

Embargos infringentes em ação rescisória. Limites da cognição. Matéria de ordem pública que não pode ser apreciada de ofício. Decisão rescindenda que julgou procedente ação civil pública proposta por associação de consumidores versando matéria tributária. Pedido de rescisão fundado em violação a dispositivo legal. Possibilidade jurídica do pedido e legitimidade ativa determinada pela pertinência temática. Consumidor não é contribuinte, porém as normas relativas ao processo coletivo do CDC se aplicam a outras relações que não as de consumo. Cabimento da ação civil pública em matéria tributária, sendo a demanda ajuizada antes de 2001. Controvérsia jurisprudencial que descaracteriza a violação legal, hipótese prevista no art. 485, V do CPC. Súmula do STF v. 343. Provimento do recurso

ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PROCESSO n.º 2009.009.00276

Embargos Infringentes na Ação Rescisória n.º 276/09

Relatora: Des. Elisabete Filizzola

Embargantes: Associação Nacional de Assistência ao Consumidor e ao Trabalhador ANACONT e outra

Embargado: Município de Volta Redonda

Parecer do Ministério Público

Embargos infringentes na ação rescisória. Repetição de indébito tributário. Limites da divergência: legitimidade da associação para propositura de ação coletiva em matéria tributária. Controvérsia jurisprudencial à época do *decisum* rescindendo. Descaracterização da violação a dispositivo legal. Descabimento da ação rescisória. Provimento dos embargos.

Trata-se de embargos infringentes opostos contra decisão que julgou procedente rescisória proposta pelo Município de Volta Redonda em face de

associação de consumidores, autoras de ação civil pública ajuizada para tutelar interesses individuais homogêneos de contribuintes, buscando repetição de indébito com fundamento em declaração de inconstitucionalidade da norma tributária. O acórdão se encontra assim ementado (fls. 379):

“Tributário. Ação Civil Pública. Associação cujo objeto é a defesa do consumidor. Procedência do pedido na ação originária, ao fundamento de inconstitucionalidade do IPTU progressivo. Prejudicial de decadência que se afasta. “O direito de propor ação rescisória se extingue após o decurso de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida na causa” (EResp 409.777). Não constitui, portanto, “dies a quo” para a rescisória o acórdão anterior que, reconhecendo a legitimidade da ANACONT, desconstituiu a sentença e determinou o regular prosseguimento do feito. Ofensa à coisa julgada, com fulcro em julgado do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência. A decisão proferida pelo STF, em sede de mero agravo em agravo de instrumento, não tem o condão de fazer coisa julgada senão entre as partes litigantes no processo perante aquela Corte. Violação do artigo 102, III a da Constituição da República. Usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. Inocorrência. Não se cogita de usurpação da competência do STF se a declaração de inconstitucionalidade não é o pedido, mas a causa de pedir da demanda. Reconhecimento, no acórdão rescindendo, da legitimidade ativa “ad causam” da associação ora ré para defender interesses de verdadeiros contribuintes. Associação que tem por finalidade defender interesses de consumidores, os quais não se confundem com contribuintes. Ausência de pertinência temática entre a finalidade da associação e o interesse defendido por meio da ação coletiva em tela. Enunciado nº 343 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade na espécie. Pacífica jurisprudência especificamente quanto ao tema em questão. Não versando o debate, propriamente, acerca do controvertido tema da viabilidade do manejo da Ação Civil Pública em matéria tributária, mas sim sobre a legitimidade da associação de defesa do consumidor para aquela causa, incorreu o “decisum” em violação à literalidade dos artigos 3º e 267, VI do CPC (art. 485, V do CPC). Inicial que considera violados dispositivos outros, do Código de Defesa do Consumidor, que não foram efetivamente vulnerados. Irrelevância. Se se pode extrair da inicial que o fundamento primordial para o pleito rescisório reside no indevido reconhecimento da legitimidade de uma parte, é desinfluyente que o autor tenha apontado dispositivos aos quais não se negou vigência. “Iudicium rescindens”: rescisão do aresto. “Iudicium rescissorium”: extinção da Ação Civil Pública, sem resolução do mérito (art. 267, VI do CPC).”

