeitos serão *ex tunc*, poderá, segundo tal visão, dar ensejo ao cabimento de rescisória.

- d) Declaração de constitucionalidade pelo sistema difuso: semelhante ao item anterior.

Diante do exposto, nos resta agora, aprofundar a questão do controle difuso de constitucionalidade, o qual ganha particular destaque no trabalho desempenhado, visto que é a principal fonte de ações rescisórias.

2.3. Controle Difuso de Constitucionalidade

Qualquer juízo ou tribunal (difuso) é permitido apreciar a alegação de inconstitucionalidade no caso concreto, inclusive *ex officio*, sendo que o argumento de inconstitucionalidade é analisado por um juiz quando da análise de uma determinada ação (incidentalmente). Nesse ponto, anoto que a apreciação de inconstitucionalidade é uma questão prejudicial que deverá ser interpretada pelo juiz antes da decisão de mérito por ele enfrentada.

A parte que alega a inconstitucionalidade de determinada lei no seu caso sob análise, objetiva na verdade, a não aplicabilidade daquela norma no caso específico (no caso *sub judice*), sendo que aquela decisão não trará efeitos perante terceiros (apenas efeitos *inter partes*), porém como regra geral, seus efeitos serão *ex tunc*.

Conforme dispõe o art. 52, X da CF/88:

Art. 52, X: Compete privativamente ao Senado Federal:

(...)

X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Mostra-se desta maneira que somente através da resolução do Senado Federal é que aquela determinada lei considerada inconstitucional passará a ter efeitos *erga omnes* (contra todos) e *ex nunc* (a partir de).

Conforme abordaremos ainda neste trabalho, a questão que se coloca na atual dogmática do STF é quanto ao papel do Senado Federal relativo ao Controle Difuso de Constitucionalidade.

Informativo 454 do STF – Neste informativo a Corte Suprema entendeu que o papel do Senado Federal referente ao controle difuso seria apenas de dar publicidade às decisões finais, sendo tais decisões do STF, por si mesmas, *erga omnes*.

Informativo 341 do STF – Aplicação da técnica da modulação temporal dos efeitos, prevista no art. 27 da lei 9868/99, ao controle difuso de constitucionalidade.

Ressalte-se no presente trabalho que atualmente em muito se aproximam o controle concentrado e o difuso de constitucionalidade, para melhor entendimento verifiquemos o que dispõe o glossário jurídico do STF

Reserva de Plenário

Descrição do Verbete: O artigo 97 da Constituição Federal de 1988 estabelece que: somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Diversos tribunais possuem órgãos fracionários (Turmas, Seções, Câmaras etc...) e, em regra, a composição destes órgãos julgadores se dá em número bem inferior a composição total da Corte. Portanto, é praticamente impossível que estes órgãos consigam reunir a maioria absoluta dos membros do tribunal para declarar a inconstitucionalidade de uma norma (exceção da Corte Especial do STJ). Entretanto, como salienta o jurista Pedro Lenza, a fim de preservar o “princípio da economia processual, da segurança jurídica e na busca da desejada racionalização orgânica da instituição judiciária brasileira, vem-se percebendo a inclinação para a dispensa do procedimento do art. 97 toda vez que já haja decisão do órgão especial ou pleno do tribunal, ou do STF, o guardião da Constituição sobre a matéria”. Súmula Vinculante 10 A importância de se observar a cláusula de reserva de Plenário para que a declaração de inconstitucionalidade seja válida foi recentemente ressaltada pela Suprema Corte na edição da Súmula Vinculante nº 10: VIOLA A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO (CF, ARTIGO 97) A DECISÃO DE ÓRGÃO FRACIONÁRIO DE TRIBUNAL

QUE, EMBORA NÃO DECLARE EXPRESSAMENTE A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO DO PODER PÚBLICO, AFASTA SUA INCIDÊNCIA, NO TODO OU EM PARTE.

Súmula vinculante

Com a promulgação da Emenda Constitucional 45/04, o processo incidental de controle de constitucionalidade foi arejado, pois através do art. 103 – A da Constituição Federal dispõe:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

§ 1º A Súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar; caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem aplicação da súmula, conforme o caso.

Repercussão geral

Verifiquemos o que dispõe o glossário jurídico do site do STF (www.stf.jus.br)

à respeito:

Descrição do Verbete: A Repercussão Geral é um instrumento processual inserido na Constituição Federal de 1988, por meio da Emenda Constitucional 45, conhecida como a “Reforma do Judiciário”. O objetivo

desta ferramenta é possibilitar que o Supremo Tribunal Federal selecione os Recursos Extraordinários que irá analisar, de acordo com critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica. O uso desse filtro recursal resulta numa diminuição do número de processos encaminhados à Suprema Corte. Uma vez constatada a existência de repercussão geral, o STF analisa o mérito da questão e a decisão proveniente dessa análise será aplicada posteriormente pelas instâncias inferiores, em casos idênticos. A preliminar de Repercussão Geral é analisada pelo Plenário do STF, através de um sistema informatizado, com votação eletrônica, ou seja, sem necessidade de reunião física dos membros do Tribunal. Para recusar a análise de um RE são necessários pelo menos 8 votos, caso contrário, o tema deverá ser julgado pela Corte. Após o relator do recurso lançar no sistema sua manifestação sobre a relevância do tema, os demais ministros têm 20 dias para votar. As abstenções nessa votação são consideradas como favoráveis à ocorrência de repercussão geral na matéria.

Com estas inovações trazidas ao cenário jurídico brasileiro, poderemos ter através do controle difuso de constitucionalidade seus efeitos modificados de *inter partes* para *erga omnes*.

Poderemos ter no caso concreto uma questão sendo levada ao STF para discussão de sua constitucionalidade, pois no juízo *a quo*, por exemplo, julgou-se determinada lei como inconstitucional.

Caso o STF julgando aquela matéria, respeitando a chamada reserva de plenário, sendo que os órgãos fracionários dos Tribunais somente devem remeter à análise do Plenário ou do órgão Especial o incidente de inconstitucionalidade quando a questão estiver sendo decidida pela primeira vez. No entanto, se já existir decisão anterior sobre a mesma matéria, os órgãos fracionários não poderão remeter a questão ao tribunal pleno, limitando-se e vinculando-se desta maneira ao que foi anteriormente decidido pelo órgão maior.

Percebe-se claramente uma modificação de postura do STF, no sentido de atribuir efeitos *erga omnes* ao controle de constitucionalidade sem a participação do Senado Federal, sobretudo, o controle feito através do Recurso Extraordinário.

O jurista Fredie Didier Junior denominou este fenômeno de “Abstrativização do controle concreto de constitucionalidade” (Didier Jr., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição. Estudos em

homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coordenadores). São Paulo: RT, 2006.)

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RE 376852 de 17-12-03, assinalou sobre o recurso extraordinário “este instrumento deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva”.

Podemos citar ainda outros posicionamentos tidos pelo STF, mostrando a tendência da chamada abstrativização do controle difuso – A decisão do plenário do STF que declarou a inconstitucionalidade do § 1º, art. 2º, da lei 8072/90 (progressão do regime dos crimes hediondos) em sede de Habeas Corpus 82.959/SP e a definição do número de vereadores do Município de Mira Estrela, analisado no RE 197.917.

O guardião da Constituição é o Supremo Tribunal Federal, ele, tanto através do controle concentrado, quanto do controle difuso realiza o controle de constitucionalidade, ele dá a última palavra com relação à constitucionalidade de qualquer ato normativo estatal.

No trabalho em análise cabe discutir o papel do recurso extraordinário (art. 102, III) no controle difuso, pois será ele que levará a discussão de uma decisão submetida anteriormente a um juízo ou tribunal para apreciação da inconstitucionalidade, atuando desta forma como órgão revisor.

Era comum no Brasil se levar questões de caráter puramente privadas até a corte suprema e para se modificar esta situação é que vários mecanismos foram criados, conforme citados anteriormente: Repercussão Geral (Lei 11418/06) – Determina que uma questão para ser apreciada pelo STF, deverá ser verificada a existência de questões que tenham relevância: econômica, política, social ou jurídica, que extrapolem os interesses subjetivos da causa.

