

04/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECDO.(A/S) : RUY CESAR ABELLA FERREIRA
ADV.(A/S) : JORGE NILTON XAVIER DE SOUZA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO
SUL

DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA -
APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 -
DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA -
NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO
DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE
INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO
DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a
orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos
sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou
compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador,
tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I,
do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado
interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de
10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento
indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no
mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos
Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se
submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua



RE 566.621 / RS

natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a

RE 566.621 / RS

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 4 agosto de 2011.

Ministra Ellen Gracie
Relatora

05/05/2010

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

RELATORA	:	MIN. ELLEN GRACIE
RECTE.(S)	:	UNIÃO
ADV.(A/S)	:	PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECDO.(A/S)	:	RUY CESAR ABELLA FERREIRA
ADV.(A/S)	:	JORGE NILTON XAVIER DE SOUZA
INTDO.(A/S)	:	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S)	:	PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no art. 102, III, *b*, da Constituição Federal, interposto contra acórdão que, aplicando decisão tomada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em sede de Argüição de Inconstitucionalidade, considerou inconstitucional a 2ª parte do art. 4º da LC 118/2005, tendo em vista que o art. 3º da mesma lei somente poderia *“ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência, não se aplicando às ações ajuizadas em data anterior a 09 de junho de 2005, porque na essência, como dito alhures, não possui índole interpretativa como insinuado no art. 4º”*.

2. Em seu recurso extraordinário, a União sustenta a constitucionalidade do citado dispositivo legal, o qual determinou a aplicação retroativa da interpretação autêntica atribuída ao art. 168 do CTN, relativamente ao prazo para a repetição de indébito tributário. Argumenta que não teria sido violada a segurança jurídica protegida constitucionalmente no art. 5º, XXXVI. É que o art. 3º, da LC 118/2005, seria um dispositivo meramente interpretativo, podendo, dessa forma, ser aplicado a fatos ocorridos antes de sua vigência, desde que respeitada a coisa julgada. Também não haveria violação ao direito adquirido, em face da inexistência de direito definitivamente incorporado ao patrimônio do recorrido.

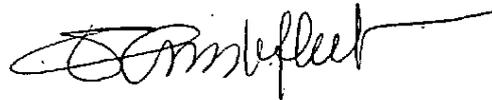
RE 566.621 / RS

3. O recorrente, nas contra-razões ao recurso extraordinário, reafirma a inconstitucionalidade do citado dispositivo legal, pois deveria ser considerado o prazo prescricional vigente na data da ocorrência do fato gerador, sob pena de violação do princípio da irretroatividade das leis, contrariando os arts. 5º, XXXVI, XL, e 150, III, *a*, ambos da Constituição Federal.

4. Esta Corte reconheceu a existência de repercussão geral da matéria no julgamento do RE 561.908, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

5. O Ministério Público Federal, no parecer de lavra do então Subprocurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, adotando o parecer elaborado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves, no RE 485.813, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fl. 430).

É o relatório.



RE 566.621 / RS

V O T O

A Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. O acórdão recorrido, do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/05 na parte em que determina a aplicação retroativa do novo prazo para repetição ou compensação do indébito tributário. Configura-se, pois, a hipótese do art. 102, III, *b*, da CF.

Ademais, em sede de embargos declaratórios, foi acostado o inteiro teor da Arguição de Inconstitucionalidade julgada no âmbito daquela Corte e que serviu de fundamento ao acórdão recorrido, de modo que também está presente o requisito do pré-questionamento.

A repercussão geral da matéria, por sua vez, não apenas foi suscitada em preliminar no Recurso Extraordinário ora trazido a julgamento (item “II – DA EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL” das razões de recurso, à fl. 402 dos autos), como já restou reconhecida nos autos do RE 561.908-7, relator o Ministro Marco Aurélio, com acórdão publicado no DJe 157, de 7 de dezembro de 2007.

Está o recurso apto, assim, para ser analisado por este Tribunal.

Importa destacar, ainda, que, embora não haja como quantificar com exatidão o estoque de feitos represados nos tribunais aguardando o julgamento definitivo da questão por este Supremo Tribunal Federal, sabe-se que são milhares, até porque a discussão do prazo para a repetição ou compensação de indébito se dá, preliminarmente, nas ações sobre os mais diversos tributos. Daí a urgência para que este Tribunal defina a questão e promova assim o encerramento dessa miríade de controvérsias repetitivas que sobrecarregam o sistema judiciário.

2. O art. 3º da LC 118/05, autoproclamando-se interpretativo do art. 168, I, do CTN, estabeleceu que a data da extinção do crédito relativo aos tributos sujeitos a lançamento por homologação – termo *a quo* do prazo de cinco anos para repetição de indébito tributário –

RE 566.621 / RS

fosse entendida como correspondente à data do pagamento antecipado. E seu art. 4º determinou que se observasse, no ponto, o art. 106, I, do CTN, que determina a aplicação, a ato ou fato pretérito, da lei expressamente interpretativa. Eis os dispositivos, com destaques nossos:

“Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

Veja-se, de pronto, que o art. 3º é expressamente interpretativo e que sobreveio no bojo de lei complementar, o que afasta eventuais invocações de vício formal. Foi utilizada lei complementar para a pretendida interpretação autêntica do art. 168, I, do CTN, que, embora lei ordinária (Lei 5.172/66), tem nível de lei complementar desde o advento da Constituição de 1967, cujo art. 19, § 1º, passou a exigir lei complementar para tratar de normas gerais de Direito Tributário, exigência esta hoje constante do art. 146, III, da Constituição de 1988.

Importante verificar, porém, se o art. 3º da LC 118/05 constitui, materialmente, verdadeira lei interpretativa e se a determinação de retroatividade constante do seu art. 4º encontra suporte no texto constitucional e, se necessário, qual a regra de transição a ser observada.

3. Denomina-se “interpretação autêntica” aquela estabelecida pela mesma fonte de produção normativa que formulou a norma jurídica interpretada. Caracteriza-se tanto pela sua origem, como por vir revestida da cogência própria do instrumento legislativo utilizado.

RE 566.621 / RS

Embora não seja freqüente nos dias de hoje, já houve épocas em que a interpretação autêntica foi predominante.

Carlos Maximiliano, em sua obra *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (Forense, 11ª edição, 1990, p. 90), observa que o Imperador Justiniano repelia qualquer outra exegese que não procedesse dele próprio, sob o entendimento de que: “Interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei”. Tal se dava, então, em razão da subordinação dos magistrados ao soberano, pois este concentrava a titularidade de todas as funções próprias da soberania.

Adiante, mesmo frente a conquistas políticas que implicaram a atribuição de autonomia aos diversos poderes do Estado, a interpretação autêntica ainda guardou lugar dominante enquanto se entendia que o juiz, ao transcender os limites da lei escrita, invadiria a esfera do poder legislativo, de modo que se lhe impunha consultar o legislador em caso de dúvida. Novamente, é Carlos Maximiliano quem esclarece que “em França existia o apelo, obrigado, ao legislador, para resolver as dúvidas ocorrentes na prática (*référé au législateur*), interrompido, para aquele fim, o andamento da causa”, sendo que “A lei de 1º de abril de 1837 aboliu a consulta forçada e restabeleceu a autonomia da magistratura no interpretar e aplicar o Direito”.

Também o italiano Ezio Vanoni, na sua obra *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, publicada ainda em 1932 e que se tornou um clássico sobre a matéria, já destacava que as obscuridades da lei eram submetidas ao legislador para que as suprisse por meio de uma nova declaração de vontade e que nem mesmo a Revolução fez desaparecer o *référé législatif*. Somente com o Código Napoleônico (o Código Civil francês de 1804) é que se passou a considerar obrigação do juiz encontrar a norma aplicável aos casos concretos tendo em conta o postulado da plenitude do ordenamento positivo.

É significativo que, no Brasil, a Constituição de 1824 tenha estabelecido a competência da Assembléia Geral para fazer as leis e interpretá-las. A respeito, aliás, manifestou-se o Ministro Celso de Mello quando do julgamento da ADI 605-3:

RE 566.621 / RS

“Essa norma, positivada pelo constitucionalismo monárquico, guardava estrita fidelidade com os postulados rousseauianos de democracia, que atribuíam ao Legislativo – enquanto fonte única de emanção das regras legais no âmbito do Estado – a autoridade, a prerrogativa e a legitimidade para a interpretação das leis.”

Lembrou, ainda, sua Excelência, que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, em sede doutrinária, refere-se à competência do Poder legislativo imperial como a “consagração do dogma da soberania do Parlamento”.

Mas, desse tempo para cá, muitas mudanças ocorreram na compreensão das funções típicas de cada Poder.

Efetivamente, a afirmação da submissão de todos os Poderes à supremacia da Constituição e a do caráter complexo da interpretação e aplicação do Direito pelos Juízes mudaram o modo como se vê a atividade jurisdicional e, inclusive, estenderam os seus limites.

