

REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES RESCISÓRIAS APÓS A MODULAÇÃO DO STF NO TEMA Nº 69: RESCISÃO DA COISA JULGADA PRO CONTRIBUINTE EM AÇÃO AJUIZADA APÓS 15.03.2017

REFLECTIONS ON TERMINATION ACTIONS AFTER THE STF'S MODULATION IN TOPIC No. 69: TERMINATION OF THINGS JUDGED FOR THE TAXPAYER IN ACTION FILED AFTER 03/15/2017

Sidnei Camargo Marinucci¹
Zuleica Aparecida Iovanovich Torsani²

Resumo: Muitas empresas ajuizaram ações judiciais após 15/03/2017 e obtiveram decisões favoráveis fundamentadas no Recurso Extraordinário nº 574.706 autorizando a exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da Cofins e permitindo a restituição ou compensação do indébito tributário recolhido nos últimos 5 (cinco) anos. Em 12/05/2021 o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos da decisão proferida no Recurso Extraordinário supracitado, limitando o período de restituição ou compensação para ações ajuizadas após 15/03/2017. Com o trânsito em julgado dessa decisão do Supremo Tribunal, ocorrida em 09/09/2021, a União Federal ajuizou diversas ações rescisórias com base no artigo 535, III, §§ 5º e 8º e artigo 966, V, § 5º, ambos do CPC, para aplicação da modulação de efeitos do Recurso Extraordinário nº 574.706. Este artigo pretende analisar o cabimento dessas ações rescisórias.

Palavras-chave: ação rescisória; modulação; efeitos.

Abstract: Many companies filed lawsuits after 03/15/2017 and obtained favorable decisions based on Extraordinary Appeal No. 574,706, authorizing the exclusion of ICMS from the PIS and Cofins calculation base and allowing the refund or compensation of undue tax payments collected in the last 5 (five years). On 05/12/2021, the Federal Supreme Court modulated the effects of the decision handed down in the aforementioned Extraordinary Appeal, limiting the period of restitution or compensation for actions filed after 03/15/2017. With the final and unappealable decision of this Supreme Court decision, which took place on 09/09/2021, the Federal Union filed several rescission actions based on article 535, III, §§ 5th and 8th and article 966, V, § 5th, both of the CPC, to apply the modulation of effects of Extraordinary Appeal No. 574,706. This article intends to analyze the appropriateness of these termination actions.

Keywords: rescission action; modulation; effects.

¹Graduado em Direito pela Universidade Cruzeiro do Sul (2001/2005). Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET (2011/2012). MBA em Gestão Tributária pela FIPECAFI (2015/2016). Mestrando em Direito Constitucional e Tributário pela PUC-SP. Advogado Sênior I na área de Direito Tributário no escritório Rubens Naves, Santos Junior Advogados.

²Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas(2008).

*REFLEXÕES SOBRE AS AÇÕES RESCISÓRIAS
APÓS A MODULAÇÃO DO STF NO TEMA Nº 69:
RESCISÃO DA COISA JULGADA PRO
CONTRIBUINTE EM AÇÃO AJUIZADA APÓS
15.03.2017*

*Sidnei Camargo Marinucci
Zuleica Aparecida Iovanovich Torsani*

Recebido em: 25/11/2023

Aceito em: 12/03/2024

1 INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 15/03/2017, por meio do Recurso Extraordinário nº 574.706 (tema nº 69), que "o ICMS³ não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS⁴ e da Cofins⁵".

Inconformada, em 19/10/2017 a União Federal opôs Embargos de Declaração pedindo a modulação dos efeitos da decisão para que produzisse efeito apenas para o futuro.

O Supremo Tribunal Federal julgou os Embargos de Declaração somente em 12/05/2021, aplicando a modulação da decisão prolatada em 15/03/2017 para produzir efeitos a partir dessa data, ressalvadas as ações judiciais e administrativas protocolizadas até 15/03/2017.