Como fazer para que uma decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade que em regra tem efeitos *inter partes* e *ex nunc* passa a ter efeitos *erga omnes* e vinculante? Duas são as possibilidades já elencadas anteriormente: Resolução do Senado Federal (art.52, X CF) e instituto da Súmula Vinculante.

O que se busca com estas duas possibilidades é a uniformização da corte suprema do país buscando dar uniformidade às suas decisões e vinculando desta maneira os juízos inferiores e busca-se em nossa opinião combater o congestionamento do Poder

Judiciário e dar celeridade à prestação jurisdicional, pois justiça tardia não é justiça, é na verdade injustiça.

Ciente de suas responsabilidades como guardião da Constituição, atualmente o Supremo Tribunal Federal, vem mudando seu posicionamento com respeito à necessidade de resolução do Senado Federal para conferir efeitos *erga omnes* e vinculantes à decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade.

O Ministro Gilmar Mendes Ferreira assim se pronunciou no Processo Administrativo nº 318.715/STF:

“O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Constitucional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (...)

A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem a de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos.”

O que na verdade está acontecendo é uma verdadeira mutação constitucional, ocorrendo uma aproximação dos efeitos do controle concentrado com o controle difuso.

Esclarecedoras as palavras de Marcelo Novelino (NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 2ªed. São Paulo: Método, 2008).

“Diversamente da emenda, que é um processo formal de alteração da Lei Fundamental (art.60), a mutação ocorre por meio de processos informais de modificação do significado da Constituição sem alteração do seu texto. Alterando-se o sentido da norma constitucional, sem a modificação das palavras que a expressam. Esta mudança pode ocorrer com o surgimento de um novo costume constitucional ou pela via interpretativa.”

Mais uma ferramenta foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se dar maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional do STF. Analisemos o art. 543-B do Código de Processo Civil:

Art.543- B: Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo (Acrescentado pela Lei 11418/06)

§1º caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-lo ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§3º Julgado o mérito de recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, turmas de Uniformização ou turmas recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral.

O que se verifica através dos institutos aqui mencionados é a chamada objetivização do controle difuso de constitucionalidade, pois na essência, qual a diferença entre a decisão emanada por um Recurso Extraordinário e uma ADI/ADC declarada pelo pleno do STF? Em nossa opinião, se a decisão que dali sobrevier resolver dar a palavra final sobre determinado assunto e que se no caso do RE, o Supremo fazendo uso de suas prerrogativas, buscar na sua decisão não modular seus efeitos, fazer valer o princípio da supremacia da constituição e levando-se em conta o Senado Federal apenas como órgão que dará publicidade à decisão, estaremos dando um passo enorme para uma verdadeira prestação jurisdicional por parte do STF, decisão que vincule os órgãos inferiores (com efeitos *erga omnes* e *ex tunc*), não existirá diferença entre elas.

Caberá ao Superior Tribunal Federal definir no caso em análise, qual será a extensão que ele objetiva com sua decisão, ou seja, resolvendo aquela questão e servindo de exemplo para todas as demais (*leading case*) que versem sobre a mesma causa de pedir, decisão esta em torno da qual as outras gravitarão obrigatoriamente no futuro.

Para um melhor entendimento confira-se o Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011, itens 27 e seguintes:

“Acontece que essa concepção tradicional acerca das duas modalidades de controle de constitucionalidade tem sido gradualmente relativizada por uma tendência, verificável no sistema jurídico pátrio e que já se espalha no âmbito da Suprema Corte, de aproximar a natureza e – até mesmo, em algumas situações, a extensão da eficácia vinculante – das decisões proferidas pelo STF nas duas modalidades de controle de constitucionalidade das leis, naquilo que, na feliz expressão de GILMAR FERREIRA MENDES, revela-se como uma tendência de “dessubjetivação” das formas processuais, especialmente daquelas aplicáveis ao modelo de controle incidental, antes dotadas de ampla feição subjetiva, com simples eficácia *inter partes*.

Tal tendência de “dessubjetivação” do controle de constitucionalidade exercido na modalidade difusa, aproximando-o do exercício na modalidade concentrada, pode ser identificada nos seguintes exemplos, escolhidos à citação por parecerem revelar uma verdadeira mudança de paradigma, ou, ao menos, um processo de transição nesse sentido:

- (i) entendimento, manifestado pelo STF no julgamento da ADIN nº 4071, no sentido de que a existência de prévia decisão do seu Plenário considerando constitucional determinada norma jurídica, ainda que em sede de Recurso Extraordinário (em controle difuso portanto), torna manifestamente improcedente ADIN posteriormente ajuizada contra essa mesma norma. Tal entendimento evidencia que a natureza e a extensão dos efeitos oriundos das decisões dadas, pelo STF, em controle concentrado e em controle difuso de constitucionalidade não diferem substancialmente; do contrário, caso as decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso de constitucionalidade apenas vinculassem as partes da demanda concreta, a ADIN antes referida deveria ter sido conhecida e julgada improcedente justamente a fim de conferir eficácia vinculante *erga omnes* ao juízo de constitucionalidade da lei analisada;
- (ii) aplicação do art. 27 da Lei nº 9868/99 (que tradicionalmente servia como instrumento de manejo restrito ao âmbito do controle concentrado de constitucionalidade) às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso, de forma a lhes modular os efeitos temporais por razões atinentes à “segurança jurídica ou de excepcional interesse social”, o que apenas parece

fazer algum sentido caso se admita que a força dessas decisões extrapola o âmbito exclusivo das demandas concretas por elas especificamente disciplinadas, estendendo-se, também, a todas as outras demandas em que se discuta a mesma questão jurídica nela debatida;

(iii) criação do instituto da repercussão geral e a sua previsão como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários (*ex vi* do art. 102 § 3º da CF/88, incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de Dezembro de 2004), de modo a permitir que apenas aqueles recursos que tratem de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, cheguem à apreciação da Suprema Corte;

(iv) já há manifestação monocrática, oriunda do STF, da lavra do Ministro GILMAR FERREIRA MENDES e acompanhada pelo Min. EROS GRAU, considerando cabível e procedente – Reclamação Constitucional ajuizada em face da desobediência, por juiz singular, de decisão proferida pela Suprema Corte nos autos do HC 82959/SP (em controle difuso, portanto), sob o fundamento de que as decisões proferidas pelo STF em sede controle difuso de constitucionalidade ostentam eficácia vinculante *erga omnes*, independentemente da posterior edição de Resolução pelo Senado Federal, elaborada na forma do art. 52, X da CF/88, a qual teria apenas, hodiernamente, o condão de imprimir publicidade a tais decisões. Trata-se de decisão monocrática proferida nos autos da Reclamação Constitucional nº 4335/AC cujo julgamento se encontra, atualmente, sobrestado, em razão do pedido de vista feito pelo Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, em 19/04/2007.

(v) em outro relevante julgamento, proferido nos autos das ADIN nº 3345 e 3365, restou definido que os “motivos determinantes” subjacentes às decisões proferidas pela Suprema Corte em sede de controle difuso de constitucionalidade ostentam “efeitos vinculantes transcendentais”, de modo que a sua eficácia vinculante extrapola a esfera restrita e específica das demandas individuais nas quais tais decisões são proferidas, vinculando o destino das demais que enfrentem questão jurídica semelhante.”

Diante do que até agora expomos, podemos nos perguntar, quais as intenções que se buscam com tantas modificações na prestação jurisdicional?

A resposta só pode ser uma, agilizar o processo de entrega da prestação jurisdicional, buscando-se com estas modificações uma verdadeira efetividade na tutela jurisdicional por parte do Judiciário brasileiro e principalmente do Pretório Excelso, que como visto busca dar uniformidade e rapidez nesta tutela, fazendo com que a sociedade tenha no poder judiciário a esperança de ver realizada a solução da lide.