O voto vencido está às fls. 391 e expressa a divergência entre os membros do Órgão Especial no julgamento. A corrente vencida acolhia a tese de que “a matéria da ilegitimidade ativa (...) continua sendo de aplicação controvertida nos Tribunais”, ficando assim descaracterizada a violação a dispositivo legal, conforme entendimento sumulado (STF v. 343). Ademais, “o reconhecimento *ex*

officio da ilegitimidade ativa da associação (art. 267 $\hat{=}$ 3 $^{\circ}$. do CPC) estaria vedado". Estes os limites da divergência.

Foram opostos embargos de declaração, desprovidos por decisão de fls. 406.

Embargos infringentes oferecidos pela Ré e pela assistente - CSN, às fls. 416. Situam a divergência em dois pontos, a saber: a incidência da súmula 343 e a possibilidade de decidir matéria de ordem pública, sem requerimento da parte, em sede rescisória. Trazem à colação arestos dos Tribunais Superiores, proferidos à época do julgamento da ação coletiva, para demonstrar a controvérsia existente sobre a questão da legitimidade (fls. 423/426). Quanto ao conhecimento *ex officio* da matéria de ordem pública, afirma que "não haverá preclusão para o exame das questões enquanto pendente o processo", não podendo ser reapreciada a matéria nesta sede.

O Município apresentou contrarrazões, às fls. 443. Insiste na tese da falta de pertinência temática, que conduziria à ilegitimidade da associação para ações versando direitos não "alcançados por seus fins institucionais". Quando ao segundo ponto, alega que a questão da decadência foi decidida à unanimidade, não cabendo o reexame da matéria na via dos embargos infringentes.

É o relatório.

Merece provimento o recurso.

Como é cediço, vigora no Direito Processual o princípio dispositivo, segundo o qual, em regra, a parte pode limitar os termos de sua demanda, e, por outro lado, ao julgador incumbe o dever de julgar nos limites do pedido (art. 2 $^{\circ}$, 128 e 460 do CPC). Em sede rescisória, esse princípio assume contornos ainda mais restritos, pois, como também se sabe, respeito à coisa julgada é um imperativo constitucional.

Assim, ainda que se esteja diante de matéria de ordem pública - como ocorre na questão da legitimidade ativa - o julgador não pode decidir além dos limites da impugnação do autor, determinando, *ex officio*, a rescisão do julgado por fundamento diverso daquele invocado pela parte.

A questão da pertinência temática, acolhida no juízo rescindendo como violação a dispositivo legal, não foi deduzida pela parte, tendo sido apreciada *ex officio* pelo acórdão embargado. Como se vê da inicial da rescisória, o Município de Volta Redonda fundamenta o pedido de rescisão em violação a vários dispositivos legais, sob alegação de que descabia a veiculação de matéria tributária via ação coletiva. A redação, porém, é ambígua, confira-se (fls. 19):

"... o primeiro requisito que se deve exigir, de quem propõe a ação, é serem consumidores as pessoas naturais cujos direitos e interesses seja o objetivo final da demanda coletiva."

Qual seria então a tese do Município: que a autora, associação de consumidores, somente poderia demandar sobre interesse de que seus associados fossem titulares na condição de consumidores; ou, que a ação civil pública não poderia versar sobre matéria tributária, por estar fundada em dispositivo “inserido numa lei que dispõe sobre a defesa dos direitos do consumidor” (inicial - fls. 19)? A diferença é sutil, porém significativa.

O voto condutor percebeu e destacou estas circunstâncias, como consignado às fls. 384, no entanto, equivocou-se ao considerar que a ilegitimidade da associação decorreria de ambas. O descabimento da ação civil pública versando matéria tributária é questão relativa à possibilidade jurídica do pedido e não à qualidade de parte. Embora sejam ambas condições da ação, a falta de pertinência temática é o único aspecto que poderia conduzir à extinção do processo por ilegitimidade ativa e esta questão, precisamente, não foi ventilada pelo autor da rescisória. Não há, na inicial da rescisória, uma palavra sobre “a previsão, no seu estatuto social, da possibilidade de defesa do interesse controverso”, como decidido pelo acórdão rescindendo, à unanimidade (fls. 94).