Com a modulação da decisão do STF: (i) a empresa que entrou com ação até 15/03/2017 poderia pleitear a restituição ou compensação do indébito tributário de PIS e Cofins recolhido nos últimos 5 (cinco) anos anteriores à propositura da ação judicial; e (ii) a empresa que entrou com ação após 15/03/2017 não poderia pedir a restituição ou compensação do indébito tributário recolhido anteriormente à propositura da ação judicial.

Ocorre que durante o período compreendido entre a decisão de mérito do Recurso Extraordinário nº 574.706 ocorrida em 15/03/2017 e a decisão dos Embargos Declaração ocorrida em 12/05/2021, muitas empresas promoveram ações judiciais pleiteando a restituição ou compensação dos valores recolhidos de PIS e Cofins nos últimos 5 (cinco) anos, obtendo decisões favoráveis proferidas pela Justiça Federal.

³ Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

⁴ Programa de Integração Social.

⁵ Contribuição para Financiamento da Seguridade Social.

Após o trânsito em julgado da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 574.706, ocorrido em 09/09/2021, a União Federal propôs diversas ações rescisórias com base no artigo 535, III, § 5º e artigo 966, V, § 5º, ambos do Código de Processo Civil.

Os Tribunais Regionais Federais começaram a julgar procedentes referidas ações rescisórias, ora aplicando o artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, ora aplicando o artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil, ora aplicando ambos os artigos de forma combinados.

Nesse cenário, o presente artigo visa analisar o cabimento dessas ações rescisórias à luz da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, destacando alguns precedentes recentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

2 A DISTINÇÃO ENTRE OS FUNDAMENTOS DO ARTIGO 535, III, §§ 5º E 8º E ARTIGO 966, V, § 5º, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Há substancial distinção entre as ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, e ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil.

O artigo 535, III do Código de Processo Civil trata da hipótese em que a Fazenda Pública poderá impugnar eventual execução contra si alegando inexecutibilidade do título ou inexigibilidade de obrigação.

O § 5º do dispositivo legal supracitado considera *também* como inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado ou difuso.

Como se pode verificar, a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal de lei ou ato normativo afetaria a exigibilidade da obrigação reconhecida em título executivo judicial transitado em julgado.

Esse dispositivo teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, estivesse fundamentada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

Já o artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil autoriza o ajuizamento de ação rescisão quando a decisão judicial violar manifestamente norma jurídica ou, ainda, se a decisão estiver baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos, sem considerar a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.

Esse dispositivo teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, aplicasse ao caso julgado incorretamente um enunciado de súmula ou um acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

Júnior e Cunha lecionam que a previsão do artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil é substancialmente diferente à prevista no artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil, em razão do momento da decisão rescindenda:

Não se confundem, pois, as hipóteses do inciso V do art. 966 com a do § 15 do seu art. 525 ou o § 8º do seu art. 535. Na *primeira* hipótese, a desarmonia entre a decisão rescindenda e o entendimento do STF há de ser congênita ou anterior ao trânsito em julgado. Na *segunda*, há de ser posterior. Ainda, na segunda hipótese, não caberá a ação rescisória se o Supremo Tribunal Federal tiver modulado os efeitos de seu julgado em atenção à segurança jurídica. Realmente, se o STF tiver estabelecido no julgamento que seus efeitos são prospectivos, não alcançando situações anteriormente consolidadas, não haverá ação rescisória para desfazer decisões proferidas antes do pronunciamento da Corte Suprema. (JÚNIOR; CUNHA, 2019, p. 602)

Portanto, constata-se que a hipótese de cabimento de cada ação rescisória é distinta, não podendo ser tratadas como se fossem idênticas, nem mesmo fazer a combinação de seus dispositivos.

3 DA COISA JULGADA

O artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal dispõe que a lei não prejudicará a “coisa julgada”.

O artigo 502 do Código de Processo Civil denomina de “coisa julgada material” a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, tornando-a imutável.