3. AÇÃO RESCISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Nota-se atualmente inúmeros litígios entre a Fazenda Pública e os contribuintes, em que aquela, com fundamento no artigo 485, V, CPC, tem proposto ações rescisórias com o objetivo de rescindir decisões que se mostraram contrárias ao posicionamento adotado pelo STF. Tal fato decorre de que o STF, via Recurso Extraordinário, declara, através de controle difuso, a constitucionalidade de tributo, a qual havia sido, em estâncias inferiores ou no STJ, dada a coisa julgada favorável ao contribuinte.¹⁷

Essa crescente tendência de ações rescisórias em matéria tributária tem ocorrido, basicamente, porque a Constituição disciplinou largamente o Direito Tributário, fato esse que justifica o Supremo Tribunal Federal afastar a Súmula nº 343 nas demandas, pois se trata, de forma direta ou reflexamente, de questão constitucional. Para melhor entendermos a questão da súmula, faremos um breve estudo acerca disso.

3.1. Da Súmula nº 343 e Entendimento do STF

Como já explicamos, o STF tem adotado a linha de afastar a Súmula nº 343 em certas hipóteses de divergência de interpretação constitucional, pois cabe apenas nos casos em que os tribunais divergem sobre a interpretação da lei, assim, quando se tratar de normas constitucionais, não cabe sua aplicação.¹⁸ Vejamos o que diz algumas jurisprudências do STF:

“A súmula nº 343 tem aplicação quando se trata de texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, não, porém, de texto constitucional” (RTJ 114/361).

“Em verdade, a hipóteses é simples. Pretende a recorrente rescindir um

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 9.

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 12.

acórdão que aplicou dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional. Ora, segundo nos parece, lei inconstitucional não produz efeito e nem gera direito, desde o início. Assim sendo, perfeitamente comportável é a ação rescisória”. (STF, RTJ, Min. Cunha Peixoto).

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Súmula nº 343/STF. Inaplicabilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido da inaplicabilidade da Súmula nº 343 quando a matéria versada nos autos for de cunho constitucional, mesmo que a decisão objeto da rescisória tenha sido fundamentada em interpretação controvertida ou anterior à orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental não provido. [JOSÉ ROBERTO DA PAIXÃO. SEBASTIÃO DE OLIVEIRA CASTRO FILHO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 703485 GO (STF) Min. DIAS TOFFOLI]

EMENTA PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - AÇÃO RESCISÓRIA - CABIMENTO - VIOLAÇÃO DO ART. 485 , V , DO CPC - SÚMULA343 /STF - INAPLICABILIDADE. 1. Ação rescisória ajuizada com fulcro no art. 485 , V , do CPC , para rescindir acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proclamando a tese de que substituto tributário de ICMS faz jus à repetição do indébito nos casos em que a venda subsequente do produto se dá por valor inferior ao da base de cálculo utilizada para o pagamento da exação. 2. Aplicou o Tribunal a Súmula 343 /STF, alegando que, à época da prolação do aresto rescindendo, a interpretação jurisprudencial do tema era controvertida nos Tribunais. 3. A orientação firmada neste Tribunal é no sentido de afastar a incidência da Súmula 343 /STF, quando a interpretação controvertida disser respeito a texto constitucional . 4. Hipótese em que o STF, no julgamento da ADIn nº 1.851- 4/AL, firmou entendimento de que a restituição assegurada pelo art. 150 , § 7º , da CF/88 restringe-se apenas às hipóteses de não ocorrência de fato gerador presumido. 5. Embargos de divergência conhecidos e providos. [STJ - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL EREsp 953174 MG 2009/0135529-5 (STJ)]

Da análise das jurisprudências, percebemos claramente a inaplicabilidade da súmula estudada, nos casos em que envolvem interpretação de caráter constitucional, assim, há a demonstração de que sua razão não é genérica, mas, como diz Ada Pellegrini Grinover em brilhante artigo, específica para os casos em que a sentença rescindenda

considerou a lei constitucional, para posteriormente o STF declarar pela inconstitucionalidade e, portanto, atribuindo efeito *erga omnes*.¹⁹ Importante notarmos que esse entendimento não é recente, há muito o STF tem fixado essa linha, ou seja, pela inaplicabilidade da Súmula nº 343, principalmente quando se tratar de questões de cunho constitucional, pois como bem explica o ministro Cunha Peixoto em seu voto, lei inconstitucional não produz efeito e nem gera direito, desde o início, o que justifica o cabimento de ação rescisória. Obviamente, por ser a suprema corte de nosso país o grande guardião da Constituição Federal, esse entendimento se faz plenamente pertinente.

Para sanar qualquer dúvida sobre esse entendimento, cabe aqui apresentar decisão do Supremo Tribunal que demonstra grande amplitude no exame sobre a questão aqui levantada. Vejamos:

(R.E. nº 89.108-GO, *in* RTJ 101/207, Tribunal Pleno)

- a) a recorrente pretendia rescindir acórdão que aplicou dispositivo legal posteriormente declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário (Relatório da Procuradoria-Geral da República, transcrito pelo Min. Rel., p 209);
- b) a declaração de inconstitucionalidade, feita pelo sistema difuso, redundou na posterior suspensão da execução da lei pelo Senado Federal (voto Min. Cunha Peixoto, p. 212);
- c) alguns ministros entenderam incabível a rescisória, aplicando ao caso a Súmula nº 343, mesmo em se tratando de dissídio jurisprudencial em matéria constitucional, por ter sido posterior ao acórdão rescindendo a declaração de inconstitucionalidade (Min. Cordeiro Guerra, p. 217) e por ter ela, no caso, efeitos *ex nunc* (Min. Leitão de Abreu, p. 222);
- d) a maioria, no entanto, considerou inaplicável a referida Súmula, e consequentemente cabível a rescisória, lendo-se nos votos os seguintes fundamentos:
 - d.1) a lei inconstitucional é inexistente, e tendo o acórdão rescindendo aplicado dispositivo de lei inexistente, caracteriza-se a possibilidade de desconstituição por ação rescisória (Min. Cunha Peixoto, p. 211);

¹⁹GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 12/13.

d.2) por essa razão, em caso de posterior declaração de inconstitucionalidade, não tem aplicação a Súmula nº 343 (Min. Carlos Thomson Flores, pp. 224/225);

d.3) isso porque o efeito da declaração da inconstitucionalidade de lei, cuja execução foi suspensa pelo Senado, é *ex tunc* (Min. Soares Munhoz, p. 212; Min. Djaci Falcão, p. 226); mesmo porque, em certos casos, como os dos autos, não se pode recusar que a declaração de inconstitucionalidade surta efeitos *ex tunc* (Min. Décio Miranda, pp. 222/223).

Mas, qual a importância da inaplicabilidade da Súmula nº 343 no que tange a ação rescisória? Ora, a motivação só pode ser uma, a lei que foi declarada inconstitucional pela corte maior deverá efeitos *ex tunc*, portanto, será nula, desde seu nascimento, se alguma decisão anterior aplicou a lei que agora é inconstitucional, a ação rescisória é meio de desconstituí-la, visto que é nula e inexistente a lei. Em outras palavras, só será possível a propositura de rescisória, se houver caracterizado a inaplicabilidade da Súmula em tela, o que para nosso estudo representa ponto fulcral.

3.2. Do Cabimento de Rescisória em Matéria de Divergência Constitucional Segundo a Linha Fixada pelo STF

Como já tratamos no item anterior, em certas hipóteses não cabe a aplicação da Súmula nº 343, posto isso, pode-se analisar os casos em que seria cabível a ação rescisória, é o que faremos a seguir

- a) Declaração de inconstitucionalidade por ação direta: há a vinculação dos demais órgãos do poder Judiciário, não pode existir divergências de interpretação e seu efeito é *ex tunc*, portanto, a Súmula nº 343 não seria cabível e, assim, possível a propositura de ação rescisória.
- b) Declaração de inconstitucionalidade pelo controle difuso: caso o Senado Federal não suspenda a execução da lei, a divergência entre tribunais é perfeitamente cabível, portanto, ocorrerá a incidência da

Súmula nº 343, não sendo possível, segundo essa visão, ação rescisória, todavia, como já apresentamos, há meios de cabimento de rescisória.