De fundamental importância nessa trajetória foi o julgamento, pela Suprema Corte americana, do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, em que se afirmou o caráter normativo da Constituição e a obrigação de todos, inclusive do legislador, de respeitá-la, cabendo aos juízes, sob o juramento de fazer cumprir a Constituição, a obrigação de aplicá-la, em detrimento da lei, quando entre seus textos houvesse conflito. Em nosso país, a possibilidade de o Judiciário controlar a validade das leis é constitucionalmente reconhecida desde a Constituição Republicana de 1891, sendo que, atualmente, na Constituição de 1988, dá-se por diversos instrumentos processuais, de modo difuso e concentrado: Recurso Extraordinário, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade.

Também no campo da hermenêutica, a evolução foi grande. Passou-se a reconhecer toda a complexidade da atividade jurisdicional que envolve considerar cada dispositivo legal em

RE 566.621 / RS

particular e o ordenamento como um todo e, ainda, não apenas interpretar e aplicar as regras, mas atribuir-lhes sentido em conformidade com a Constituição. Isso sem falar na necessidade de considerar a eficácia normativa dos princípios e de ponderar os que se apresentem em aparente conflito, de modo a otimizar a concretização dos valores constitucionalmente protegidos, construindo a regra do caso concreto.

Não obstante ainda se admita a possibilidade de interpretação autêntica, pois, já se lhe atribui caráter absolutamente excepcional e se tem bem claro que não pode se sobrepor à interpretação realizada pelos tribunais, senão como lei nova sujeita, como todas, ao controle judicial.

É que a interpretação das leis, embora seja realizada por todos os destinatários da norma para fins da sua aplicação primária e possa, inclusive, ser objeto das chamadas “leis interpretativas”, é firmada pelo Judiciário como atividade inerente à sua função própria.

Esta Corte, aliás, quando do julgamento do ADI 605-3/DF, julgado em outubro de 1991, já definiu o modo como se deve considerar as leis interpretativas. Naquela oportunidade, assim como no presente caso, estava em discussão diploma de cunho expressamente interpretativo.

O Min. Relator, Celso de Mello, então, retomou a lição de Giovanni Galloni para dizer que a interpretação autêntica “*não constitui uma verdadeira atividade interpretativa, mas, sim, um processo de integração normativa em que ‘la norma interpretativa si pone cosí come norma complementare rispetto alla norma interpretata com il resultato di chiarirne la astratta precettività.’*”

Manifestaram-se, ainda, outros Ministros no sentido de que a lei que se proclama interpretativa não deixa, tão-só por isso, de ser outra lei. Na hipótese de nada acrescentar, é inócua; na hipótese de implicar modificação da norma, deve ter o tratamento de uma lei nova.

RE 566.621 / RS

O Min. Carlos Velloso, por exemplo, afirmou que “... *a lei classificada como interpretativa nada mais é do que uma norma que introduz, no mundo jurídico, direito objetivo; é, portanto, lei que inova*”. Já o Min. Neri da Silveira destacou que, no caso, tratava-se de regra nova e que, como tal, havia de ser posta em análise, “*para verificar-se sua validade*”.

Nada mais natural, aliás, do que se considerar a lei pretensamente interpretativa como lei nova, sujeita aos mesmos prazos e limites que condicionam a aplicação de qualquer outro diploma, quando se sabe que, nos termos da Lei de Introdução ao Código Civil (Lei 4.657/42), até mesmo a simples republicação da lei para sua correção, antes da sua entrada em vigor, implica o recomeço da *vacatio legis*, bem como que as correções a texto de lei já em vigor, por sua vez, também se consideram lei nova, nos termos do seu art. 1º, §§ 3º e 4º.

Admitida, assim, a possibilidade da existência de lei interpretativa, mas com as ressalvas e com o controle a que se submete qualquer outra lei, vejamos a natureza da norma constante do art. 3º da LC 118/05 e em que extensão se pode aplicá-la validamente.

4. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a jurisprudência do STJ no sentido de que o prazo para a repetição ou compensação de indébito relativo a tributo sujeito a lançamento por homologação era, na prática, de 10 anos. A posição do STJ tinha como fundamento o entendimento de que o prazo de cinco anos a partir da extinção do crédito, estabelecido pelo art. 168, I, do CTN, contava-se do decurso do prazo, também de cinco anos, mas desde o fato gerador, para a homologação do pagamento, previsto no art. 150, § 4º, do CTN, totalizando dez anos contados do fato gerador. Tal entendimento considerava, ainda, o texto do art. 156, VII, do CTN no sentido de que a extinção do crédito se dá com “*o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º*”. Transcrevo os dispositivos implicados:

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja

RE 566.621 / RS

legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º *O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.*

(...)

§ 4º *Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”*

“Art. 156. *Extinguem o crédito tributário:*

(...)

VII – *o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º;”*

“Art. 165. *O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162, nos seguintes casos:*

I – *cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

II – *erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no*

RE 566.621 / RS

cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;"

(...)

"Art. 168. 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 art. 165, da data da extinção do crédito tributário;"

Não é o caso de nos debruçarmos sobre tais dispositivos. Basta ter em consideração que o Superior Tribunal de Justiça é o tribunal ao qual cabe dar a interpretação definitiva da legislação federal, nos termos do art. 105, III, da Constituição de 1988. E, há muito, esse Tribunal firmara posição.

Dos repertórios de jurisprudência, extraem-se aleatoriamente as referências que confirmam que não se tratava de um ou outro precedente, mas de jurisprudência pacífica, no sentido mais denso de consolidação de um entendimento mediante a reiteração de precedentes em determinado sentido.

Assim é que se vê que nos RESPs 72.909/RS e 68.633/PR, da Primeira e Segunda Turmas daquela Corte, julgados em 1995, já se tinha por firme a orientação de que a extinção do direito para pleitear a restituição só ocorreria *"após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela data em que se deu a homologação tácita"*, totalizando dez anos contados do fato gerador. No mesmo sentido, foram o RE 174.745/MG, julgado em outubro de 1998, e o RE 357.703/RS, julgado em maio de 2002, além de centenas de outros precedentes unívocos.

Os poucos precedentes em sentido diverso, apontados pela União nas razões do recurso extraordinário com vista a descaracterizar a firmeza de posicionamento do STJ sobre a matéria, acabam, ao contrário, por confirmá-la.

RE 566.621 / RS

É que a União invoca precedentes relativos a questões específicas, como tributos retidos no regime de substituição tributária e tributos inconstitucionais, em que chegou a haver, é verdade, alguma dúvida quanto à aplicação da regra geral dos 10 anos, mas que não perdurou. Logo, aquela Corte firmou posição no sentido de que, também em tais situações de retenção e de reconhecimento do indébito em razão da inconstitucionalidade da lei instituidora, dever-se-ia aplicar, sem ressalvas, a tese dos dez anos, conforme se vê dos EREsp 329.160/DF e EREsp 435.835/SC, julgados pela Primeira Seção daquela Corte. Aliás, nada melhor do que o próprio STJ para reconhecer que se tratava de jurisprudência consolidada.

Veja-se a ementa do julgamento da EREsp 644.736-AI/PE pela Corte Especial do STJ, em junho de 2007, relator o Ministro Teori Albino Zavascki:

“CÔNSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a

RE 566.621 / RS

repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juizes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5: O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI)."

Assim, considerando-se que o STJ havia consolidado entendimento no sentido de que o CTN fixara o prazo para repetição ou compensação de indébito tributário em 10 anos contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação, é preciso reconhecer que a interpretação imposta pela LC 118/05 implicou redução do prazo, de 10 para 5 anos.

RE 566.621 / RS

Impõe-se considerar a LC. 118/05, pois, como lei nova e, assim, analisá-la.

6. No Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade julgado pelo STJ, cuja ementa foi acima transcrita, reconheceu aquela Corte que o art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, por ter determinado a aplicação retroativa de interpretação contrária à jurisprudência, teria ofendido o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes, estampado no art. 2º da Constituição, que estabelece: “*Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.

A matéria precisa ser analisada, porquanto constitui fundamento suficiente para, por si só, afastar a aplicação retroativa pretendida.

Mas trata-se de argumento já rechaçado por este Tribunal por ocasião do julgamento do referido ADI 605-3/DF, cuja ementa estampa:

“- As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do Judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder.

- Mesmo as leis interpretativas expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.”

A apreciação da matéria, aliás, foi muito bem feita pelo Ministro Relator, Celso de Mello, conforme se extrai da fundamentação do voto condutor:

“No plano da divisão funcional do poder – e do sistema de ‘checks and balances’ consagrado pelo ordenamento constitucional brasileiro – incumbe ao Poder Judiciário a típica e

RE 566.621 / RS

preponderante função de, ao resolver as controvérsias, aplicar as leis, interpretando-as.