Por sua vez, o artigo 508 do Código de Processo Civil dispõe que *“transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido.”*

Destarte, todas as alegações e defesas são consideradas como deduzidas e repelidas, inclusive quanto à modulação dos efeitos da decisão.

A “coisa julgada” tem a finalidade de dar segurança jurídica aos jurisdicionados, estabilizando-se as relações jurídicas realizadas pelas partes no decorrer do tempo.

Junior e Nery, de forma brilhante, já se manifestaram no sentido de que a coisa julgada material traz segurança jurídica, estando vinculada ao próprio estado democrático de direito:

A segurança jurídica, trazida pela coisa julgada material, é manifestação do estado democrático de direito (CF 1.º caput). Entre o justo absoluto, utópico, e o justo possível, realizável, o sistema constitucional brasileiro, a exemplo do que ocorre na maioria dos sistemas democráticos ocidentais, optou pelo segundo (justo possível), que é consubstanciado na segurança jurídica da coisa julgada material. Descumprir-se a coisa julgada é negar o próprio estado democrático de direito, fundamento da república brasileira. A lei não pode modificar a coisa julgada material (CF 5.º XXXVI); a CF não pode ser modificada para alterar-se a coisa julgada material (CF 1.º caput, 60 § 4.º); o juiz não pode alterar a coisa julgada (CPC 467 e 471).

Somente a lide (pretensão, pedido, mérito) é acobertada pela coisa julgada material, que a torna imutável e indiscutível, tanto no processo em que foi proferida a sentença, quanto em processo futuro. (JUNIOR; NERY, 2018, p. 1.203)

Silva esclarece que a coisa julgada foi destacada pelo constituinte devido a sua enorme relevância na teoria da segurança jurídica:

Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio. A coisa julgada é, em certo sentido, um ato jurídico perfeito; assim já estaria contemplada na proteção deste, mas o constituinte a destacou como instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica. (SILVA, 2012, p. 436)

Constata-se que a “coisa julgada material” não pode ser modificada quando não houver alteração da decisão de mérito, ainda que haja modulação de efeitos de decisão por instância superior.

4 O NÃO CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA DE DECISÃO FUNDAMENTADA NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 574.706

4.1 Da não aplicação do artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil

Conforme já analisado anteriormente, o art. 535, III e §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, estivesse fundamentada em lei posteriormente declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

As decisões proferidas pelos tribunais regionais questionadas pela União Federal tiveram como fundamento a própria decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 15/03/2017, no Recurso Extraordinário nº 574.706.

Não houve colidência entre as decisões rescindendas dos tribunais regionais e a decisão do Supremo Tribunal Federal, sendo mantida a inconstitucionalidade de norma que incluiu o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento através do Tema nº 136 de que: *"Não cabe ação rescisória quando o julgado estiver em harmonia com o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo à época da formalização do acórdão rescindendo, ainda que ocorra posterior superação do precedente."*

Ainda que houvesse tal modificação, não caberia ação rescisória quando a decisão rescindenda estivesse em harmonia com entendimento do Plenário do Supremo à época da sua formalização, ainda que posteriormente alterado.

O Superior Tribunal de Justiça também pacificou entendimento de que *"não cabe ação rescisória para a alteração de julgados com fundamento em posterior consolidação jurisprudencial da matéria em sentido diverso, mesmo que resultante de julgamento realizado sob o rito de resolução de recursos repetitivos"*⁶.

Ademais, o artigo 535 do Código de Processo Civil não previu, em hipótese alguma, a propositura de ação rescisória quando houver a modulação de efeitos pelo Supremo Tribunal Federal.

Admitir o ajuizamento de ação rescisória com fundamento em hipótese não prevista em lei viola não somente a coisa julgada, como também o princípio da legalidade esculpido no artigo 5º, II da Constituição Federal.

Dessarte, mostra-se incabível o ajuizamento da ação rescisória prevista no artigo 535, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, contra decisão de tribunal regional fundamentada em entendimento do Supremo Tribunal Federal.