- c) Caso, na hipótese anterior, o Senado Federal venha a suspender os efeitos da lei, a divergência entre tribunais não será mais possível. Aqui cabe uma ressalva, alguns doutrinadores entendem que os efeitos são *ex nunc*, entretanto, a linha fixada pelo STF é a de que os efeitos são *ex tunc*, portanto, perfeitamente cabível a ação rescisória, bem como a não incidência da Súmula nº 343.
- d) Declaração de constitucionalidade por ação direta: faz coisa julgada *erga omnes* e *ex tunc*, vincula os órgãos do Judiciário e impede interpretações divergentes, a meu ver, é perfeitamente possível a ação rescisória e a inaplicabilidade da Súmula nº 343.
- e) Declaração de constitucionalidade incidental por controle difuso: não há efeitos vinculantes, portanto, as divergências de interpretação podem ocorrer, aplicabilidade da Súmula nº 343, não cabimento de ação rescisória, ainda com as ressalvas do item (b).²⁰

Temos aqui que a linha fixada pelo Corte Maior, como já demonstramos anteriormente, é a de atribuir, ainda que nos casos em que se entenda ter efeitos *ex nunc*, efeitos *ex tunc*, por se tratar de matéria de cunho basicamente constitucional, o qual revela-se, perante toda a sociedade, como direito basilar e fonte de segurança. Justamente é onde repousa o Direito Tributário, daí ter a Constituição Federal o disciplinado exaustivamente, não há, nos padrões atuais, sociedade que sobreviva sem um sistema tributário, sem a cobrança de tributos a própria “máquina” estatal deixa de funcionar. Para que isso não ocorra, a ação rescisória, diante de todo o exposto, surge como importante mecanismo para que se mantenha a saúde financeira de um país.

No entanto, como já exposto, a ação rescisória é um meio excepcional de cobrança de tributos. Deve ser usada apenas em determinados casos, bem como gera, de certo modo, dúvidas as quais não podemos ignorar, como as que levantaremos a seguir.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996. p. 20.

Havendo desconstituição da decisão rescindida, como ficará no campo do direito tributário àquelas relações jurídicas que declaradas como inexistentes por determinada decisão judicial venham, no futuro, substituídas por outra decisão, julgar improcedente a primeira e colocar no seu lugar outra decisão que levará o contribuinte ou o fisco a poder exigir tudo aquilo que foi pago ou deixou de ser pago enquanto estavam em vigor os efeitos da decisão rescindida?

Poderá o Fisco ou o Contribuinte exigir tudo aquilo que pagou ou deixou de pagar enquanto prevalecia a decisão anterior?

Para responder esta intrincada questão, necessário se faz que passemos a analisar o instituto da Decadência em matéria Tributária e também partiremos para estudo do princípio da *actio nata*, que após uma síntese de tais institutos, voltaremos à pergunta sob enfoque.

3.3. Decadência

Somente pode ser cobrado, aquilo que efetivamente foi lançado dentro do prazo legal estipulado por lei (CTN - art.150, § 4º e art. 173, I), sem lançamento não existe crédito tributário e sem crédito tributário, deixa de existir objeto na ação de cobrança.

Dito isso, importante perceber que enquanto estiver irradiando seus efeitos de decisão transitada em julgado, não poderá o Fisco exercer o seu direito potestativo, por estar impedido de fazê-lo e tão pouco haverá motivação de entrar com ação rescisória (art. 485 CPC) baseada no inciso V.

3.3.1. Noções Gerais Sobre a Decadência

A decadência, nas sábias palavras do Profº. Caio Mario (PEREIRA, Caio Mario da Silva, Instituições de Direito Civil, vol.1, Rio de Janeiro, Forense, 2005. p.68), “é o

periculação de um direito potestativo, em razão do seu não-exercício em um prazo predeterminado”.

Mas o quem vem a ser direito potestativo?

O dicionário Houaiss assim descreve: “Direito potestativo é o direito sobre o qual não recai qualquer discussão”, ou seja, ele é incontroverso, cabendo a outra parte apenas aceitá-lo, sujeitando-se ao seu exercício, verifica-se desta forma que a outra parte caberá apenas submeter-se a vontade da outra parte.

Verifica-se nas palavras do eminente Prof^o Caio Mário da Silva Pereira que a decadência é um instituto que penaliza aquele que por não agir dentro de um determinado espaço de tempo, previsto em lei, vê seu direito de fazê-lo exaurir-se em suas mãos, extinguindo-o desta forma.

Dentro desse conceito fundamental, fazemos a seguinte análise: o prazo previsto em lei para o exercício do direito somente começa a correr a partir do momento em que esse direito puder ser exercido, pois a intenção do legislador é penalizar aquele que por inércia deixou de agir, podendo fazer dentro do prazo previsto em lei para tal, daí decorre a seguinte pergunta: Poderá ser penalizado aquele que deveria ter agido e não agiu por estar impedido de agir? Pensamos que a resposta demanda verificar qual a intenção do legislador que criou a norma, acreditamos que a intenção da lei (art. 207 CC/02) foi de penalizar aquele que devendo fazer deixou de agir motivado por inércia pura e simples. Porém dentro do espírito que deve nortear os juristas ao se deparar com o caso concreto, importante se faz, verificar se a situação no caso concreto não se realizou por sua inércia motivada ou se algo aconteceu que o impedia de fazê-lo. Falamos isto para se prestigiar a máxima efetividade da justiça e para que não nos tornemos apenas autômatos em sua aplicação, conforme dispunha o antigo Código de Napoleão que dispunha que o juiz “é a boca da lei”.

Desta forma, se por algum motivo, o titular do direito passa a estar impedido de exercê-lo, o prazo decadencial, deverá obrigatoriamente, deixar de correr, somente voltando a fluir seu curso quando retirado o obstáculo que impedia o exercício do direito.

Dispõe o art. 207 CC/02 – Salvo disposição legal em contrário, não se aplicam a decadência as normas que impedem, suspendem ou interrompem a prescrição.

Nota-se nesta afirmação acima, que salvo disposição legal, o prazo decadencial não sofre impedimento, suspensão ou interrupção. Como dito acima, caberá ao juiz no caso concreto, verificar quais os fatos atinentes ao caso concreto, sob pena de desnaturar as relações modernas a que o direito busca, quais sejam: moralidade e justiça.

Buscamos com nossos comentários anteriores mostrar que se existe um fator impeditivo para o exercício de um direito, não poderemos nos apegar a letra da lei para consignar uma decisão, devemos, antes de qualquer coisa, verificarmos o espírito da lei.

Na doutrina estamos muito bem acompanhados nesta questão, demonstrando-se a necessidade de superação da afirmação de que os prazos decadenciais não se interrompem ou suspendem.

Nos ensinamentos do ilustríssimo Ministro do STJ, TEORI ALBINO ZAVASCKI, cabe destacar o artigo publicado no site Jus Navigandi, onde o autor Carlos Eugênio Barreto Alves Rocha (Rocha, Carlos Eugênio Barreto Alves. O prazo decadencial e a decisão judicial impeditiva de lançamento. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: www.jus.uol.com.br/revista/texto/9146) assim dispõe sobre a questão abordada pelo ilustre Ministro do STJ:

