FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

O cabimento de ação rescisória em face decisão contrária ao posicionamento dos tribunais superiores firmado em recurso repetitivo

Guilherme Yamahaki

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 31.01.2025

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

No ano de 2022 comecei a receber contato de clientes (pessoas jurídicas) que receberam intimação judicial a respeito do ajuizamento de ações rescisórias pela União em face das decisões judiciais transitadas em julgado que asseguravam o direito de não recolher o PIS e a COFINS sobre o ICMS, bem como o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos pelos clientes.

Essas decisões transitaram em julgado com base no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Tema 69 de repercussão geral, também conhecida como "tese do século".

No julgamento do Tema 69, a Suprema Corte decidiu, em março de 2017, pela inconstitucionalidade da incidência do PIS/COFINS sobre o ICMS. Entretanto, ao julgar embargos de declaração no ano de 2021, o STF modulou os efeitos da decisão para que a inconstitucionalidade da exação tivesse efeitos somente a partir do julgamento de mérito, com exceção das ações ajuizadas até o julgamento de mérito (15/03/2017).

Ocorre que, entre o julgamento do mérito do Tema 69/STF (em 2017) e a modulação dos seus efeitos (em 2021), muitas decisões judiciais transitaram em julgado reconhecendo a inconstitucionalidade da incidência do PIS/COFINS sobre o ICMS com efeitos *ex tunc*, isto é, sem considerar a modulação, inclusive decisões proferidas em ações judiciais propostas após 15/03/2017.

Considerando que essas decisões judiciais proferidas em ações judiciais propostas após 15/03/2017 passaram a ficar em conflito com a modulação dos efeitos da decisão do Tema 69/STF realizada pelo STF em 2021, a União promoveu o ajuizamento de ações rescisórias para desconstituição parcial dessas decisões em relação aos fatos geradores anteriores a 15/03/2017.

Ao analisar essas ações rescisórias, algumas perguntas me surgiram sobre o cabimento desta medida processual: (i) qual o prazo para ajuizamento dessa ação rescisória? (ii) a modulação dos efeitos da decisão do Tema 69 pode ser considerada "contrariedade à norma jurídica" para fins de cabimento da ação rescisória? (iii) é cabível ação rescisória se à época da decisão rescindenda o STF ainda não tinha modulado os efeitos da decisão do Tema 69?

Pesquisando sobre os temas acima, percebi a ausência de estudos específicos a respeito desses temas que pudessem auxiliar na condução desses processos.

Assim, pretende-se no presente trabalho aprofundar o estudo a respeito do cabimento da ação rescisória em face decisão contrária ao posicionamento dos tribunais superiores firmado em recurso repetitivo (questão central).

Importante mencionar que, no ano de 2024, os tribunais superiores decidiram, em recursos repetitivos (Tema 1245/STJ e Tema 1338/STF), pelo cabimento de ação rescisória contra decisão transitada em julgado que contrariou a modulação de efeitos do Tema 69/STF ("exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS"), que serão objeto de análise.

Mas tais decisões ainda não transitaram em julgado, nem abordaram todos os aspectos dessa discussão, em especial a inconstitucionalidade da contagem do prazo para ajuizamento dessa modalidade de ação rescisória prevista no artigo 535, §§ 5º e 8º, do CPC.

O modelo de pesquisa será o de resolução de problema, analisando essa modalidade de ação rescisória e apresentando recomendações práticas para atuação nessas demandas.

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

Contextualização fática

- Como os tribunais superiores têm aplicado a modulação dos efeitos das suas decisões em recurso repetitivo?

Os tribunais superiores, inicialmente o STF e mais recentemente o STJ, têm adotado a modulação dos efeitos das suas decisões quando proferidas em recurso repetitivo. Tal modulação tem sido cada vez mais aplicada em decisões contrárias aos Fiscos federal, estadual e municipal, reduzindo os efeitos econômicos aos cofres públicos, bem como em casos de alteração de jurisprudência, de modo a privilegiar a segurança jurídica.

- Como os Tribunais Superiores têm tratado o cabimento de ação rescisória?

Os tribunais superiores têm entendido que a ação rescisória com fundamento no artigo 966, V, § 5º, do CPC ("violar manifestamente norma jurídica") somente é cabível quando a decisão rescindenda aplica equivocadamente a decisão proferida pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos (recurso repetitivo ou repercussão geral).