4.1.1 Da inconstitucionalidade do § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil

O § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil estabelece o prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento de ação rescisória, contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶ **AgInt nos EREsp 1.717.140/RS**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 27/08/2019). No mesmo sentido: **AR 5.028/SC**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 10/11/2017.

Entendemos que referido dispositivo legal padece de inconstitucionalidade, na medida que permite atingir coisa julgada decidida muito tempo antes da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, gerando, com isso, uma grande insegurança jurídica.

O Ministro Luiz Fux, no julgamento do tema nº 725, propôs uma tese vinculante a fim de declarar inconstitucional o § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil, em respeito ao princípio da segurança jurídica, justamente sob o fundamento de que esse dispositivo possibilita a desconstituição da coisa julgada após passado muito tempo do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Não fosse declarado inconstitucional, toda decisão judicial transitada em julgado proferida pelos tribunais poderia ser modificada a qualquer momento, o que levaria ao absurdo de somente autorizar o seu cumprimento após a chancela do Supremo Tribunal Federal.

O Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Ação Rescisória nº 2.894, também já tinha levantado dúvidas sobre a constitucionalidade do § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil, nos seguintes termos:

Adianto que persistem sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da parte final do § 8º do art. 535 do CPC, na parte em que se estabeleceu um prazo móvel e "ad eternum" para o ajuizamento da ação rescisória.

Isso porque, segundo a dicção legal, o STF pode decidir uma determinada matéria dez, vinte, trinta anos após o trânsito em julgado de determinado feito, o qual tiver interpretado norma de forma diversa daquela que foi decidida pela Suprema Corte, que restou embasada no processo rescindendo décadas atrás (após o transcurso do prazo decadencial), o que levaria à rediscussão eterna sobre temas com controvérsia existentes ou não à época do trânsito em julgado.

(...)

Assim, até que o Plenário desta Corte se pronuncie sobre a constitucionalidade da parte final do §8º do art. 535 do CPC, há necessidade de cautela em relação à aplicabilidade do mencionado dispositivo, mormente quando ultrapassado o prazo decadencial bienal.

Deste modo, mostra-se inconstitucional o prazo estabelecido no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil, na medida que ofende os princípios da coisa julgada e da segurança jurídica previstos na Constituição Federal.

4.2 Da não aplicação do artigo 966, V e § 5º do Código de Processo Civil

Conforme já analisado anteriormente, o artigo 966, V do Código de Processo Civil teria aplicação quando uma decisão judicial, transitada em julgado, aplicasse ao caso julgado incorretamente um enunciado de súmula ou um acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

O § 5º do mesmo dispositivo dispõe que *“Cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que **não tenha considerado a existência de distinção** entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento.”* (grifo nosso).

Se extrai dos dispositivos supracitados que a ação rescisória somente seria cabível se a decisão rescindenda estivesse contrariando, *de forma manifesta*, entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal.

Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero, deve haver um problema de subsunção da norma que exige distinção para dar lugar à propositura de ação rescisória com base no artigo 966, § 5º do Código de Processo Civil:

... viola norma jurídica a coisa julgada que deixa de levar em consideração a existência de distinção entre a questão decidida e o padrão decisório que lhe deu fundamento. A existência de distinção pode derivar tanto da ausência de consideração de um fato relevante presente no caso sobre o qual se formou a coisa julgada e não presente no precedente (“questão jurídica não examinada”, art. 966, § 6.º, CPC) como da presença de fatos relevantes no precedente ausentes no caso sobre o qual se formou a coisa julgada (“hipótese fática distinta”, art. 966, § 6.º, CPC). Num e noutro casos, há problema de subsunção da norma – chamada pelo art. 966, § 5.º, CPC, como “padrão decisório” – que exige distinção e dá lugar à propositura de ação rescisória. (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2022, e-book)

Nos casos questionados pela União Federal, a decisão rescindenda foi prolatada exatamente com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer incompatibilidade com a norma jurídica (problema de subsunção).