“Suspensão dos prazos prescricionais e decadenciais na vigência da liminar. É possível que entre a data da concessão da liminar e a da sua revogação tenha decorrido o prazo prescricional ou decadencial para o exercício de ação ou de direito fundado em norma cuja vigência fora suspensa e posteriormente restabelecida. Por exemplo, é possível que, entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto e a revogação da liminar na ação de controle concentrado, tenha transcorrido período de tempo superior ao previsto para o ajuizamento da ação rescisória. Terá o interessado, que se submeteu ao comando liminar, perdido o direito de promover a ação? Esta questão há que ser examinada e resolvida à luz do princípio, acima anotado, do não-prejuízo a quem obedeceu a liminar, por força do qual devem ser asseguradas ao jurisdicionado, integralmente, todas as faculdades e pretensões que poderia ter exercido não fosse o comando impeditivo da medida judicial. À luz de tal princípio, deve-se entender que o prazo para o ajuizamento da ação rescisória terá como termo inicial a data do trânsito em julgado, não da sentença do caso concreto, mas do acórdão ou da decisão que, na ação de controle concentrado, revogou a liminar. Dir-se-á que se trata de prazo decadencial, não sujeito a suspensão ou interrupção. A objeção

não procede. Não se pode ter por absoluta, como demonstrado em doutrina [MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, 4ª ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1974, tomo VI, p.141; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, 14ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, vol. I, p. 479, nota 23], a regra de que o prazo de decadência não comporta incidências que alterem o seu curso. A pendência de demanda judicial, por exemplo, é causa de interrupção não apenas dos prazos prescricionais (CPC, art. 219), mas igualmente dos prazos extintivos do direito (CPC, art. 220), nos quais se incluem, conforme a jurisprudência [STJ, REsp 1.450, 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro, DJ de 18.12.89, p. 18.475; REsp 50.363, 4ª Turma, Min. Torreão Braz, DJ de 21.11.94, p. 31.773; REsp 63.732, 1ª Turma, Min. César Asfor Rocha, DJ de 14.08.95, p. 23.993; REsp 63.751, 1ª Turma, Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.10.95, p. 32.333; REsp 72.660, 1ª Turma, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ de 05.02.96, p. 1.365; REsp 90.164, 6ª Turma, Min. Luiz Vicente Cernichiaro, DJ de 16.12.96, p. 50.970; REsp 11.106, 2ª Turma, Min. Adhemar Maciel, DJ de 10.11.97, p. 57.731; REsp 89.522, 2ª Turma, Min. Peçanha Martins, DJ de 25.02.98, p. 37], também os de natureza decadencial. Ora, regime jurídico semelhante não se poderia negar à situação aqui enfocada. Na verdade, a medida antecipatória deferida nas ações de controle concentrado importa a suspensão da eficácia do preceito normativo questionado, ou a imposição dela (o que significa, também, inibição da eficácia de eventual norma em sentido diferente). Ou seja, a liminar atua inclusive no plano da incidência da norma, inibindo, assim, não apenas o exercício dos direitos eventualmente sujeitos a prazos decadenciais, mas o próprio surgimento deles.”

“Suspensa a incidência, não tem sequer início o prazo (decadencial) para o exercício do direito. Por outro lado, quando a liminar for deferida após a incidência da norma objeto da ação, inibe-se o exercício de eventual direito daí decorrente, e, portanto, fica suspenso o curso do respectivo prazo decadencial. Assim, qualquer que seja a hipótese, não há como computar-se no prazo decadencial o período de vigência da liminar deferida na ação de controle concentrado. Daí afirmar-se que, nas situações acima enfocadas, o termo inicial do prazo para ajuizamento da ação rescisória é o do trânsito em julgado do acórdão que revogou a liminar. A mesma solução é aplicável a todas as demais situações em que, no interregno de vigência da liminar revogada, tenha transcorrido período de tempo superior ao do prazo de

prescrição ou de decadência. O princípio do não-prejuízo impõe que, com a revogação da liminar, haja reposição integral da situação jurídica de quem ficou submetido ao seu comando, inclusive no que se refere aos prazos para exercício dos direitos, das ações e das pretensões. Conseqüentemente, não se pode incluir no cômputo dos prazos de decadência ou de prescrição [STJ, REsp158. 004, 5ª Turma, Ministro José Dantas, DJ de 18.05.1998, com a seguinte ementa: "Administrativo. Ação. Prescrição. Em conta o princípio da *actio nata* e da modernidade do Direito, há de compreender-se ao lado do vetusto rol *numerus clausus* do art. 169 do Código Civil a causa suspensiva da prescrição da ação fundada na lei suspensa nos seus efeitos por liminar do Supremo Tribunal Federal, concedida em ação direta de inconstitucionalidade], inclusive os que tem o Fisco para efetuar o lançamento e a cobrança dos tributos, o período de vigência da liminar. Tais prazos somente terão início ou retomarão seu curso na data do trânsito em julgado do acórdão ou da decisão que, na ação de controle concentrado de constitucionalidade, tiver revogado a medida liminar." (Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional, São Paulo, RT, 2001, pp. 74-76)."

Dispõe a alínea *b*, inciso III, do artigo 146 da Constituição Federal que à lei complementar caberá dispor sobre normas gerais, em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributárias.

O Código tributário Nacional foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar, daí ser ele e somente ele (Súmula Vinculante nº 8) o arcabouço legal próprio para tratar sobre normas gerais de Direito Tributário.

Busquemos o que diz o art. 109 CTN – Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para a pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Nota-se claramente que assim o fez o legislador tributário, ao dispor:

Art. 156: Extinguem o crédito tributário:

V – a prescrição e a decadência

Em Direito Tributário, o lançamento faz nascer o crédito tributário, podemos afirmar categoricamente que o tempo somado a inércia (prescrição e decadência) faz desaparecer o crédito tributário. Verifica-se desta maneira que se caso adotarmos ao pé da

letra o que dispõe o art. 207 CC/02 estaremos desconsiderando princípio basilar do sistema normativo brasileiro: Princípio da Proporcionalidade, que nas palavras de Helenilson Cunha Pontes (Pontes, Helenilson Cunha Pontes. O princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário. São Paulo: Dialética, 2000):

“Constitui importante princípio de interpretação a nortear a atividade do interprete do Direito, a fim de que sejam evitadas medidas arbitrárias, iníquas, insensatas ou socialmente inaceitáveis”.

Notemos que todas as noções referentes ao instituto da decadência, aplicam-se à decadência em direito tributário.

Ocorrido o fato gerador, nasce para o Fisco o direito de efetuar o lançamento (atividade administrativa vinculada) para que a partir daí, nasça o crédito tributário, sendo que no caso de tributos sujeitos ao lançamento por homologação esta responsabilidade é do próprio sujeito passivo (Contribuinte). Mostra-se assim que sem o lançamento exercido dentro do prazo legal, não existindo o direito de lançar, inexistirá o crédito tributário.

Agora pensemos, caso o judiciário não permita que nasça a relação jurídica tributária, não nascerá, por conseguinte, o crédito tributário, impossibilitado estará por consequência o Fisco de exercer o seu poder-dever (direito potestativo) de lançar e por consequência não poderá correr o prazo decadencial, estará verdadeiramente impedido de acontecer, pois ao ente competente para tal não podemos imprimir a pecha de inerte, pois o que aconteceu na verdade foi a obstaculização para exercício do seu dever.

Com referência à questão abordada acima, caso o judiciário não permita que nasça a relação tributária, segue-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça com relação a essa questão:

“TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO LANÇAR. EXISTÊNCIA DE ÓBICE JUDICIAL À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. INÉRCIA DO FISCO. NÃO CONFIGURAÇÃO. OCORRÊNCIA DO LANÇAMENTO ANTES DO DECURSO DO LUSTRO DECADENCIAL.

1. As causas supervenientes suspensivas do crédito tributário não inibem a Fazenda Pública de providenciar a sua constituição, posto atividade

administrativa vinculada e obrigatória. É que a Administração Ativa deve lançar o crédito tributário a fim de evitar a ocorrência da decadência, possibilitando sua cobrança após encerrada a causa suspensiva de exigibilidade (Precedente da Primeira Seção: EREsp 572.603/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, julgado em 08.06.2005, DJ 05.09.2005).

2. Entrementes, impende ressaltar que a decadência, assim como a prescrição, nasce em razão da realização do fato jurídico de omissão no exercício de um direito subjetivo.