Isso não significa, porém, que a interpretação das leis constitua atribuição exclusiva dos juízes e tribunais, que não detêm, no âmbito da comunidade estatal, o monopólio da definição do sentido e da extensão das normas legais, muito embora só a seus atos decisórios se reconheça – como atributo essencial da jurisdição que é – o caráter de definitividade, qualificador, na concreta resolução do litígio, do 'final enforcing power' que assumem as manifestações do Poder Judiciário.

Na realidade, o desempenho da função interpretativa pelos Poderes Executivo e Legislativo, muito embora em caráter atípico, não se revela incompatível com o postulado da divisão funcional do poder, cuja compreensão supõe o reconhecimento, no plano da organização estatal, da inexistência de atividades político-jurídicas monopolizadas por qualquer dos órgãos da soberania nacional.

O fenômeno jurídico das leis interpretativas, não obstante traduz uma anômala manifestação do órgão legislativo, não as torna imunes – e daí a sua perfeita adequação ao princípio da separação dos poderes, que supõe controles interorgânicos recíprocos – à apreciação de sua própria inteligibilidade e significado técnico-racional pelo Poder Judiciário.

Com isso, as leis veiculadoras de interpretação autêntica não se excluem da possibilidade de análise em sede jurisdicional, pois, constituindo normas jurídicas, expõem-se, como tais, ao domínio da atividade preponderantemente reservada aos órgãos do Poder Judiciário.

Reconhecida, desse modo, a admissibilidade, em nosso sistema de direito positivo, das denominadas leis interpretativas...”

RE 566.621 / RS

O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, concluiu:

“Não há invasão da área constitucional do Poder Judiciário, com a edição de lei que se pretenda interpretativa. Para mim, no sistema brasileiro, lei interpretativa ou é inócua ou é lei nova. [...] Se a título de lei interpretativa, a segunda lei extrapola da interpretação, é lei nova, que altera a lei antiga, modificando-a ou adicionando-lhe normas inexistentes. E assim há de ser examinada.”

Desse modo, considerando que a própria lei que se diga interpretativa se sujeita ao controle jurisdicional, seja quanto à sua efetiva natureza, seja quanto à extensão da sua possível aplicação, sua edição não configura violação ao princípio da independência dos Poderes. Mesmo que não tenha cunho meramente interpretativo e que venha pretender alterar a jurisprudência firmada pelos tribunais, certo é que, a estes, cabe censurá-la, dando-lhe ou não guarida, reconhecendo-lhe ou não validade, permitindo ou não sua aplicação.

Não estando, pois, as leis interpretativas imunes ao controle jurisdicional, mas, pelo contrário, sujeitas integralmente a ele como qualquer outro diploma legal, não implicam, por si só, violação à independência do Poder Judiciário, que resta preservada.

7. O art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, ao determinar a observância, quanto ao art. 3º, do disposto no art. 106, inciso I, do CTN, impôs sua aplicação retroativa.

Vejamos tais artigos:

LC 118/05: “Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.”

RE 566.621 / RS

CTN: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;”

O pressuposto de tal norma, qual seja o de que o art. 3º realmente fosse a norma interpretativa que se autoproclama, não encontra guarida, conforme já se demonstrou.

No entanto, mesmo não sendo interpretativa a LC 118/05, é preciso verificar se a retroatividade por ela determinada é válida ou não.

Vale deixar claro, desde já, que, ainda que interpretativa fosse e que se pudesse considerar legítima sua aplicação retroativa com fundamento direto no art. 106, I, do CTN, ainda assim a LC 118/05 teria de observar o art. 5º, XXXVI, da CF, não podendo atingir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Mais uma vez é o voto condutor do Ministro Celso de Mello no ADI 605-3/DF que se invoca:

“(…) mesmo que se considere conatural às leis interpretativas o efeito de retroprojeção normativa, a sua incidência sofre a necessária limitação imposta pelo ordenamento constitucional, que hostiliza, de forma absoluta, os atos estatais que vulneram a incolumidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas.

(…) a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema em questão tem admitido a denominada retroatividade das leis interpretativas, ressalvando, no entanto, a necessária intangibilidade das situações juridicamente consolidadas.”

RE 566.621 / RS

Assim, os ressarcimentos, por repetição ou compensação, já obtidos com fundamento em sentença transitada em julgado, alcançando os dez anos anteriores ao ajuizamento da ação, estariam, de qualquer modo, a salvo de revisão.

8. Mas, não estamos diante de lei interpretativa, devendo-se considerar a LC 118/05 como lei nova que é, submetendo-a a todos os condicionamentos a que está sujeita.

É certo que a alteração de prazos, indubitavelmente, não ofende direito adquirido, porquanto inexistente direito adquirido a regime jurídico, o que já restou definitivamente assentado na jurisprudência desta Corte, do que são exemplo os precedentes em que se entendeu ser viável a alteração de prazo de recolhimento do tributo depois da ocorrência do fato gerador e o estabelecimento de novos requisitos para o prosseguimento do gozo de imunidade por entidade já reconhecida, no passado, como beneficente:

“PIS: prazo de recolhimento: alteração pela L. 8.218, de 29.8.91... II - Não há falar em "direito adquirido" ao prazo de recolhimento anteriormente previsto, pois, como se sabe, o STF não reconhece a existência de direito adquirido a regime jurídico. III - A circunstância de o fato disciplinado pela norma – isto é, o pagamento do tributo – haver de ocorrer após a sua edição é suficiente para afastar a alegada violação ao princípio da irretroatividade (CF, art. 150, III, a).” (RE 219878, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., sessão de 13 de junho de 2000).

“2. Não há direito adquirido a regime jurídico relativo à imunidade tributária. A concessão de Certificado de Entidade Beneficente - Cebas não imuniza a instituição contra novas verificações ou exigências, nos termos do regime jurídico aplicável no momento em que o controle é efetuado. Relação jurídica de trato sucessivo. 3. O art. 1º, § 1º do Decreto-lei 1.752/1977 não afasta a obrigação de a entidade se adequar a novos regimes jurídicos

RE 566.621 / RS

pertinentes ao reconhecimento dos requisitos que levam à proteção pela imunidade tributária.” (RMS 26.932, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª T., sessão de 1º de dezembro de 2009).

Inexistindo direito adquirido a regime jurídico, não há que se advogar, pois, suposto direito de quem pagou indevidamente um tributo a poder buscar ressarcimento no prazo estabelecido pelo CTN por ocasião do indébito.

Isso não quer dizer, contudo, que a redução de prazo possa retroagir para fulminar, de imediato, pretensões que ainda poderiam ser deduzidas no prazo vigente quando da modificação legislativa. Ou seja, não se pode, de modo algum, entender que o legislador pudesse determinar que pretensões já ajuizadas ou por ajuizar estejam submetidas, de imediato, ao prazo reduzido, sem qualquer regra de transição.

É que isto, ainda que não viole estritamente ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, atenta contra outros conteúdos do princípio da segurança jurídica. Efetivamente, se, de um lado, não há dúvida de que a proteção das situações jurídicas consolidadas em ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada constitui imperativo de segurança jurídica, concretizando o valor inerente a tal princípio, de outro, também é certo que tem este abrangência maior e que implica, também, resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça.

Há, efetivamente, conteúdos do princípio da segurança jurídica que se encontram implícitos no texto constitucional.

O princípio da segurança jurídica decorre implicitamente não só da sua concretização em direitos e garantias individuais expressamente contemplados no art. 5º da Constituição, como, entre vários outros, os incisos XXXV e XXXVI, mas também de outros dispositivos constitucionais e diretamente do sobreprincípio do Estado de Direito, estampado no art. 1º da

RE 566.621 / RS

Constituição, do qual se extraem, independentemente de norma expressa, garantias como a proteção da liberdade e contra a arbitrariedade, bem como de acesso ao Judiciário.

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (Almedina, 1998, p. 250), destaca “os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”. O Professor Luís Afonso Heck, na mesma linha, na obra *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã* (Fabris, 1995, p. 186), ensina que “*Tanto o preceito da certeza jurídica como o preceito da proteção à confiança são partes constitutivas essenciais e, portanto, elementos essenciais do princípio do Estado de Direito [...] Ambos têm índole constitucional e, assim, servem de critério normativo*”.

O julgamento de preliminar de prescrição relativamente a ações já ajuizadas, tendo como referência novo prazo reduzido por lei posterior, sem qualquer regra de transição, atentaria, indiscutivelmente, contra, ao menos, dois destes conteúdos, quais sejam: a confiança no tráfego jurídico e o acesso à Justiça.

Estando um direito sujeito a exercício em determinado prazo, seja mediante requerimento administrativo ou, se necessário, ajuizamento de ação judicial, tem-se de reconhecer eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal resta resguardado pela proteção à confiança.