Assim, se à época da decisão rescindenda ainda não existia posicionamento definitivo dos tribunais superiores sobre o tema em recurso repetitivo, não é cabível o ajuizamento de ação

rescisória com base em violação à norma jurídica, a teor da Súmula nº 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."*).

No mesmo sentido foi o posicionamento da Suprema Corte no julgamento do RE nº 590.809, sob o rito da repercussão geral (Tema 136), no qual o STF fixou a tese 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"*.

Entretanto, no ano de 2024, os tribunais superiores decidiram, em recursos repetitivos (Tema 1245/STJ e Tema 1338/STF), pelo cabimento de ação rescisória contra decisão transitada em julgado que contrariou a modulação de efeitos do Tema 69/STF ("exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS"), ainda que a decisão tenha sido proferida antes da determinação de modulação dos efeitos da decisão do Tema 69.

- Qual exemplo de ação rescisória ajuizada com base em modulação dos efeitos da decisão?

A União promoveu o ajuizamento de ações rescisórias para desconstituição parcial das decisões judiciais proferidas em ações judiciais propostas após 15/03/2017, que reconheciam o direito ao indébito no período anterior a 15/03/2017, sob o argumento de que tais decisões estavam em conflito com a modulação dos efeitos da decisão do Tema 69/STF realizada pelo STF em 2021,

No ano de 2024, os tribunais superiores decidiram, em recursos repetitivos (Tema 1245/STJ e Tema 1338/STF), pelo cabimento de ação rescisória contra decisão transitada em julgado que contrariou a modulação de efeitos do Tema 69/STF ("exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS"), ainda que a decisão tenha sido proferida antes da determinação de modulação dos efeitos da decisão do Tema 69. Entretanto, essas decisões ainda não transitaram em julgado nos tribunais superiores.

Referencial teórico-normativo

- Em quais hipóteses a legislação (Código de Processo Civil) permite o ajuizamento de ação rescisória? Qual o prazo definido?

De acordo com o artigo 966, V, § 5º, do CPC, cabe ação rescisória por violação de norma jurídica quando a decisão rescindenda contraria decisão proferida pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos (recurso repetitivo ou repercussão geral).

Ou seja, a ação rescisória com fundamento no artigo 966, V, § 5º, do CPC somente é cabível quando a decisão rescindenda aplica equivocadamente a decisão proferida pelos Tribunais Superiores em julgamento de casos repetitivos (recurso repetitivo ou repercussão geral).

Em relação ao prazo para ajuizamento da ação rescisória, o artigo 975 do CPC prevê que *"o direito à rescisão se extingue em 2 (dois) anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo"*.

Todavia, o artigo 535, §§ 5º e 8º, do CPC prevê que a Fazenda poderá arguir em sede de cumprimento de sentença que o título judicial é inexequível se estiver *"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"* (§ 5º). Por outro lado, se a mencionada decisão da Suprema Corte for proferida após o trânsito em julgado da decisão judicial exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão do C. STF (§ 8º).

Assim, se a decisão rescindenda contrariar posterior posicionamento do STF em repercussão geral, o prazo para a ação rescisória contaria do trânsito em julgado da decisão do STF, nos termos do artigo 535, §§ 5º e 8º, do CPC.

Abordagem analítica

- É possível o ajuizamento de ação rescisória após 2 anos do trânsito em julgado da decisão rescindenda?

O artigo 535, §§ 5º e 8º, do CPC prevê que, se a decisão rescindenda contrariar posterior posicionamento do STF em repercussão geral ou controle concentrado de constitucionalidade, o prazo de 2 anos para o ajuizamento da ação rescisória contaria do trânsito em julgado da decisão do STF, nos termos do artigo 535, §§ 5º e 8º, do CPC.

Questiona-se se o prazo elástico previsto no referido dispositivo, com início apenas com o trânsito em julgado da decisão do STF em repercussão geral, incorreria em inconstitucionalidade, já que permitiria a revisão de decisões transitadas em julgado há muitos anos. Essa preocupação foi mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento dos Temas 881 e 885 do STF:

> *"Eu também, em outra oportunidade, gostaria de fazer considerações sobre a disciplina do Código de Processo Civil a propósito dessa temática da rescisória a partir da declaração de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, porque, de fato, <u>ela abre ensanchas para uma revisão de coisa julgada já depois de muitos anos, pode ser que, daí a 20 anos, venha uma declaração de inconstitucionalidade do Supremo, o que não faz nenhum sentido</u>. Eu já até antecipo que tenho posição hoje muito clara no sentido de, mas isso fica para outro momento."*

- A modulação dos efeitos da decisão pode ser considerada contrariedade à norma jurídica para fins de cabimento de ação rescisória?