3. In casu: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação (ICMS); (ii) por força de liminar deferida em 21.07.1994, em sede de ação cautelar, o contribuinte, a partir de março de 1995, passou a creditar, em sua escrita fiscal, a correção monetária de créditos escriturais excedentes de ICMS; (iii) em 30.03.1999, o contribuinte teve contra si lavrado o Auto de Lançamento nº 001241664, no qual a autoridade coatora cobrava os valores creditados em sua escrita fiscal; (iv) em 19.01.2000, após a discussão na esfera administrativa, o contribuinte impetrou mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, visando a anulação do Auto de Lançamento lavrado pelo Fisco; (v) em 21.06.2002, restou provido recurso extraordinário interposto pelo Fisco, tendo sido reformadas as decisões que favoreciam a impetrante; (vi) em 18.12.2003, transitou em julgado o mandado de segurança, que reconheceu o direito do contribuinte em ver anulado o auto de lançamento, por afronta à decisão judicial que lhe autorizara a utilização da correção do saldo credor de ICMS; (vii) em 23.09.2004, o Fisco Estadual efetuou novo lançamento (nº 0013875825), objetivando a cobrança do valor aproveitado a partir do ano de 1995.

4. Desta sorte, malgrado a jurisprudência pacífica do STJ no sentido de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não impede o lançamento, no caso sub examine, restou obstado o exercício, pelo Fisco, do seu dever de constituir o crédito tributário enquanto vigorasse a liminar deferida no âmbito de mandado de segurança, o que ocasionou a desconstituição de anterior auto de lançamento lavrado tempestivamente (por desobediência à aludida ordem judicial), razão pela qual não fluiu o lustro decadencial, uma vez que não se caracterizou a inércia do sujeito ativo, que, com a cassação da decisão impeditiva, pelo STF, em 21.06.2002, procedeu ao lançamento antes do decurso do prazo quinquenal, em 23.09.2004. 5. Recurso especial

desprovido. (REsp n. 849273/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, DJU n. 07/05/2008)”.

Nota-se que no caso em epígrafe, obstado estava o Fisco de efetuar o lançamento e com isso constituir o crédito tributário para cobrança. E o que dizer no caso de sentença transitada em julgado que a *posteriori* se apresente diferente, perderá o contribuinte o direito de reaver o que pagou indevidamente (repetição de indébito tributário) e configurando por parte do Estado, enriquecimento sem causa, ou no caso contrário, onde o Fisco estaria impedido de fazer valer os efeitos *ex tunc* da ação rescisória, por motivos de decadência tributária? Entendemos que esta situação nunca deverá prevalecer, por respeito à efetividade nas decisões do Supremo Tribunal Federal, entendendo mais, que mesmo que já tenha transcorrido o prazo decadencial de 2 (dois) anos para ajuizamento da ação rescisória do transitado em julgado da ação rescindenda, explicitando que deverá por respeito ao princípio da justiça prevalecer o chamado princípio da *actio nata*.

Partimos agora para o encaminhamento final, analisando aquele que para nós é o divisor de águas na correta interpretação de como ver solucionada a lide que é posta sob análise do poder judiciário, principalmente o STF.

3.4. Aplicação do Princípio da *Actio Nata* nas Relações Tributárias

Diante de todo o exposto até agora, voltemos as questões anteriores, o que fazer no caso de contribuintes que pagaram seus tributos e também nos casos onde o Estado deixou de cobrar determinado tributo dos contribuintes, devido à decisões judiciais transitadas em julgado que lhe eram contrárias?

E se no futuro estas mesmas leis que obrigavam o contribuinte a pagar determinado tributo e ainda nos casos onde não se permitia a cobrança pelo estado, forem em um e outro caso consideradas inconstitucionais e constitucionais respectivamente? Para temperar ainda mais a questão, pensemos, e se já tiver transcorrido o prazo prescricional/decadencial previsto no art. 168 CTN (no caso dos contribuintes) e decadencial do art. 485, V CPC (contribuintes e Fisco)?

Dispõe o art. 168 CTN:

O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 65, da extinção do crédito tributário;

II – na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou a decisão condenatória.

Para respondermos a estas perguntas, é que analisaremos, partindo-se sempre, do princípio que não poderá jamais haver enriquecimento sem causa por qualquer uma das partes envolvidas.

Considerado o problema da incompatibilidade entre a decisão já transitada em julgado em determinado caso concreto e a complexidade que advirá se já alcançado o prazo decadencial/prescricional estabelecido para o ajuizamento da ação rescisória (CPC, art. 485, V) e a ação de repetição de indébito (art.168 CTN) nos apoiaremos nos mestres Helenilson Cunha Pontes e Marco Aurélio Greco.

Os renomados autores Marco Aurélio Greco e Helenilson Cunha Pontes enfrentam com brilhantismo esta intrincada questão (Inconstitucionalidade da Lei Tributária – Repetição do Indébito. São Paulo: Dialética, 2002, p.116)

Os referidos autores apontam a ação rescisória como a forma idônea e constitucional, admitindo-a, no prazo decadencial de dois anos, com termo inicial fluindo a partir do trânsito em julgado – como se pode atestar do disposto no artigo 28 da Lei nº 9868/99 – da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade, momento que nasceria o direito à pretensão. Confira-se:

“A pretensão jurídica à propositura da ação rescisória com fundamento em posterior juízo de constitucionalidade proferido pelo Supremo Tribunal Federal somente surge com este pronunciamento da Suprema Corte”.

Logo, não existirá inércia se não existir qualquer pretensão jurídica a ser deduzida perante o Poder Judiciário (como pleitear algo que não existe para ser pleiteado).

Anteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, em sentido contrário ao decidido na decisão transitada em julgado, não faz qualquer sentido lógico, entrar

com ação rescisória buscando-se alterar decisão consubstanciada pelo STJ, tendo-se em vista, ainda, que existe disposição expressa impossibilitando tal empreitada.

Neste diapasão, importante verificar o que dispõe a Súmula nº 343 do STF e Súmula nº 134 do antigo TRF (Tribunal Federal de Recursos).

Súmula 343 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”.

Súmula 134 TRF – “Não cabe ação rescisória por violação de literal disposição de lei se, ao tempo em que foi prolatada a sentença rescindenda, a interpretação era controvertida nos tribunais, embora posteriormente se tenha fixado favoravelmente a pretensão do autor”.

A questão das súmulas impeditivas de ação rescisória ficou pacificada na jurisprudência conforme se pode depreender dos seguintes acórdãos:

“EMENTA - Ação Rescisória. Questão controvertida. Texto constitucional. Imunidade parlamentar. Uma vez definida a orientação do egrégio Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação de texto constitucional, é possível ajuizamento de ação rescisória contra sentença que decidiu de modo diverso (art.485, V, do CPC). Questão relacionada com a extensão do conceito de imunidade parlamentar (art.53 da CR). - Inaplicação da Súmula 343/STF quando se trata de alegada violação a texto constitucional. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (REsp 287148/RJ , data 17/05/2001. STJ 4ª turma).”

Ao se enfrentar tal questão, passando-se ao passo de cabimento da ação rescisória, entendendo-se possível seu ajuizamento por literal violação disposição de lei (art.485, V CPC), colocamo-nos em condições de desconstituição da sentença rescindenda (juízo rescindente) e rejuízo da sentença (juízo rescisório), que caso venha a ser positiva a sua decisão, substituirá a decisão anterior, prolatando seus efeitos desde o início (*ex tunc*), porém firmando-se de que não tenha ocorrido para o Fisco, a decadência de seu direito (dentro da ação originária), restando verdadeiramente suspenso o período que restou entre a data da decisão transitada em julgado que agora foi substituída e decisão superveniente transitada em julgado por decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo pleno, ou seja, conferindo-se efeitos *erga omnes* e *ex tunc* para esta decisão.

Para melhor elucidação observemos o acórdão abaixo:

“EMENTA - TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO DAS EMPRESAS. AÇÃO RESCISÓRIA. DESCONSTITUIÇÃO DE DECISÃO QUE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO PREVISTA NA LEI 7689/88. MATÉRIA ESSENCIALMENTE CONSTITUCIONAL E JURISPRUDÊNCIA EM CONSONÂNCIA COM O ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO DO ESPECIAL SOB TAIS ASPECTOS. EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. RESCINDIDA A SENTENÇA O CRÉDITO TRIBUTÁRIO FICA INTACTO; VOLTA-SE AO STATUS QUO ANTE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO O ART. 156, X, DO CTN.

I - Não cabe conhecer do recurso especial na parte em que o Tribunal *a quo* decidiu a questão em bases essencialmente constitucionais, estando o acórdão em consonância com jurisprudência do STJ, ausente o prequestionamento de dispositivo legal apontado como malferido.