Não se trata, portanto, de mera falta de indicação dos dispositivos legais supostamente violados, ou de indicação errônea, que autorizaria o conhecimento da matéria de ofício pelo julgador. Realmente, “em tema de condições da ação, o tema não preclui para o juiz”, como aponta de forma correta o voto condutor, no entanto, a regra vale para o processo em curso, jamais para autorizar a rescisão do julgado sem que haja requerimento da parte. Embora seja “desimportante a indicação deste ou daquele dispositivo violado”, como afirma a decisão majoritária, não se extrai da inicial desta demanda o fundamento adotado para rescindir o acórdão que, confirmando a sentença, julgou procedente a ação civil pública.

O fundamento invocado pelo autor, permita-se insistir, diz respeito ao cabimento de ações coletivas em matéria tributária e conduz à extinção por impossibilidade jurídica do pedido. A legitimidade da parte, embora seja matéria de ordem pública, não pode ser conhecida de ofício, conforme já proclamou o STF, em julgamento de ação rescisória versando questão semelhante à tratada nestes autos. Vale trazer à colação:

Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos. Matéria devidamente prequestionada. **Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício.** 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não

tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória. (AI 382298 AgR, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/05/2004, DJ 28-05-2004 PP-00053 EMENT VOL-02153-7 PP-01373) (grifou-se)

A possibilidade de serem conhecidas de ofício questões que, supostamente, constituam violação à lei e possam fundamentar a rescisão do julgado é rechaçada também em doutrina. Confira-se, por todos, a lição de Pontes de Miranda:

“Não há ação rescisória, de ofício. As discussões em torno de casos em que o juiz poderia, excepcionalmente, restituir ao estado anterior, de ofício, são, hoje, sem qualquer pertinência. Aliás, seria contra os princípios que o juiz pudesse atacar o que transitou em julgado, ou pudesse desatender à *res iudicata*, na suposição de haver rescindibilidade.” (*Tratado da ação rescisória*. 1.ed. Campinas: Bookseller, 1998, p. 104/105)

No mesmo sentido leciona o eminente processualista da USP, Prof. Flavio Luiz Yarshell, valendo citar:

“O argumento de que a matéria ‘trasladada’ ao tribunal é de ordem pública (e, como tal, pode e deve ser conhecida de ofício) é relevante, mas só pode ser entendido no contexto do que se devolveu em extensão e, por isso, escapou à preclusão. Aceitar-se que a matéria de ordem pública atinja a parte da sentença ou do acórdão já preclusos seria o mesmo que dizer que sentenças ou acórdãos dados em violação a normas de ordem pública simplesmente não transitam em julgado; o que seria simplesmente desconsiderar a regra do art. 485 do CDC.” (*Ação Rescisória – juízos rescindente e rescisório*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 67)

A natureza de ordem pública da matéria não afasta todo e qualquer impedimento à preclusão, como reconhece em uníssono a jurisprudência do STF, ao rejeitar sua apreciação em recurso extraordinário, quando não tenha havido prequestionamento. Permita-se trazer à colação o recentíssimo aresto, dentre tantos:

1. Apreciação do apelo extremo que envolve análise da legislação infraconstitucional (CDC, Decreto nº 87.497/82 e Portaria 1.886/94), em que se baseou o Tribunal a quo para decidir pela ilegalidade da cobrança de estágio curricular obrigatório por universidade particular. Precedente. 2. **O prequestionamento é requisito de admissibilidade recursal na via extraordinária, ainda que a questão suscitada seja de ordem pública.** 3. Agravo regimental improvido. (Segunda Turma, AI 473456 AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, julg. 26/05/2009, DJe-108 DIVULG 10-06-2009 PUBLIC 12-06-2009 EMENT VOL-02364-02 PP-00372) grifou-se.

O único aspecto a ser considerado, visto que constitui fundamento do pedido de rescisão, é o do cabimento da ação civil pública para veicular pretensões de natureza tributária, isto é, que não sejam relativas a consumo. Note-se que a própria decisão embargada reconhece que este ponto “poderia ser considerado controvertido” (fls. 384) à época da prolação da decisão rescindenda, tendo sido objeto de modificação legislativa posterior.