Da mesma forma, não é possível que se fulmine, de imediato, prazos então em curso, sob pena de violação evidente e direta à garantia de acesso ao Judiciário. Pudessem o legislador impedir a jurisdição mediante reduções abruptas de prazo, com aplicação às pretensões pendentes ainda não ajuizadas, restaria em grande parte esvaziada a garantia de acesso à Justiça.

O caráter, em geral, prospectivo das leis impede que se lhes atribua efeito retroativo sem que haja cláusula expressa nesse

RE 566.621 / RS

sentido. Havendo, tem-se, de qualquer modo, de resguardar os diversos conteúdos do princípio da segurança jurídica.

Reconheço, pois, a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da redução de prazo que alcance prazos já interrompidos, bem como da aplicação, imediatamente após a publicação da lei, às novas ações ajuizadas, sem assegurar aos contribuintes nenhum prazo para que, deduzindo suas pretensões em Juízo, pudessem evitar o perecimento do seu direito, considerando violado pelo art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, o princípio da segurança jurídica nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, que repousam implícita e expressamente nos arts. 1º e 5º, inciso XXXV, da Constituição.

9. Diante da inconstitucionalidade reconhecida, cabe, ainda, verificar a partir de quando e com que efeito o novo prazo pode ser validamente aplicado.

Importa que haja manifestação expressa desta Corte sobre a transição entre o prazo anterior de 10 anos para o prazo novo de 5 anos, porquanto significa definir o limite da inconstitucionalidade que se afasta. Sem uma definição clara quanto a tal ponto, a análise restaria incompleta e não cumpriria a função pacificadora que se espera do mecanismo da repercussão geral.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região entendeu, no acórdão recorrido, que após o período da *vacatio legis* de 120 dias, incidiria plenamente a LC 118/05 às ações que viessem a ser ajuizadas, forte na orientação consolidada no enunciado 455 da Súmula deste Supremo Tribunal Federal.

Já a Primeira Seção do STJ vem entendendo, em outras ações, que se deve aplicar a regra de transição do art. 2.028 do Código Civil, de modo que as repetições e compensações relativas a indébitos anteriores à vigência da LC 118/05 continuem regidas pelo prazo anterior de 10 anos, limitado, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. Senão vejamos:

RE 566.621 / RS

“AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LEI COMPLEMENTAR 118, DE 09 DE FEVEREIRO DE 2005. JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSENSO JURISPRUDENCIAL SUPERADO... 6. A prescrição da ação de repetição de indébito após o advento da LC 118/05 deve ser aferida da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova. 7. É que a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão ‘observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, julgado em 06.06.2007). 8. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa... 9. Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: ‘Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.’). 10.

RE 566.621 / RS

Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.” (STJ, Pet 4.976-AgRg /MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, agosto/08).

Há, pois, dois entendimentos possíveis, já adotados na matéria: um, implicando a plena aplicação do prazo novo às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis*; outro, resguardando uma transição mais gradual.

Este Supremo Tribunal, conforme destacado no julgado do TRF da 4ª Região, já considerou válida a aplicação de lei que reduziu prazo às prescrições em curso quando da sua vigência nos processos a partir de então ajuizados, conforme o enunciado 445 da Súmula deste Tribunal, que transcrevo: “*A Lei nº 2.437, de 7-3-55, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (1º-1-56), salvo quanto aos processos então pendentes*”.

Relembro que a Lei 2.437/55, alterando o Código Civil de 1916, reduziu diversos prazos, como o do art. 177, relativo às ações pessoais, e o do art. 550, relativo ao usucapião, que passaram de 30 para 20 anos. Entendeu, esta Corte, nos precedentes que deram origem ao enunciado analisado, que, tendo havido uma *vacatio legis* alargada, de 10 meses entre a publicação da lei e a vigência do novo prazo, tal fato teria dado oportunidade aos interessados para ajuizarem suas ações, interrompendo os prazos prescricionais em curso, sendo certo que, a partir da sua vigência, em 1º de janeiro de 1956, o novo prazo seria aplicável a qualquer caso ainda não ajuizado.

Embora sugerida, em votos vencidos, regra de transição mais larga, forte em doutrina estrangeira, o Tribunal entendeu que tinham fundamento nos direitos positivos francês e português, sem correspondência no direito positivo brasileiro, deixando, pois, de aplicá-la. Efetivamente, a LICC não trazia regra de transição. Tampouco o Código Civil de 1916 trazia qualquer

RE 566.621 / RS

preceito para equacionamento da aplicação, no tempo, de leis redutoras de prazos.

Considerou, ademais, o Tribunal como regra de transição suficiente, a observância da alargada *vacatio legis*, permitindo a aplicação irrestrita da lei nova a todas as ações posteriores ao início da vigência do prazo reduzido.

A solução para o presente caso deve ser a mesma.

É verdade que, atualmente, existe, no ordenamento jurídico brasileiro, a norma do art. 2.028 do CC, que dispõe: “*Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada*”.

Todavia, o art. 2.028 do CC é regra interna daquela codificação, pois limita-se a resolver os conflitos no tempo relativos às reduções de prazos impostas pelo novo Código Civil de 2002 relativamente aos prazos maiores constantes do Código de 1916. Não se trata sequer de uma norma geral, diferenciando-se, assim, daquelas constantes – por exemplo, na Lei de Introdução ao Código Civil, por seu conteúdo, e na LC 95/08, expressamente requerida pelo art. 59, parágrafo único, da Constituição Federal para dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Constitui, o art. 2.028 do CC, um simples dispositivo de lei ordinária com aplicação específica que não impede, de modo algum, que outras leis ordinárias ou complementares disponham em sentido diverso, desde que respeitadas, por certo, as garantias constitucionais.

É relevante ter em conta que o legislador, ao aprovar a LC 118/05, não pretendeu aderir à regra de transição do art. 2.028 do Código Civil. Não o fez expressamente, tampouco por omissão. Tivesse estabelecido o novo prazo para repetição e compensação de tributos sem determinar sua aplicação retroativa, quedando silente no ponto, permitiria a aplicação do art. 2.028 do CC por analogia, mecanismo que se viabilizaria tendo em conta o princípio da unidade do ordenamento jurídico e a própria regra constante do art. 108, I, do

RE 566.621 / RS

CTN, que coloca a analogia como método preferencial de integração da legislação tributária. Ocorre que não o fez e que a utilização da analogia pressupõe lacuna, o que, no caso da LC 118/05, inexistente.

Efetivamente, não há dúvida de que a intenção do legislador foi aplicar, na maior dimensão possível, o novo prazo, inclusive, retroativamente.

Se, de um lado, como já afirmado, a aplicação retroativa e a aplicação imediata às ações ajuizadas em seguida à sua publicação implicariam violação à segurança jurídica, de outro, é certo que não há direito adquirido a regime jurídico e que, como visto no caso da Súmula 445, não ofende a Constituição a aplicação do prazo reduzido às pretensões pendentes nas ações ajuizadas após a *vacatio legis*.

Tenho que se impõe tal solução porque cabe a esta Corte expurgar, da iniciativa legislativa, o que nela há de inconstitucional e somente isso, permitindo a aplicação da LC 118/05 tão logo se verifique válida. E, para tanto, como se viu, não é necessário seguir regra de transição tal como a do art. 2.028 do Código Civil, bastando, isto sim, aguardar o decurso da *vacatio legis*.

Aliás, é relevante considerar que a LC 118/05, assim como a antiga Lei 2.437/55, objeto da Súmula 445, estabeleceu uma *vacatio legis* superior à prevista na Lei de Introdução ao Código Civil (DL 4.657/42), cujo art. 1º diz que: “*Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada*”. A LC 118/05 estabeleceu prazo maior, de 120 (cento e vinte) dias: “*Art. 4º Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional*”.

Ainda que a *vacatio legis* estabelecida pela LC 118/05 seja menor do que aquela prevista na Lei 2.437/55, de 10 meses, não há como negar que os tempos são outros.

Desnecessária, até mesmo, qualquer comparação mais detida, bastando imaginar a dificuldade de acesso à informação

RE 566.621 / RS

em uma época em que o Diário Oficial da União só era publicado em meio físico e levava muito tempo para chegar aos diversos estados e municípios do país, em que a qualidade das transmissões de rádio ainda era precária, em que a própria TV era incipiente no Brasil, em que os escritórios de advocacia não eram tão especializados e em que as petições iniciais eram datilografadas para serem protocoladas, muitas vezes, em varas da Justiça distantes do domicílio do autor.