II - A decisão judicial transitada em julgado extingue o crédito tributário, a teor do disposto no art. 156, inciso X, do Código Tributário Nacional. Julgada precedente rescisória, na espécie, volta-se ao *status quo ante*, resurgindo 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.

III - Recurso especial parcialmente conhecido, mas improvido. (REsp n. 333258/DF, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJU 12/08/2002).”

Ao se enfrentar tal questão, passando-se ao passo de cabimento da ação rescisória, entendendo-se possível seu ajuizamento por literal violação disposição de lei (art.485, V CPC), colocamo-nos em condições de desconstituição da sentença rescindenda (juízo rescindente) e rejuizamento da sentença (juízo rescisório), que caso venha a ser positiva a sua decisão, substituirá a decisão anterior, prolatando seus efeitos desde o início (*ex tunc*), porém firmando-se de que não tenha ocorrido para o Fisco, a decadência de seu direito (dentro da ação originária), restando verdadeiramente suspenso o período que restou entre a

data da decisão transitada em julgado que agora foi substituída e decisão superveniente transitada em julgado por decisão do STF em controle difuso de constitucionalidade realizado pelo pleno e conferindo-se efeitos *erga omnes* e *ex tunc* para esta decisão.

O direito potestativo de lançar o tributo caberá ao Estado que como visto já anteriormente neste trabalho, diz respeito ao poder conferido a uma parte e a que a outra parte nada poderá fazer, ou melhor dizendo, se opor, logo tem o Estado que lançar o tributo quando poderia fazê-lo, sob pena de decadência, ressalvando-se que se não puder fazê-lo, por situações exógenas, restará suspenso o prazo de decadência.

O Estado não lançar um tributo, numa situação de sentença transitada em julgado conferirá o caráter de suspensão do prazo decadencial, pois caso esta decisão altere-se a *posteriori* por decisão do STF, deverá o estado, no prazo que lhe resta, lançar os tributos do período que se encontravam suspensos, sob pena de aí sim ter fulminada a sua pretensão.

Vejamos que os dois anos para propositura da ação rescisória restarão intactos, o que estará em perigo serão os créditos tributários almejados, pois pode acontecer de não mais existir prazo para lançamento do tributo e daí independente do prazo de dois anos para a rescisória, não haverá mais créditos a serem exigidos e restará extinta a ação rescisória para determinado período almejado, por perda do objeto da ação.

No caso do contribuinte, não há que se falar em decadência para o quesito lançamento, direito potestativo que somente cabe ao Fisco, o que deverá ser atendido no caso do contribuinte, serão os dois anos a partir do trânsito em julgado de decisão definitiva do STF em controle difuso de constitucionalidade, decisão que tenha sido prolatada pelo pleno e sem modulação dos efeitos, para que se coadune com o propósito deste trabalho, que é de ser vinculante esta decisão, alcançando todos aqueles que não fizeram parte da lide decidida no recurso extraordinário, mas que por estar engendrada na nova sistemática de constitucionalidade, que agora começa a aflorar em nosso seio jurídico, busca-se com isso, dar celeridade ao processo judicial, dando-lhe verdadeira efetividade, não desperdiçando tempo de nossos tribunais já tão abarrotados de processos repetitivos, onde se busca a mesma causa de pedir.

Se conseguirmos que uma decisão transitada em julgado, exercida em controle difuso de constitucionalidade, com efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, estaremos passando para um novo patamar nas relações jurídicas neste país, onde o STF realmente exercerá plenamente seu papel constitucional, qual seja, o de fazer cumprir os preceitos constitucionais, como guardião que é da carta magna.

Para ilustrar o que se falou, pensemos a seguinte situação, suponhamos que determinada demanda judicial tenha transitado em julgado em 31/12/05, decisão que reconheceu que determinada lei é inconstitucional, por ter se firmado jurisprudência a esse respeito, porém passados mais de 2 anos, outra demanda judicial que foi levada até o STF, é decidida no sentido que aquela lei que fora declarada inconstitucional pelos tribunais inferiores, veja-se agora declarada constitucional pelo órgão responsável por dizê-la, poderá aquele que não pleiteou a ação rescisória no prazo decadencial de 2 anos, ver seu pleito novamente analisado pelo tribunal inferior? A nossa resposta não poderia ser outra, senão no sentido positivo, pois na verdade não existia anteriormente a decretação de constitucionalidade, direito violado a ser pleiteado, pois somente a partir deste momento (nascimento do direito violado) é que se poderá falar em nascimento do direito para a ação rescisória, não se podendo reclamar de um fato desconhecido.

Para corroborar nosso pensamento e pensando o direito como um todo orgânico, verifiquemos o que dispõe outros diplomas normativos do nosso ordenamento:

Art.189 CC/02 – “Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição”.

Art.445 § 1º CC/02 – “Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis”.

Art. 26 § 3º CDC – “Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito”.

Art. 27 CDC – Prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou de serviço prevista na seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria.

Verifiquemos o que pensa a jurisprudência a esse respeito:

“REsp 714211/SC. Processual Civil. Recurso especial. Tributário. Empréstimo Compulsório. Juros e Correção Monetária. Prescrição. Termo

Inicial: Data do Nascimento da Pretensão, que se dá com a ocorrência da lesão. Princípio da *Actio Nata*. Acolhimento da Alegação de Prescrição.”

“RE 136883/RJ 1ª Turma Data 27/08/91

EMENTA – Emprestimo Compulsorio (DL 2288/86 ART.10): incidência na aquisição de automóveis, com resgate em quotas do Fundo Nacional de Desenvolvimento: inconstitucionalidade não apenas da sua cobrança no ano da lei que a criou, mas também da sua própria instituição, já declarada pelo Supremo Tribunal (RE 121336, Plen., 11.10.90, Pertence): direito do contribuinte a repetição do indébito, independentemente do exercício em que se deu o pagamento indevido.”

Em brilhante artigo publicado por Kiyoshi Harada (HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul.2011), demonstra que existia antigo posicionamento do STJ até o início de 2004 informando que:

“a) quando a decisão de inconstitucionalidade tiver sido pronunciada no controle difuso, o prazo conta-se a partir da data da publicação da Resolução do Senado Federal que suspender a aplicação de lei considerada inconstitucional;

b) Quando a inconstitucionalidade for pronunciada no controle concentrado, o prazo conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão que decretar a inconstitucionalidade. Neste sentido o REsp nº 534.986/SC, Rel. p/acordão Min.Franciulli Neto, DJ de 15-3-2004; REsp 423.999/MG. Rel.Min Francisco Peçanha Martins, DJ de 5-4-2004. É o posicionamento que no nosso entender resulta da interpretação do ordenamento jurídico.”

A atual posição do STJ provocou uma grande reviravolta no entendimento jurisprudencial que havia tendo até agora, passou-se a sustentar essa corte que o prazo de cinco anos conta-se da extinção do débito tributário pelo pagamento ao teor do art.156, I do CTN, e que sendo *descripienda* distinguir a inconstitucionalidade decretada no controle concentrado daquela decretada no controle difuso, conforme ementa baixo:”²¹

²¹ HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul. 2011.

EMENTA. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN. (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05)

2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é *despicienda* para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício. (Precedentes: EREsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007)

3. In casu, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008". (Resp nº 1110578/SP, Rel. Min. Luiz Fux, data do julgamento 12-05-2010, DJe de 21/05/2010; RT vol. 900 p. 204).

Mostra-se, portanto, uma mudança de pensamento do STJ com referência ao termo inicial para propositura da ação de repetição de indébito, pois o que será que o fez o STJ mudar a forma de pensar, porque deixar de lado um princípio como a *actio nata* e levar em consideração uma nova regra jurídica estipulada pela Lei Complementar 118/05? Se pararmos para pensar que aos princípios deva se dar maior autoridade em relação às regras estipuladas em lei, nunca deixaríamos de lado um princípio da envergadura da *actio nata*, para nos valermos de uma regra jurídica, que claramente objetiva tolher ao contribuinte seu direito de se ver ressarcido da sanha arrecadatória irresponsável por parte do Estado.