Gonçalves leciona que não se considera violação a norma jurídica que deu a ela uma interpretação razoável:

Não se considera violação manifesta da norma jurídica a decisão que deu a ela uma interpretação razoável, ainda que não predominante, ou ainda que divergente de outras dadas pela doutrina e jurisprudência. Nesse sentido, a Súmula 343 do STF: "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais". É preciso que a decisão seja incompatível com a norma jurídica, não podendo haver coexistência lógica das duas. (GONÇALVES, 2020, e-book)

Ainda que houvesse divergência, Bueno ensina que somente é cabível essa ação se a decisão *destoasse do padrão interpretativo* da norma jurídica:

"A mais comum das rescisórias é a que está prevista no inciso V do art. 966. Ela é cabível quando a decisão rescindenda "violar manifestamente norma jurídica", fórmula redacional que aperfeiçoa a redação do inciso V do art. 485 do CPC de 1973 que a ela se referia a "violação a *literal dispositivo de lei*", previsão que, em tempos de técnicas hermenêuticas de embasamento constitucional (art. 8º), não tinha mais sentido de ser preservada.

A hipótese merece ser compreendida como aquela decisão que destoa do padrão interpretativo da norma jurídica (de qualquer escalão) em que a decisão baseia-se. Não há por que segregar seu alcance do que, para fins de recursos extraordinário e especial, sustento a respeito dos incisos III dos arts. 102 e 105 da CF, respectivamente, no n. 9 do Capítulo 17.

Eventual divergência jurisprudencial não deve ser compreendida como elemento a descartar a rescisória por esse fundamento. (BUENO, 2019, e-book)

Portanto, se o tribunal regional aplicou entendimento consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, não há violação manifesta de norma jurídica a fim de embasar a propositura de ação rescisória.

4.2.1 Da decadência da ação rescisória

Em muitos casos, a União Federal ajuizou ação rescisória após o decurso do prazo de 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, fundamentando seu direito na regra prevista no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil.

A Suprema Corte firmou entendimento de que: a ação rescisória tem como principal escopo rescindir a decisão transitada em julgado, propiciando, nas hipóteses cabíveis, o rejuízo da causa. Tal via processual reclama os seguintes pressupostos: a) sentença de mérito transitada em julgado; b) causas de rescindibilidade; c) propositura no prazo de dois anos do trânsito em julgado da decisão de mérito⁷.

Referido dispositivo legal não trouxe nenhuma regra específica quanto ao prazo decadencial quando houver mudança de jurisprudência das Instâncias Superiores, devendo ser aplicado o prazo previsto no artigo 975 do Código de Processo Civil.

Gonçalves leciona que o prazo se justifica em razão da segurança jurídica, havendo apenas duas exceções: prova nova e simulação e colusão. Nesses termos:

O prazo se justifica por razões de segurança jurídica: não seria razoável que, por tempo indefinido, se pudesse desconstituir decisão transitada em julgado.

Há duas exceções ao prazo de dois anos a contar do trânsito em julgado da última decisão: a hipótese do art. 966, VII, em que o prazo será contado da data da descoberta da prova nova, observado o prazo máximo de cinco anos contado do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo; e a hipótese de simulação ou colusão, em que o prazo da rescisória para o terceiro prejudicado e para o Ministério Público, que não interveio no processo, correrá a partir do momento em que ambos têm ciência da simulação ou colusão. (GONÇALVES, 2020, e-book)

⁷ AR 2724/ED. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 29/06/2020.