Os tribunais superiores firmaram entendimento de que cabe ação rescisória por violação de norma jurídica quando a decisão rescindenda contraria decisão proferida pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos (recurso repetitivo ou repercussão geral). Essa possibilidade está expressamente prevista no artigo 966, V, § 5º, do CPC.

Ou seja, considera-se manifesta violação à norma jurídica o posicionamento dos tribunais superiores em recurso repetitivo.

Entretanto, a decisão que contraria a modulação dos efeitos da decisão em recurso repetitivo não deveria se enquadrar na hipótese de manifesta violação à norma jurídica, pois não se trata de interpretação de dispositivo legal ou constitucional, nem de declaração de inconstitucionalidade de dispositivo legal, mas apenas a definição da eficácia da decisão (efeitos *ex nunc*).

Essa impossibilidade de considerar a modulação dos efeitos da decisão como violação à norma jurídica é evidenciada pelo histórico doutrinário e jurisprudencial a respeito da possibilidade de ajuizamento de ação rescisória por violação à norma jurídica quando a decisão transitada em julgado contrariar posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema em sede de recurso repetitivo.

- É cabível ação rescisória se à época da prolação da decisão rescindenda o tema ainda era controvertido na jurisprudência?

Os tribunais superiores têm entendido que a ação rescisória com fundamento no artigo 966, V, § 5º, do CPC ("violar manifestamente norma jurídica") somente é cabível quando a decisão rescindenda aplica equivocadamente a decisão proferida pelos tribunais superiores em julgamento de casos repetitivos (recurso repetitivo ou repercussão geral).

Assim, se à época da decisão rescindenda ainda não existia posicionamento definitivo dos tribunais superiores sobre o tema em recurso repetitivo, não é cabível o ajuizamento de ação rescisória com base em violação à norma jurídica, a teor da Súmula nº 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."*).

No mesmo sentido foi o posicionamento da Suprema Corte no julgamento do RE nº 590.809, sob o rito da repercussão geral (Tema 136), no qual o STF fixou a tese 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"*.

Dessa forma, se à época da decisão rescindenda o tema ainda era controvertido na jurisprudência, sendo definido somente após a prolação da decisão rescindenda, não é cabível a ação rescisória, conforme Súmula nº 343/STF.

Embora os tribunais superiores tenham decido, em recursos repetitivos (Tema 1245/STJ e Tema 1338/STF), pelo cabimento de ação rescisória contra decisão transitada em julgado que contrariou a modulação de efeitos do Tema 69/STF ("exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS/COFINS"), tal decisão aplica-se exclusivamente para esse tema, não sendo aplicável para todas as hipóteses de alteração posterior da jurisprudência.

Recomendações finais

Diante do posicionamento dos tribunais superiores a respeito do cabimento dessa nova modalidade de ação rescisória prevista no artigo 535, §§ 5º e 8º, do CPC, quais medidas

devem ser tomadas pelos participantes do contencioso tributário na condução dessa nova modalidade de ação rescisória?

Quais são as consequências, riscos e preocupações para os contribuintes que tenham decisão judicial transitada em julgado que contraria posicionamento dos tribunais superiores em recurso repetitivo, ainda que a decisão tenha transitado em julgado antes da decisão dos tribunais superiores, bem como quais as recomendações de conduta nessa situação?

3. **Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto**

O presente trabalho destina-se às partes que atuam nessa modalidade de ação rescisória estudada (contribuintes e procuradores), aos juízes que julgam essas demandas, às auditorias externas que precisam analisar os créditos decorrentes das ações judiciais transitadas em julgado, bem como aos que pretendem estudar sobre o tema.

A relevância do trabalho está na aparente insuficiência de estudos específicos a respeito dessa modalidade de ação rescisória e os aspectos que se pretende analisar nesse trabalho.