Atualmente, toma-se conhecimento imediato do Diário Oficial, via Internet, em qualquer lugar, a partir de qualquer residência ou escritório e sem custo. Além disso, a facilidade de acesso à informação, seja sobre as inovações legislativas ou sobre suas repercussões, é, hoje, incomparável. Enfim, em tempos de comunicação eletrônica, de operações em tempo real, de celular, de produção das peças processuais em rápidos computadores, de Justiça interiorizada e de tantas outras modernidades, quatro meses é tempo considerável, suficiente para que o contribuinte possa exercer sua pretensão, ajuizando a ação que se faça necessária com o objetivo de ver reconhecido o indébito e condenada a Fazenda ao ressarcimento via repetição ou compensação.

Conforme se extrai do art. 8º da LC 95/98, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, nos termos do art. 59 da Constituição Federal, a vigência da lei deve “*contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula ‘entra em vigor na data de sua publicação’ para as leis de pequena repercussão*”.

Tenho que o art. 4º da LC 118/05, na parte em que estabeleceu *vacatio legis* alargada de 120 dias, cumpriu tal função, concedendo prazo suficiente para que os contribuintes não apenas tomassem conhecimento do novo prazo, como para que pudessem agir, ajuizando as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Note-se que foi significativa a avalanche de ações ajuizadas perante a primeira instância em tal prazo, até 8 de junho de 2005, sinal, aliás, de que tal prazo cumpriu sua finalidade, não havendo fundamento constitucional para proteger o contribuinte da sua própria inércia, cabendo dar aplicação ao velho brocardo latino: “*Dormientibus non succurrit jus*”.

RE 566.621 / RS

Assim, vencida a *vacatio legis* de 120 dias, é válida a aplicação do prazo de cinco anos às ações ajuizadas a partir de então, restando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a esta data.

No caso dos autos, a ação foi ajuizada anteriormente à vigência da LC 118/05, em 2 de junho de 2005, antes, pois, do prazo fatal que se esgotava em 8 de junho. Correta, pois, a aplicação, pelo Tribunal *a quo*, do prazo de dez anos anteriormente vigente.

Isso posto, **conheço** do recurso extraordinário da União, mas, reconhecendo a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 por violação do princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expreso nos arts. 1º e 5º, inciso XXXV, e considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, **nego-lhe provimento**. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.

É como voto.



05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a Ministra Ellen Gracie explicitou que sou relator do Recurso Extraordinário nº 561.908, no qual, admitida a repercussão geral, versada idêntica matéria. Então, se os colegas que votam antes de mim permitirem, gostaria – muito embora ainda não tenha confeccionado relatório nem voto – de adiantar ponto de vista, e talvez fazer um contraponto ao voto proferido.

Diria que nisso é que se dá tentar modificar o rumo de uma jurisprudência, não interpondo recurso, mas buscando-se a solução normativa no Congresso Nacional.

Começo por louvar a inteligência dos advogados tributaristas. Realmente, a cada passo me surpreendem, no que, mediante ato de vontade, que é o interpretativo, acabam criando situações e levando certos órgãos judicantes ao convencimento.

O que respalda o inconformismo da União? Um Código Tributário que vigorou durante muitos anos, já que é de 1966, contemplando o tratamento igualitário sob o ângulo prescricional, considerada a dívida ativa e passiva da Fazenda, ou seja, a observância, em se tratando de ação da Fazenda ou do contribuinte, do quinquênio, para questionar-se certo tributo.

Comungo com a relatora. A segurança jurídica pressupõe o respeito ao que se contém no inciso XXXVI do rol das garantias constitucionais:

"Art. 5º

XXXVI – a lei" – e o legislador não pode, muito menos órgãos administrativos, muito menos o Judiciário, olvidar certos institutos – "não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;"

Já disse, nesta bancada, que, para mim, a coisa julgada é ato jurídico

RE 566.621 / RS

perfeito por excelência. A primeira condição da segurança jurídica, presente o que se contém no referido inciso XXXVI, é a irretroatividade da norma editada.

Mas indago: houve inovação com a vinda à balha do artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005? Não. O surgimento dessa lei – e nada surge sem uma causa, é o princípio do determinismo –, já anunciei, foi uma tentativa de afastar do cenário jurídico a óptica do Superior Tribunal de Justiça, no que acabou introduzindo tratamento diferenciado, tendo em conta algo que sempre foi uno, ou seja, o prazo para ajuizamento de ação tributária. Sempre foi uno – repito –, levando em conta o interesse da Fazenda – revelado na dívida ativa e considerado o interesse do contribuinte –, presente a dívida passiva.

Presidente, atuamos ante um sistema, e toda vez que preciso refletir sobre prescrição, preciso refletir sobre decadência. Lembro-me de obra clássica que folheei quando estava nos bancos da Nacional de Direito: “Da prescrição e da decadência”, de Câmara Leal. E, então, surge questionamento inafastável: quando começa a correr a prescrição para ajuizamento de uma ação? Qual é o termo inicial da prescrição? O surgimento de uma ação exercitável, a denominada, para os romanos, *actio nata*. Nascida a ação, tem-se, até mesmo para afastar e evitar a inércia daquele que se diga titular de um direito integrado ao respectivo patrimônio, o curso do prazo assinado em lei.

Essa premissa é linear, é observável a qualquer momento. Então, faço outra indagação: para que o contribuinte possa ajuizar a ação de repetição de indébito, ante pagamento indevido, ante pagamento a maior, ante pagamento equivocado, necessita do transcurso dos cinco anos para, tacitamente, segundo o Código Tributário Nacional, ter-se como ocorrida a homologação, nesse caso concreto em que o Código aponta que o recolhimento do tributo independe de iniciativa administrativa-fiscal e se dá por “antecipação”? Ajuizasse o contribuinte a ação, imediatamente após ter batido no guichê para o recolhimento do tributo, e constatado no dia seguinte a erronia nesse recolhimento, seria uma ação fora de época? Não, Presidente. Mas, como disse, para tentar inclusive evitar o que se

RE 566.621 / RS

mostrou uma avalanche de pretensões de contribuintes que tinham deixado passar os cinco anos previstos no Código Tributário Nacional, veio à balha o famigerado artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005, sem um objeto maior em termo de normatividade abstrata, confirmando simplesmente o que esteve em vigor desde 1966, e mereceu nova interpretação – isso confirma realmente que a interpretação é ato de vontade – a dispor:

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre [...]

E ocorre mesmo, já previa o Código, não a extinção definitiva, porque segundo o § 4º do artigo 150, pressupõe a passagem de cinco anos para a atuação do Fisco, homologando expressamente o que devido a título de tributo."

É o que está no § 4º:

"Art. 150. [...]

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação," – naquele recolhimento dito antecipado, mas que não é bem antecipado, é o recolhimento a hora e a modo –, "será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo" – aí sim – "sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se" – homologação implícita, homologação por ficção jurídica – "homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação."

Por que definitivamente? Porque há extinção do crédito, quando o contribuinte comparece e recolhe o valor devido, estando pedagogicamente mencionada no § 1º do 150:

"Art. 150. [...]

RE 566.621 / RS

§ 3º O pagamento antecipado" – é antecipado em relação à homologação, dispensando como disse, a atividade administrativa fiscal – "o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, – aí sim – "sob condição resolutória" – que, vindo a lume, afasta essa extinção – "da ulterior homologação do lançamento."

E a cabeça do artigo:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

Presidente, para mim, a premissa é inafastável. A ação exercitável não surge após o decurso de cinco anos para a homologação, verificada ou não. Na ação exercitável do contribuinte, a causa única de pedir é o pagamento indevido. Verificado o pagamento indevido, como também no caso de sonegação, as ações nascem imediatamente.

O artigo 3º reafirmou – e com toda vênia do Superior Tribunal de Justiça, conhecia o dom da multiplicação, não o da dobra de prazo prescricional –, buscou redirecionar essa jurisprudência, no que – volto a frisar – criativos tributaristas chegaram à tese de que não são cinco anos para o ajuizamento da ação, mas são dez anos, afastando o tratamento igualitário contemplado no Código de 1966, presente Fazenda e contribuinte. Então, continuo, para ressaltar que não houve inovação normativa alguma. Até mesmo com receio de que pudessem tomar o preceito como inovador, aumentando o prazo de cinco para dez anos – e o prazo de cinco sempre foi respeitado, segundo as normas do Código Tributário Nacional –, rotulou-se o novo preceito como interpretativo, e o é. Eis um dispositivo inócuo a revelar que "para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, o pagamento antecipado pelo obrigado

RE 566.621 / RS

nos termos do artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento", e continua do "Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso", é o que está no parágrafo, "de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento" – se estou em débito e devo recolher tributo, e vou ao guichê e recolho, evidentemente estou pagando o tributo – "do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei."

O impacto de pronunciamento judicial, principalmente do Supremo, não me preocupa muito. O que me preocupa é a instabilidade que se verificou, no que, após a vigência, por anos e anos, do Código Tributário Nacional, sem alteração desse Código, assentando em bases democráticas o tratamento igualitário das partes, se passou a dizer: olha, no caso de o contribuinte recolher tributo, sem a atividade da autoridade administrativo-fiscal, fazendo-o de forma equivocada, não passa ele a ter os cinco anos, alusivos à prescrição da ação, contados desse pagamento, mas sim, do transcurso daqueles outros cinco anos, alusivos à homologação definitiva.