Júnior e Cunha lecionam que o prazo do art. 966, V do CPC tem início a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo:

A hipótese do inciso V do art. 966 difere, ainda, da do § 15 do seu art. 525 ou o § 8º do seu art. 535 na contagem do prazo. Enquanto a rescisória do inciso V do art. 966 tem seu prazo contado a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, a deste último tem seu prazo contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal; (JÚNIOR; CUNHA, 2019, p. 603)

É pacífico na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o prazo bienal para a propositura de ação rescisória é de natureza decadencial, peremptório, improrrogável e vence no dia correspondente ao termo final, considerado o período fixado em lei:

AÇÃO RESCISÓRIA PRAZO DECADENCIAL IMPRORROGABILIDADE. O prazo de decadência para propositura da ação rescisória não se prorroga, é peremptório e vence no dia correspondente ao termo final. (AR 1.804 AgR, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 25.10.2019)

AÇÃO RESCISÓRIA – DECURSO DO BIÊNIO DECADENCIAL A QUE ALUDE O ART. 495 DO CPC – CONSEQUENTE EXTINÇÃO DO DIREITO DE AJUIZAR AÇÃO RESCISÓRIA – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O direito à rescisão da sentença de mérito (ou do acórdão), qualquer que seja o fundamento da ação rescisória, extingue-se após consumado o prazo decadencial de 02 (dois) anos, cujo termo inicial passa a fluir da data do trânsito em julgado do acórdão ou do ato sentencial. – O caráter preclusivo e extintivo do prazo decadencial dentro do qual deve ser promovido o ajuizamento oportuno da ação rescisória impede, uma vez consumado “in albis” esse lapso de ordem temporal, que se impugne a “res judicata”, eis que, “Decorrido o biênio sem a propositura da rescisória, há coisa soberanamente julgada (...)” (JOSÉ FREDERICO MARQUES, “Manual de Direito Processual Civil”, vol. 3/250, item n. 696, 9ª ed., 1987, Saraiva – grifei). Jurisprudência. (AR 1398 AgR. Tribunal Pleno. Relator Min. Celso de Mello. DJ: 19/08/2015)

Miranda já defendia que o prazo preclusivo para a rescisão da decisão rescindenda começa com a partir do seu trânsito em julgado:

Há tantas ações rescisórias quantas as decisões transitadas em julgado em diferentes juízes. Pode-se dar, até, que os prazos preclusivos sejam dois ou mais, porque uma sentença transitou em julgado antes da outra, ou das outras. O prazo preclusivo para a rescisão da sentença que foi proferida, sem recurso, ou com decisão que dele não conheceu, começa com o trânsito em julgado de tal sentença irrecorrida. Se houve recurso quanto a algum ponto, ou alguns pontos, ou todos, tem-se de distinguir aquilo de que se conheceu e o de que não se conheceu. Há o prazo preclusivo a contar da coisa julgada naqueles pontos que foram julgados pela superior instância. A extensão da ação rescisória não é dada pelo pedido. É dada pela sentença que se compõe o pressuposto da rescindibilidade. Se a mesma petição continha três pedidos e o trânsito em julgado, a respeito do julgamento de cada um, foi em três instâncias, há tantas ações rescisórias quantas as instâncias. (MIRANDA, 1976, p. 353)

Como se pode verificar, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a doutrina defendem que o prazo decadencial de 2 (dois) anos para o ajuizamento da ação rescisória, conta-se a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

Ressalta-se que é inaplicável o prazo previsto no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil para as hipóteses do artigo 966 do Código de Processo Civil, diante da distinção substancial já abordada em tópico anterior.

4.3 Dos efeitos da modulação no Recurso Extraordinário nº 574.706

A modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário nº 574.706 ocorrida em 13/05/2021 não pode atingir os processos com trânsito em julgado anterior, sob pena de violação à coisa julgada prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal.

Como cediço, a modulação dos efeitos de uma decisão tem como premissa garantir a segurança jurídica e proteger o interesse social, nos termos do artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil.

É paradoxal utilizar a modulação dos efeitos como fundamento para atingir o direito reconhecido por decisão transitada em julgado proferida antes mesmo da própria modulação.

Deste modo, a modulação somente poderia atingir casos pendentes de julgamento, jamais casos transitados em julgado.

Ademais, a modulação não alterou o mérito da demanda quanto à inconstitucionalidade da norma jurídica que incluiu o ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins.