Por este fundamento, não está caracterizada a violação que autorizaria a rescisão do julgado, pois, conforme assentado na jurisprudência do colendo STJ, é preciso que a interpretação dada pelo *descisum* rescindendo seja manifestamente violadora do dispositivo legal, em sua literalidade. A esse respeito:

“Para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC prospere, é necessário que a interpretação dada pelo ‘decisum’ rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se recurso ordinário com prazo de interposição de dois anos.” (RSTJ 93/416)

Tratando-se de questão, à época, objeto de controvérsia jurisprudencial, não está caracterizada a violação. Cabe invocar, na espécie, o verbete n. 343 da Súmula do STF, para concluir pelo descabimento da rescisória se havia, como na época da decisão impugnada, efetiva divergência da interpretação do texto legal, ainda que o entendimento adotado na jurisprudência tenha se consolidado em sentido contrário à decisão rescindenda.

Para demonstração da controvérsia sobre o cabimento da ação civil pública, vale trazer à colação arestos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, ambos proferidos antes da modificação legislativa que excluiu a matéria tributária do objeto da ação civil pública (art. 1º, I da Lei n. 7.347), os quais enfrentam o problema da possibilidade jurídica do pedido. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPRESTIMO COMPULSORIO (DEL 2.288/1986). INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Interesses individuais homogêneos. Impropriedade da tutela, na espécie, contribuinte e consumidor. Diferença. Falta de legitimidade ativa do autor. I - O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) não tem legitimidade ativa para ingressar com ação civil pública de responsabilidade civil, por danos provocados a interesses individuais homogêneos, contra a União Federal, objetivando obrigar a esta indenizar todos os contribuintes do empréstimo compulsório sobre combustíveis, instituído pelo DEL 2.288/1986. II - Os interesses e direitos individuais homogêneos somente não de ser tutelados pela via da ação coletiva, na hipótese em que os seus titulares sofrerem danos como consumidores. III - O contribuinte do empréstimo compulsório sobre o consumo de álcool e gasolina não é consumidor, no sentido da lei,

desde que, nem adquire, nem utiliza produto ou serviço, como destinatário (ou consumidor) final e não intervem em qualquer relação de consumo. Contribuinte é o que arca com o ônus do pagamento do tributo e que, em face do nosso direito, dispõe de uma gama de ações para a defesa de seus direitos, quando se lhe exige imposto ilegal ou inconstitucional. IV - Quando a Lei 7.347/1985 faz remissão ao Código de Defesa do Consumidor, pretende explicitar que os interesses individuais homogêneos só se inserem na defesa de proteção da ação civil, quanto aos prejuízos decorrentes da relação de consumo entre aqueles e os respectivos consumidores. Vale dizer: **não é qualquer interesse ou direito individual que repousa sob a égide da ação coletiva, mas só aquele que tenha vinculação direta com o consumidor, porque é a proteção deste o objetivo maior da legislação pertinente.** V - Recurso provido, sem discrepância. (STJ, Primeira Turma, Resp 97.455/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julg.10/12/1996, DJ 10/03/1997 p. 5903)

CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, **nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com "interesses sociais e individuais indisponíveis."** (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido. (STF, Tribunal Pleno, RE 195056, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, julg. 09/12/1999, DJ 30-05-2003 PP-00030 EMENT VOL-02112-02 PP-00279 REPUBLICAÇÃO: DJ 14-11-2003 PP-00018) (grifou-se)

Nos limites da divergência, portanto, concluímos que, quanto ao cabimento da ação coletiva em matéria tributária, não há violação em virtude da existência de controvérsia jurisprudencial e, quanto à legitimidade ativa, trata-se de matéria não ventilada no pedido de rescisão e, como tal, não pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador.

O Ministério Público opina pelo provimento dos embargos, para reformar a r. decisão de fls. 379 e julgar extinto o processo sem julgamento de mérito, pelo descabimento da rescisória na espécie.

Rio de Janeiro, 3 de setembro de 2009.

Heloisa Carpena

Procuradora de Justiça

Assistente da Subprocuradoria-Geral de

Justiça de Atribuição Originária Institucional e Judicial

Aprovo.

Antonio José Campos Moreira

Subprocurador-Geral de Justiça de

Atribuição Originária Institucional e Judicial