Presidente, peço vênua à relatora – concordando com muitas premissas lançadas no voto de Sua Excelência – para não placitar a criatividade desses grandes profissionais preocupados com os contribuintes, ante uma carga tributária, que é praticamente invencível, no que, com o endosso do Superior Tribunal de Justiça, veio a transformar prazo que sempre foi de cinco anos, sempre foi observado como relativo ao quinquênio, em dobrado, passando a ser de dez anos.

Conheço e provejo o recurso.

05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, inicio por cumprimentar o brilhante voto trazido pela eminente Ministra Relatora. Cumprimento também o voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio. Destaco a qualidade das sustentações apresentadas pelos nobres advogados.

Senhor Presidente, vou pedir vênia à Ministra Relatora para acompanhar a divergência aberta pelo Ministro Marco Aurélio, tendo em vista, além de tudo que Sua Excelência já assentou, que eu não vejo, na lei, atentado contra o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

A lei pode retroagir, respeitando esses princípios. Nesse sentido, Senhor Presidente, eu também acompanho o Ministro Marco Aurélio e dou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União.

A constitucionalidade do art. 3º da Lei, como disse a Ministra Ellen Gracie no seu voto, não está em discussão. Estamos a discutir a parte final do art. 4º, que é a retroatividade trazida na Lei Complementar nº 118, para essa interpretação. Tendo em conta que não há direito adquirido em relação a regime jurídico, não vejo nenhuma ofensa a ato jurídico perfeito - evidentemente que aquilo que já tiver coisa julgada será respeitado, mas a lei não está ofendendo, não está desfazendo nenhum ato judicial - e também não vejo aqui atentado ao direito adquirido.

Nesse sentido, dou provimento ao recurso extraordinário interposto pela União, a fim de assentar a constitucionalidade do dispositivo em questão, reformando o acórdão do Tribunal Regional Federal na parte em que assentou a inconstitucionalidade dessa parte final do art. 4º da Lei Complementar nº 118.

05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também começo por louvar o brilhante voto, como sempre, da Ministra Ellen Gracie e, também, do Ministro Marco Aurélio, porém peço vênia à Relatora, Senhor Presidente, mas não consegui vislumbrar no artigo 3º da Lei Complementar n. 118 uma inovação, uma norma novidadeira, pelas circunstâncias de que se repete rigorosamente o que se tem no artigo 168, I, e o artigo 106, tudo com base no artigo 150 do Código Tributário Nacional.

Foi dito da tribuna que já teria havido a pacificação e, portanto, a garantia de que aquela interpretação jurisprudencial dada tinha se afirmado. Há dois dados que me chamaram a atenção na pesquisa que fiz sobre a matéria: a primeira, o número de ações nas quais se continuava a discutir a matéria, inclusive alguns represados quando foi reconhecida a repercussão.

Tenho aqui, por exemplo, um voto do Ministro Teori Zavascki, no Recurso Especial n. 423.994, que é de 2005 ou 2004, me parece, no qual se tem expressamente:

"O caso dos autos é paradigmático, porque põe em confronto duas orientações do STJ, adotadas há muito tempo, mas que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, se mostram incompatíveis, expondo a fragilidade dos fundamentos que as sustentam."

E, portanto, havia sempre uma dúvida, uma insegurança, não a segurança devidamente consolidada nos termos da doutrina do chamado "Cinco mais Cinco".

RE 566.621 / RS

Essa é a razão pela qual, Senhor Presidente, dentre outros argumentos que já foram aqui mencionados, considero inocurrer a inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º, porque, então, neste caso, o que se teria relativamente ao que posto no artigo 3º era apenas a afirmação de um entendimento a ser aplicado e, neste caso, sem qualquer novidade que pudesse, de alguma forma, agredir o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição, razão pela qual também conheço e dou provimento ao recurso da União.

* * *

05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI – Senhor Presidente, peço vênia à divergência para acompanhar a eminente Ministra Ellen Gracie.

Não fossem os brilhantes argumentos desfiados por Sua Excelência, louvo-me também no parecer que recebi do eminente professor Paulo de Barros Carvalho, que é professor titular de Direito Tributário, não apenas na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mas, também, na Universidade de São Paulo. Esse eminente mestre - e estou convencido disso -, assenta que o artigo 3º da Lei Complementar 118 não configura uma norma de caráter interpretativo. Trata-se de uma regra que altera a sistemática vigente, inovando o ordenamento. Portanto, ele defende aquela interpretação vigente, firme, segura, pacificada no STJ, de que para efeito da prescrição se aplicaria o prazo de cinco mais cinco anos, como se convencionou a chamar.

O professor Paulo de Barros Carvalho invoca - e, a meu ver, com razão - sobre os princípios da segurança jurídica e da certeza do direito que, para serem observados, determinam que a sua implantação, ou as alterações legislativas, só tenham efeito após a sua vigência, ou seja, não podem aplicar-se a fatos pretéritos.

Em conclusão, estou entendendo que o artigo 3º, da Lei Complementar 18, só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre as situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência; ou seja, quatro meses após a sua publicação, de forma consentânea, inclusive, com a previsão expressa que consta de seu texto.

Portanto, acompanho às inteiras, o douto voto da Ministra Ellen Gracie, pedindo vênia à divergência.

05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, também peço vênias à divergência e vou acompanhar a eminente Relatora, sem embargo da ótima defesa feita da tribuna pelo advogado representante da União.

Também leio e releio, e não consigo enxergar no artigo 3º, da Lei nº118/2005, esse caráter meramente expletivo, ou esclarecedor ou interpretativo. Acho que houve inovação no ordenamento jurídico, a me convencer de que sua aplicabilidade se dará também, para usar de advérbio utilizado pelo Ministro Lewandowski, prospectivamente. Depois, uma lei que se pretende linearmente retroativa, não estabeleceria ela própria um período de *vacatio*, ela entraria em vigor cento e vinte dias depois de sua edição.

Sem mais delongas, acompanho, pelos fundamentos e pela conclusão, o voto da eminente Relatora.

05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, vou pedir vênia à eminente Relatora, para acompanhar a divergência aberta a partir do voto do Ministro Marco Aurélio. Eu já lidei com esse tema há algum tempo, e confesso que, para chegar a esse resultado dos cinco mais cinco, tive que fazer um tipo de malabarismo jurídico. Sempre tive grande dificuldade para compreender e aprender como se construiu essa ideia dos dez anos. Essa é uma questão importantíssima.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Excelência, apenas um adendo: continua em vigor a cabeça do artigo 168 do Código Tributário Nacional, a revelar que o prazo é de cinco anos. Surgiu uma dúvida, e o preceito, como assentei, veio à balha a partir de guinada na jurisprudência, no que se passou a considerar – visando saber se transcorrido, ou não, os cinco anos para a propositura da ação pelo contribuinte – não a extinção do § 1º do artigo 150, aquela sujeita, de qualquer forma, a condição resolutiva, mas a extinção expressa ou ficta pela passagem dos cinco anos do § 4º do mesmo artigo. Penso que ninguém tem dúvida de que o prazo prescricional é realmente de cinco anos. A questão está no termo inicial. E vem a doutrina, a jurisprudência, o próprio sistema, revelando que, no caso, o termo inicial da prescrição coincide com o nascimento da ação.

Pois bem, pago um tributo erroneamente, equivocadamente, a partir de quando se tem a ação exercitável? Do dia seguinte ao do pagamento, ou, até, no mesmo dia.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Essa é uma questão vital, especialmente quando se cuida de controle de constitucionalidade de leis. Por quê? Porque há uma coisa que nós referimos

RE 566.621 / RS

continuadamente que é a ideia da nulidade de uma lei inconstitucional. Em geral, nós falamos que a lei é nula e, portanto, que isso vale *ipso jure* com eficácia *ex tunc*; esse é o nosso discurso tradicional.