Ou seja, após a modulação dos efeitos a inclusão do ICMS sobre a base de cálculo do PIS e da Cofins continuou sendo inconstitucional, estando o acórdão rescindindo exatamente nesse mesmo sentido.

Júnior e Cunha ensinam que a modulação da decisão paradigma, apenas quanto aos efeitos, não afeta a decisão transitada em julgada antes do julgamento da modulação:

O Supremo Tribunal Federal poderá modular os efeitos no tempo da decisão paradigma, como forma de concretização do princípio da segurança jurídica (art. 525, §13, e art. 535, § 6º).

A regra é importantíssima, além de ser uma grande novidade do CPC-2015: é a primeira previsão normativa expressa que autoriza a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade difuso – até então, havia apenas a previsão de modulação de efeitos em controle concentrado (art. 27, Lei n. 9.868/1999).

(...)

Caso a modulação empreste à decisão paradigma apenas efeitos ex nunc ou futuros, a decisão anteriormente transitada em julgado não poderá ser objeto de ação rescisória, se o fundamento for a desarmonia entre o quanto nela decidido e a decisão paradigma do STF. (JÚNIOR; CUNHA, 2021, p. 592)

Medina explica que a modulação dos efeitos da alteração jurisprudencial deve ser aplicada apenas aos casos futuros:

... em situações excepcionais, quando presente interesse público em se protegerem situações jurídicas consolidadas, deve ser possível a modulação dos efeitos de alteração jurisprudencial, para se aplicar a nova orientação firmada apenas a casos futuros (*prospective overruling*) (MEDINA, 2017, e-book)

Ribeiro, em caso análogo, no julgamento da Ação Rescisória nº 5020377-47.2021.4.03.0000, ponderou em seu voto que a modulação no Recurso

Extraordinário nº 574.706 teve por base legal o artigo 927, § 3º do Código de Processo Civil, devendo seus efeitos serem prospectivos, não podendo desconstituir a coisa julgada formada anteriormente ao seu advento por absoluta ausência de violação à norma jurídica:

Pois bem. Consta-se da leitura do voto da Ministra Carmem Lúcia, relatora dos ED no RE nº 574.706/PR, que a técnica da modulação de efeitos foi empregada com base no fundamento de que houve alteração de jurisprudência em relação aos precedentes firmados pelo Superior Tribunal de Justiça em sentido diverso, inclusive no âmbito de recursos representativos da controvérsia, e à luz do cenário de profunda e arrastada crise fiscal da União. A base legal, portanto, para a utilização da referida técnica processual foi aquela prevista no mencionado artigo 927, §3º, do CPC, de forma que seus efeitos são prospectivos, consoante a ideia contida no parágrafo anterior, e não se prestam à desconstituição da coisa julgada formada anteriormente ao seu advento por absoluta ausência de violação à norma jurídica.

Não podemos olvidar, em outro contexto, o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à rescisão automática das decisões transitadas em julgado que contrariem seu entendimento em ação de direito ou em sede de repercussão geral. A Corte Maior firmou a seguinte tese no tema nº 881:

1. As decisões do STF em controle incidental de constitucionalidade, anteriores à instituição do regime de repercussão geral, não impactam automaticamente a coisa julgada que se tenha formado, mesmo nas relações jurídicas tributárias de trato sucessivo.
2. Já as decisões proferidas em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompem automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado nas referidas relações, respeitadas a irretroatividade, a anterioridade anual e a noventena ou a anterioridade nonagesimal, conforme a natureza do tributo.

Conforme se pode verificar, a decisão do Supremo Tribunal Federal em ação direta ou em sede de repercussão geral interrompe automaticamente os efeitos temporais das decisões transitadas em julgado em contrário, respeitando-se os princípios da irretroatividade, anterioridade anual e nonagesimal.

Nesse passo, a decisão do Supremo Tribunal Federal produz efeitos prospectivos, não afetando, em momento algum, as relações jurídicas realizadas anteriormente com base em decisão transitada em julgado em sentido contrário.