Somente com relação às ações rescisória relacionadas ao Tema 69, a União distribuiu cerca de 1.100 ações rescisórias. Do ponto de vista econômico, com a rescisão dessas decisões, a União poderia cobrar dos contribuintes aproximadamente 2 bilhões de reais[1].

Com o aumento do uso da modulação dos efeitos das decisões em recursos repetitivos pelos tribunais superiores, é provável que essa modalidade de ação rescisória seja cada vez vista pelos operadores do contencioso tributário.

O presente trabalho tem por objetivo facilitar o estudo a respeito dessa modalidade de ação rescisória, compilando os estudos doutrinários e a jurisprudência sobre o tema de forma sintetizada, bem como oferecendo reflexão sobre a forma de lidar não apenas com tais demandas judiciais, mas com as próprias decisões judiciais transitadas em julgado em matéria tributária, que correm o risco de serem rescindidas.

4. **Familiaridade com objeto da pesquisa**

Tenho mais de 20 anos de experiência em processos judiciais tributários, inclusive ações ativas de discussão de teses tributárias.

Atuo em casos de ação rescisória em matéria tributária. Acompanhei nos últimos anos uma crescente utilização dessa medida processual em temas tributários.

Como exemplo, atuo em ações rescisórias ajuizadas pela União em face decisões transitadas em julgado que contrariam a modulação de efeitos firmada pelo STF no julgamento do Tema

---

[1] https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2024/10/14/supremo-julga-validade-de-acoes-da-uniao-contra-creditos-da-tese-do-seculo.ghtml

nº 69/STF. Além das rescisórias referentes ao Tema nº 69/STF, também trabalho com ações rescisórias relacionadas a outros temas tributários.

Sou sócio de um dos escritórios (Schneider Pugliese Advogados) que participou do julgamento do STF a respeito da coisa julgada nas relações jurídico-tributárias de trato continuado (Temas 881 e 885 do STF).

5. **Bibliografia preliminar**

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia. *Ação Rescisória e Querela Nullitatis. Semelhanças e Diferenças*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: *entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARIONI, Rodrigo. "Ação Rescisória". In: Teresa Wambier, Fredie Diddier Jr. Eduardo Talamini e Bruno Dantas. *Breves Comentários ao Código de Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAMPILONGO, Celso F. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CONRADO, Paulo Cesar; ARAUJO, Juliana Furtado Costa. *Processo Tributário Analítico. Volume IV*. São Paulo: Noeses, 2019.

DERZI, Misabel Abreu Machado. *Modificações da jurisprudência: proteção da confiança, boa-fé objetiva e irretroatividade como limitações constitucionais ao poder judicial de tributar*. São Paulo: Noeses, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. "Considerações sobre a chamada relativização da coisa julgada material". *Revista Dialética de Direito Processual Civil*. Volume 22, 2005, páginas 91-111.

RODRIGUES, Walter Piva. *Coisa julgada tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SOUZA, Henrique Coutinho de. *A ação rescisória em matéria tributária: considerações sobre o direito de lançar à luz do princípio da segurança jurídica*. 2018. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-11092020-153541/. Acesso em: 31 jan. 2025.

ZAVASCKI. Teori Albino. “Ação Rescisória em Matéria Tributária”. *Revista de Direito Renovar*. Volume 27, 2003, páginas 153-174.

REsp n. 2.054.759/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 11/9/2024, DJe de 22/10/2024.

RE 1489562 RG, Relator(a): MINISTRO PRESIDENTE, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2024, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-318 DIVULG 22-10-2024 PUBLIC 23-10-2024.

6. **Cronograma de execução**

	2025											2026	
Atividades	**2**	**3**	**4**	**5**	**6**	**7**	**8**	**9**	**10**	**11**	**12**	**1**	**Horas**
Pesquisa e revisão de bibliografia e jurisprudência													50h (25h por mês)
Organização da pesquisa													10h
Redação e entrega do projeto de pesquisa ajustado													10h
Redação da versão intermediária													60h (20h por mês)
Apresentação da versão intermediária													-
Redação da versão provisória													60h (20h por mês)
Conclusão da versão provisória													20h
Revisão e ajustes na versão provisória													30h (15h por mês)
Apresentação de versão provisória													-

7. **Sugestão de orientadores**

- Paulo Cesar Conrado
- Juliana Furtado Costa Araújo
- Aldo de Paula Júnior