Todavia, essa retroatividade esbarra na fórmula de preclusão. Portanto, essa questão é fundamental: é saber qual é o limite que é dado pelo legislador quando fixa prazo de decadência ou de prescrição. Tanto é que nós separamos a questão dos planos. Uma questão é a nulidade no plano normativo; outra é no plano do ato concreto; significa dizer: Qual é o limite da retroatividade? Esse é o debate que está em jogo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite? Critiquei a lei, apontei-a como inócua, como a visar redirecionamento da jurisprudência. Devo penitenciar-me, Presidente: teve uma virtude, ou seja, trazer a matéria ao Supremo, porque, caso se continuasse a discutir sob o ângulo apenas do Código Tributário Nacional, jamais teríamos oportunidade de nos pronunciar sobre o tema.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Eu entendo a lei numa dupla perspectiva, e também li atentamente, vamos dizer, o magnífico e cuidadoso voto do Ministro Teori Zavascki. Por quê? Porque a norma também é a sua interpretação. Essa é a lição que nós colhemos da doutrina pacífica de hermenêutica. E, no caso, o STJ tomou isso como verdadeiro, mas nunca houve um pronunciamento nosso nesse sentido. Fez essa construção, portanto. E isso obrigou – vamos reconhecer, e esta é outra perspectiva – que a Fazenda diligenciasse, então, essa chamada lei interpretativa, porque era a única forma de trazer o tema ao Supremo. A não ser que se discutisse a nulidade, quer dizer, qual era a dimensão da nulidade para efeito da repetição. Mas isso envolveria outra discussão delicada, porque nós declamamos costumeiramente o princípio da nulidade da lei inconstitucional, mas não sabemos fundamentá-la no texto constitucional, pois não há um texto, diferentemente do que acontece, por exemplo, com a Constituição portuguesa, que fale que a lei é nula. Nós não temos um texto que diga que a lei inconstitucional é nula.

RE 566.621 / RS

Nós chegamos a isso por uma tradição do nosso constitucionalismo, mas haveria muita dificuldade, para os fins de um recurso extraordinário, para a Fazenda articular esse recurso extraordinário. Daí ter percebido bem o Ministro Marco Aurélio, ao dizer: a rigor, a lei foi a única forma de trazer o tema, de algum modo, ao Supremo Tribunal Federal.

Eu entendo a construção sofisticada, elaborada pelo STJ, a partir do próprio voto do Ministro Teori Zavascki. É natural que assim seja, porque ele interpretou a questão a partir da interpretação conferida pelo STJ. Mas o tema no próprio STJ foi sempre controvertido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, veja Vossa Excelência, a concluir-se de forma diversa, se assentará indispensável a homologação expressa ou implícita para ter-se a ação exercitável, como se o contribuinte não pudesse...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Nós não estamos a falar de nenhum prazo angusto; estamos a falar já de um prazo suficiente de cinco anos, para quê? Para a repetição do indébito que é uma ação que tem graves consequências para a subsistência da higidez, solidez tributária.

Imaginem hoje – e a tendência é esta, e esse fenômeno já tem ocorrido – que nós tenhamos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a Lei de Imposto de Renda, passados dez ou quinze anos, com esta interpretação. Certamente nós temos uma repetição de indébito nesta dimensão. E como se resolve um problema como este? Não há outra alternativa, Senhores Ministros, a não ser fazer uma elevação tributária; não há outra forma de resolver o problema.

Por isso a fórmula de preclusão é fundamental na composição desses interesses. Tanto é que, naquele caso que discutimos aqui sobre a prescrição em matéria de previdência social, nós entendemos que era de se reconhecer que a prescrição teria de ser de cinco anos, portanto aplicando o Código Tributário, mas entendemos, também, de fazer a mitigação, ou a modulação de efeitos, permitindo que não houvesse a

RE 566.621 / RS

propositura de ações de repetição a não ser para aqueles casos que já estavam ajuizados. Por quê? Para delimitar o impacto que isso causa às finanças públicas. Poderíamos dizer: “Não, nesse caso estamos fazendo um tipo de estatolatria”. Nada disso. A rigor, trata-se apenas de um pensamento de responsabilidade fiscal, porque, por outra via, abriremos as veias tributárias para uma hemorragia. É essa, simplesmente, a medida que se toma.

De modo que, peço todas as vênias ao voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, que, em linhas gerais, consagra essa posição que era dominante no STJ – e aqui aflora um problema que já foi apontado, que é comum e que já o vivenciamos de alguma forma, quando temos essa distinção entre as competências para examinar a questão da constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal e a competência de um órgão como o STJ para aferir a legitimidade da lei e a sua interpretação, que pode ser inconstitucional.

Os senhores hão de se lembrar que tivemos aquela discussão a respeito da COFINS – Relator, salvo engano, o Ministro Sepúlveda Pertence – sobre serviços em que, mais ou menos, tivemos esse mesmo fenômeno; anos a fio tivemos essa interpretação, porque a matéria não era devidamente articulada para embasar um recurso extraordinário admissível.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vejam a que conduz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça! Uma mesma relação jurídica pode envolver dois prazos prescricionais diversos, conforme o titular do direito: se for a Fazenda, deve cobrar em cinco anos, se for o contribuinte, conta com dez anos para propor a ação relativa à repetição do indébito!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Não me parece razoável. Portanto, do ponto de vista de política legislativo-constitucional a interpretação leva a um resultado desmedido ou desproporcional.

De modo que, com essas observações, reconhecendo a boa

RE 566.621 / RS

engenharia da construção tanto de quem desenvolveu a tese inicial quanto depois, da própria solução – vamos chamar assim – da lei interpretativa, a mim me parece que a solução, realmente, é dizer: a rigor o dispositivo já comportava essa interpretação que era, de fato, a interpretação constitucional.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – (Inaudível).

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Exatamente. E a interpretação desenhada pelo STJ, placitada e homogeneizada, essa sim, levaria a uma inconstitucionalidade.

Portanto, peço vênia à eminente Relatora e aos Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto para acompanhar a manifestação aqui desenvolvida inicialmente a partir do voto do Ministro Marco Aurélio e prover o recurso.

05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), Vossa Excelência me permite? Por que não cogitar do prazo de quinze anos? Explico melhor: contando-se o prazo do artigo 168 do Código Tributário Nacional, apenas a partir do esgotamento daquele relativo à homologação pela autoridade administrativa fiscal. Com essa interpretação, serão quinze anos!

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), se pudéssemos, sem essa lei, interpretar apenas o Código Tributário Nacional, se ainda tivéssemos essa competência, para guardar a intangibilidade da legislação federal, a conclusão seria única: cinco anos a partir do pagamento indevido. Mas veio essa lei e talvez se mostre um tiro pela culatra, porque se parte da premissa de que o Código, antes, realmente dispunha sobre cinco anos a partir do pagamento indevido, mas que criou outra situação. Qual seria a outra situação se a premissa é dos cinco anos a partir do pagamento indevido, segundo o Código? Tentou, sim, corrigir tendência do Judiciário na voz do Superior Tribunal de Justiça. E, nessa tentativa – daí ter-se dito que a norma é interpretativa –, passou-se a ter “base” para discutir o termo inicial da vigência desse artigo 3º, como se antes, o prazo já fosse de dez anos, e não de cinco. O Supremo aplicou no passado o Código Tributário Nacional, fazendo-o durante anos e anos.

RE 566.621 / RS

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Alguns casos em que nós declaramos a inconstitucionalidade, eu me lembro do caso daquela antiga contribuição do INCRA que tinha aquele acréscimo, o ITR, que era retido pelo INCRA, um percentual à guisa de administração do tributo e o repasse aos municípios, há uma série de precedentes afirmando a regra do artigo 168 na sua inteireza, por quê? Porque se entendia que essa era a regra. Lembro que o Relator desse caso, salvo engano, foi o Ministro Oscar Dias Corrêa. Portanto, era essa a concepção.

Eu só gostaria de ressaltar, nessa linha, que independentemente da discussão que nós venhamos a travar sobre ao caso concreto, aqui pontifica um problema que assoma sempre que nós venhamos a ter o debate puramente de interpretação de uma lei: nós podemos ter várias interpretações possíveis que não ferem a questão constitucional e, portanto, não haverá recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Nós estamos a falar, portanto, da delicada convivência entre Supremo Tribunal e STJ, é disso de que nós estamos a falar. Por isso que rememorei aquele outro julgamento do caso da Cofins, que também veio a partir de um debate sobre uma eventual revogação. Quer dizer, se a Fazenda engendrasse uma forma, e não é muito fácil, para fazer um recurso extraordinário, alegando a inconstitucionalidade da interpretação, porque não era disso que se trataria, nós certamente não admitiríamos ou teríamos dificuldade em admitir. Eu só estou chamando a atenção para a delicadeza desse caso porque certamente teremos outros, especialmente em matérias eminentes como a matéria tributária e outras leis importantes, em que o STJ assume uma dada interpretação e como não há possibilidade ou há uma enorme dificuldade. Vejam que, nesse caso específico, nós tínhamos uma outra dificuldade. Eu mesmo já cheguei a especular um pouco sobre isso, tendo em vista essas chamadas cláusulas de preclusão. E eu me perguntava: como um recurso extraordinário chegará ao Supremo Tribunal Federal?