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal apenas reforça a impossibilidade de rescindir uma decisão fundamentada em consonância com o entendimento da Suprema Corte na época de sua prolação, a fim de atingir *factos pretéritos* com base em modulação fixada posteriormente ao trânsito em julgado.

Portanto, a modulação dos efeitos que a União Federal usa como fundamento para o ajuizamento de ação rescisória não pode atingir decisão transitada em julgado antes da decisão de modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário nº 574.706, por possuir *efeitos prospectivos*.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 15/03/2017, por meio do Recurso Extraordinário nº 574.706 (tema nº 69), que "*o ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da Cofins*".

Em 12/05/2021, o Supremo Tribunal Federal acolheu os Embargos de Declaração opostos pela União Federal para modular os efeitos para que sua decisão produzisse efeito apenas para o futuro, ressalvadas as ações judiciais e administrativas ajuizadas até 15/03/2017.

Entretanto, entre 15/03/2017 e 12/05/2021 muitas decisões foram proferidas pela Justiça Federal a favor dos contribuintes, permitindo a restituição ou compensação do indébito tributário dos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação judicial, tendo como fundamento exatamente o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal.

Após o trânsito em julgado da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no Recurso Extraordinário nº 574.706, ocorrido em 09/09/2021, a União Federal

propôs diversas ações rescisórias com base no artigo 535, III, §§ 5º e 8º e artigo 966, V, § 5º, ambos do Código de Processo Civil.

Contudo, há substancial distinção entre as ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 535, III, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil, e ações rescisórias promovidas com fundamento no artigo 966, V, § 5º do Código de Processo Civil.

Nenhum dos dois fundamentos jurídicos supracitados autoriza o ajuizamento de ação rescisória de decisão transitada em julgada antes da modulação proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

O ajuizamento da ação rescisória com base no artigo 535, §§ 5º e 8º do Código de Processo Civil seria possível se a decisão proferida pelo tribunal regional estivesse em conflito com o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, na época de sua prolatação.

Não bastasse, o prazo previsto no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil padece de inconstitucionalidade por violação à coisa julgada e segurança jurídica, pois atinge decisões transitadas em julgado há muitos anos.

Não se aplica igualmente o artigo 966, V do Código de Processo Civil, pois não houve decisão judicial fundamentada incorretamente em enunciado de súmula ou em acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos.

Nessa última hipótese, a propositura de ação rescisória deveria ocorrer dentro do prazo de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão rescindenda, com base no artigo 975 do Código de Processo Civil, sendo inaplicável o prazo previsto no § 8º, do artigo 535 do Código de Processo Civil diante da *distinção substancial* entre as hipóteses de cabimento da ação rescisória previstas no artigo 535, § 5º e artigo 966, V, ambos do Código de Processo Civil.

Portanto, a modulação dos efeitos no Recurso Extraordinário nº 574.706, ocorrida em 13/05/2021, não pode atingir os processos com trânsito em julgado anteriormente, sob pena de violação à coisa julgada prevista no artigo 5º, XXXVI da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 5.028/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 10/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EREsp 1.717.140/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe de 27/08/2019).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AR 2724/ED. Tribunal Pleno. Relator Min. Luiz Fux. DJ: 29/06/2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil : volume único.** – 5. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil /** Pedro Lenza – Esquemático® – 11. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

JÚNIOR, Fredie Didier. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** 16. ed. reform. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

_____. **Curso de Direito Processual Civil – Vol. 3,** Editora Jus Podivm, 18ª edição, Salvador: 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **In Código de processo civil comentado [livro eletrônico].** 8ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, 6 Mb; ePub, 8. ed. e-book baseada na 8. edição impressa, RL-1.188.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno [livro eletrônico]** / 3. ed. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado da Ação Rescisória.** 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 17ª. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 35ª edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. Editora Malheiros, 2012.