Estaremos dando ao Estado o direito de criar tributos através de medidas provisórias, visando cobrir rombos em suas contas (em vez de buscar a eficiência – fazer mais com menos), mesmo sabendo que tal tributo é inconstitucional, pois pela demora de ver apreciada a matéria ao final pelo STF, estaria na maioria das vezes prescrito o seu direito de ver restituído valores pagos acreditando tratar-se de tributos constitucionais.

Mostra-se, desta forma, um enorme retrocesso, ao nosso ver, esta mudança de postura do STJ, incentivando o Estado na criação de medidas injustas e ao seu locupletamento ilícito e ao confisco tributário, contrariando expressamente o princípio da boa-fé, da moralidade pública, entre vários outros princípios.

O Supremo Tribunal Federal, ao contrário, vem mantendo o entendimento de que a discussão em relação ao termo inicial para contagem do prazo prescricional para que, assim, se ajuíze ação de repetição de indébito tributário não possui caráter constitucional (AgRg no RE nº 417379/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 22-10-2004.)²²

Portanto, não tem o Supremo Tribunal Federal aceitado a tese da inconstitucionalidade por violação oblíqua de preceito constitucional e, para tanto, tem-se exigido a alegação e comprovação de violação frontal do dispositivo constitucional em

²² HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul. 2011.

discussão.²³

Nota-se, desse modo, que se torna remota a possibilidade de levar essa questão ao Supremo Tribunal Federal por intermédio de ação rescisória de acórdão que nega o direito de repetição. O fundamento dessa ação rescisória seria a violação dos princípios da legalidade tributária e da moralidade pública. Como se sabe, na ação rescisória não se exige o requisito do pré-questionamento.²⁴

Gostaríamos de complementar dizendo que caso o STF declare inconstitucional, lei anteriormente declarada constitucional, fazendo-o em controle difuso de constitucionalidade através de seu plenário, ou seja, tendo em nossa opinião, caráter vinculante, *erga omnes* e *ex tunc*, estará sobremaneira prejudicada a postura do STJ limitando no tempo os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, violando expressamente competência privativa do STF ao declarar como serão os efeitos de sua decisão, ferindo desta forma o princípio da divisão funcional do poder. Ainda, nas palavras do mestre, para melhor explicarmos:

“Portanto, o termo inicial do prazo quinquenal para repetição de indébito só pode ser a data do fato ou do ato que deu origem à dívida. É nesse momento que nasce o direito de ação de repetição, e não antes.

É exatamente a declaração de inconstitucionalidade do tributo que faz nascer a dívida pública objeto de repetição. Antes, não há dúvida e, por conseguinte, não há que se cogitar de inércia do contribuinte a ensejar a consumação do prazo prescricional. Portanto, da Fazenda Pública previsto no decreto nº 20.910/32, porém, não lembrado pela jurisprudência de nossos tribunais.

É de todo conveniente que essa matéria seja regulada no art.168, do Código Tributário Nacional, de sorte a propiciar tratamento uniforme e contribuir para a maior segurança jurídica dos contribuintes. Para tanto bastará acrescentar o inciso III ao referido art.168 com a seguinte redação:

III – na hipótese de recurso extraordinário, a partir da Resolução do Senado Federal suspendendo a aplicação da lei, e, tratando-se de declaração de

²³ HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul. 2011.

²⁴ HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul. 2011.

inconstitucionalidade ou no caso de repercussão geral, a contar da data da publicação do acórdão.

Dessa forma, o direito de pleitear a restituição de tributo declarado inconstitucional extinguir-se-ia com o decurso do prazo de cinco anos, a contar da data em que surgiu para o sujeito ativo da obrigação tributária a dívida pública a ser restituída.”(HARADA, Kiyoshi. Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul. 2011.)

Com a devida licença, ao ilustre mestre, cabe considerar, que diante de nova sistemática pensada pelo STF, acreditamos ser desnecessária a Resolução do Senado Federal para conferir efeitos vinculantes a decisão do Supremo, bastando que esta decisão se baseie nos instrumentos hoje a disposição do STF: repercussão geral, súmula vinculante, sistemática do art. 543 B do CPC e também que esta decisão tenha sido pronunciada pelo Pleno do STF em controle difuso de constitucionalidade.

Para manejo da ação da ação rescisória caberá o mesmo defendido para a ação de repetição de indébito, ou seja, a aplicação do princípio da *actio nata*, tendo seu início a partir do momento em que haja uma violação ao direito (art.5, XXXV da Constituição Federal de 1988), preservando-se desta forma o respeito à segurança jurídica tanto do contribuinte quanto do Fisco, o respeito ao princípio da boa-fé, do não confisco e o afastamento do abominável locupletamento ilícito por qualquer das partes.

4. CONCLUSÃO

Na verdade o que se busca aqui é o que podemos chamar de paridade de armas e não como hoje está colocado, com a balança pendendo muito mais para o lado do Fisco.

Temos que buscar sempre a chamada ética tributária, fazendo prevalecer em nosso ordenamento a supremacia constitucional e fazendo desaparecer decisões que entrem em conflito com esta decisão final do guardião da constituição, nem que isto desfaça decisões já transitadas em julgado, por respeito ao que entendemos o maior de todos os princípios, onde todos os outros devem buscar inspiração, mas que princípio é este tantas vezes colocado neste trabalho, trata-se da justiça.

Mas, o que é justiça?

Milênios se passaram, sem que chegássemos a uma conclusão, e é isto que é maravilhoso, tendo-se em vista que não há um significado pronto, o que existe é um significado a ser preenchido em milênios que virão.

Para Aristóteles é a medida do equilíbrio, entendendo-a como igualdade/proporcionalidade.

Para Platão, a justiça é a virtude suprema.

Para Ulpiano, justiça é dar a cada um o que é seu, já para os juízes deva ser de descobrir o direito na realidade social de um povo, não somente nos textos frios da lei.

Pensamos que o ideal de justiça, perpassa um pouco no que disse cada um desses filósofos e juristas, mais gostamos mais ainda desta última passagem que cabe ao juiz, como interprete por excelência da lei, buscar a justiça no dia-a-dia através de um olhar apurado, verificando o clamor da sociedade, buscando interpretá-la em conjunto com as leis, prevalecendo ao final a decisão razoável/proporcional que vise a nenhuma parte (contribuinte/estado) ao enriquecimento sem causa.

REFERÊNCIAS

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. Revista da Ajuris.

MIRANDA, Pontes. “Comentários ao Código de Processo Civil”, 1ª ed. Tomo VI, Forense, 1975. p. 184.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos de, “Comentários ao Código de Processo Civil”, 11ª ed. Vol V, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MIRANDA, Pontes.”Tratado da Ação Rescisória”, São Paulo, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Ação Rescisória e Divergência de Interpretação em Matéria Constitucional”. Revista Dialética de Direito Tributário, 08/1996.

Buzaid, “Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro”, Saraiva, 1958, pp. 138/139.

KELSEN, Hans. “*Teoria pura do direito*”.

MORAES, Alexandre de, “Direito Constitucional”. 5ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DIDIER JR., Fredie. “Transformações do Recurso Extraordinário. In: Processo e Constituição”. Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (Coordenadores). São Paulo: RT, 2006.

NOVELINO, Marcelo.” Direito Constitucional”. 2ªed. São Paulo: Método, 2008

Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011

PEREIRA, Caio Mario da Silva, “Instituições de Direito Civil”, vol.1, Rio de Janeiro, Forense, 2005.

ROCHA, Carlos Eugênio Barreto Alves. O prazo decadencial e a decisão judicial impeditiva de lançamento. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, nº 1225, 8 nov. 2006. Disponível em: www.jus.uol.com.br/revista/texto/9146..

PONTES, Helenilson Cunha Pontes. “O princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário”. São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio; PONTES, Helenilson Cunha. “Inconstitucionalidade da Lei

Tributária – Repetição do Indébito”. São Paulo: Dialética, 2002

HARADA, Kiyoshi. “Repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais”. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n.2924, 4 jul.2011