RE 566.621 / RS

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Daí, Ministro, vir sustentando que, caso a caso, o Supremo deve distinguir a transgressão à Carta a partir de dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito: o da legalidade e o do devido processo legal, e não alçar o dogma sacrossanto à jurisprudência segundo a qual o maltrato à Carta tem que ser direto e frontal. Há situações concretas que – e não é crível que órgão investido do ofício judicante assente isso – mesmo o órgão não consignando que a lei dispõe em certo sentido, decide de forma diametralmente oposta, há transgressão ao princípio da legalidade por descumprimento da própria lei ordinária.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Sim, mas a dificuldade estaria exatamente em como articular e, claro, diante da nossa jurisprudência compreensivelmente defensiva.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Na Corte Constitucional Espanhola, nós tivemos aquele embate em que o Supremo Tribunal de Justiça condenou a Corte Constitucional por ter atrasado no julgamento de um determinado processo, portanto a responsabilizou civilmente, porque a aí a matéria é legal.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), fatos geradores posteriores.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), isso,

RE 566.621 / RS

permite-se, observado o princípio da anterioridade, porque se tem regra que repercute no direito material.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.

05/05/2010

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Com o devido respeito a quem pensa diversamente, se eu estivesse na função de ministro do Superior Tribunal de Justiça, não teria nenhuma dúvida em acompanhar a divergência. Realmente, como o ministro Marco Aurélio já tinha apontado desde o início, o simples fato do pagamento por equívoco, por engano, já desencadearia a acionabilidade ou a pretensão de acionar. Portanto, podia em seguida arguir a questão especificamente de prescrição – ou, como alguns preferem em relação a essa divisão de prazo, de decadência. Realmente, quem se engana, quando percebe o engano, a partir da data do engano, tem prazo que a lei estabeleça para repetir o indébito, se for o caso.

A verdade é que temos dois dados aqui que me parecem decisivos perante a competência desta Corte. Primeiro: Bem ou mal, exercendo a sua competência constitucional, que é o de uniformizar interpretação do direito federal, o egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou um entendimento contrário ao desta lei. E fixou-o antes, de um modo muito patente, no Recurso 435.835, SC, em março de 2004, ou seja, um ano antes da edição da lei, o que provavelmente ditou a edição da lei. Mas o que me parece é que, como o órgão competente para dar a interpretação dessa lei e, portanto, para revelar a norma -



RE 566.621 / RS

e por isso mesmo serviu de fundamento para a confiança do mundo jurídico -, fixou esse entendimento. Ora, se vem depois lei que, segundo as conveniências do legislador, tenderia a contrariar a norma revelada pelo Superior Tribunal de Justiça, essa norma, sobretudo na matéria tributária, não pode retroagir.

E evidentemente, se ela se ordena a modificar sentido normativo dado pelo órgão jurisdicional competente para a revelação desse sentido, se ela pretende modificar esse sentido normativo, então não pode ser qualificada como norma de interpretação. Ela é inegavelmente norma inovadora, porque põe, no mundo jurídico, sentido novo de um texto legal. Portanto, em matéria tributária, ela só poderia atuar dali para frente.

O problema nem me parece que se situe em relação a fato, porque, na verdade, aqui o problema é saber de prazo prescricional. É pura e simplesmente disto. Este é o primeiro dado. Noutras palavras, temos, segundo o meu ponto de vista, com o devido respeito às divergências, que essa lei introduziu uma norma diferente daquela revelada pelo Superior Tribunal de Justiça no exercício da sua competência constitucional de interpretar e uniformizar o Direito Federal. De modo que, a meu ver, este é o primeiro dado, para mim decisivo, de que tal lei não pode retroagir.

O segundo dado que me conforta é que, em se tratando de repetição de indébito, qualquer projeção de algum gravame extremamente oneroso, ou extremamente grave para a administração pública, não é fundado. Por quê? Porque, no Brasil, contribuinte que paga por erro são muito poucos e, portanto, ações de repetição de indébito contra a União são muito poucas. Não

RE 566.621 / RS

se trata aqui de algum fenômeno coletivo em que o país inteiro, num dado momento, se enganou e resolveu dar ao Fisco aquilo a que o Fisco não tinha direito. Isso é a realidade. O que sucede é exatamente o contrário. A sonegação é que é ampla. O pagamento por erro é exceção. Noutras palavras, do ponto de vista prático, a mim me parece que esta interpretação dada pela Ministra Ellen Gracie e pelos votos que a acompanharam não se vai traduzir, na prática, em nenhum gravame insuportável ao Erário, razão por que, pedindo vênua mais uma vez à dissidência, acompanho a Relatora, para negar provimento ao recurso.



05/05/2010

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Presidente, antes da proclamação do resultado, quanto à observação de Vossa Excelência a propósito da repercussão da repetição de indébito, acho que ela é verdadeira quando não se assenta na declaração de inconstitucionalidade, mas quando hoje, e é cada vez mais comum – por isso que foquei a questão nas fórmulas de preclusão, na separação dos planos –, quando nós temos a declaração de inconstitucionalidade de uma lei tributária; isso tem ocorrido tanto em sede de controle concentrado quanto em sede de controle incidental, daí o Ministro Celso ter chamado a atenção para a fórmula do Senado, com um *dies a quo* para essa finalidade, a questão pode ter repercussão até mesmo de pedido administrativo à Fazenda para que faça a devolução imediata, tendo em vista o princípio da nulidade da lei inconstitucional. Portanto é apenas para que fique claro que esta decisão tem, sim, repercussão quando nós estamos a falar de declaração de inconstitucionalidade da lei tributária.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A repercussão, no meu ponto de vista, é tão insignificativa que ela sozinha não justifica.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Porque, a rigor, seria dispensável até mesmo a propositura de ação, assumindo a teoria da nulidade. Bastaria um pedido perante o Fisco para que se fizesse a devolução do tributo pago a partir da declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - O que estava na minha observação era isso, indagar qual brasileiro que há mais de dez anos pagou alguma coisa e se lembrou disso só agora.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621

PROCED.: RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S): UNIÃO

ADV.(A/S): PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECDO.(A/S): RUY CESAR ABELLA FERREIRA

ADV.(A/S): JORGE NILTON XAVIER DE SOUZA

INTDO.(A/S): ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S): PGE-RS - KARINA DA SILVA BRUM

Decisão: Após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), conhecendo e negando provimento ao recurso, e os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, dando-lhe provimento, foi o julgamento suspenso para colher o voto do Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque e, pelo recorrido, Ruy Cesar Abella Ferreira, o Dr. Marco André Dunley Gomes. Plenário, 05.05.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.


p/ Luiz Tomimatsu
Secretário

04/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, a questão é muito simples, porque já está sedimentada.

No próprio Superior Tribunal de Justiça houve o julgamento de um recurso repetitivo, no qual ficou assentado - aliás, como já se formou aqui um número expressivo de julgados no mesmo sentido - que a Lei Complementar nº 118 não é uma lei interpretativa; ela criou direito novo, criou direito no interesse da Fazenda. Há uma vasta digressão sobre várias correntes doutrinárias no tocante à caracterização da Lei Complementar nº 118 como não sendo uma norma interpretativa. Então, estou de acordo com essa corrente firmada no sentido de que ela não é uma lei interpretativa. Aliás, Vossa Excelência também votou nesse sentido, Ministra Ellen Gracie, assim como os Ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto.

O único destaque que faço é que a Lei Complementar nº 118 criou um prazo prescricional para a propositura de ações de repetição do indébito. Então, o pagamento do indébito é que inaugura o prazo prescricional, e não a propositura da ação, porque com isso se suprime o prazo dos lesados; quer dizer, a prescrição pressupõe a lesão. É da data da lesão que começa a correr o prazo da ação.

A nova lei criou um novo prescricional para a ação de repetição de indébito. Esse novo prazo prescricional leva em consideração as lesões ocorridas na data da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, que é basicamente o que explicitou no seu voto o Ministro Celso de Mello, dizendo aplicável aos pagamentos indevidos ocorridos após sua entrada em vigor. Realmente, se a prescrição é da ação, esse prazo de repetição de indébito tem que ser contado a partir da lesão ao direito, que foi o pagamento indevido.

Eu apenas sugeriria, com essa corrente majoritária já formada, que

RE 566.621 / RS

houvesse um ajuste nesse termo a quo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Então, Vossa Excelência nega provimento?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nos termos do voto do Ministro Celso de Mello.

04/08/2011**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL****VOTO-VISTA**

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SEGURANÇA JURÍDICA. PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DAS NORMAS JURÍDICAS (CF, ART. 5º, XXXVI). LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005, ARTS. 3º E 4º. DIPLOMA SUPOSTAMENTE REVESTIDO DE NATUREZA INTERPRETATIVA. PRAZO PRESCRICIONAL PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIAÇÃO DE DIREITO NOVO, EM PREJUÍZO DOS CONTRIBUINTE E EM BENEFÍCIO DA FAZENDA PÚBLICA. EXTRAVASAMENTO DOS LIMITES CONCEITUAIS DAS NORMAS MERAMENTE INTERPRETATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA. *TEMPUS REGIT ACTUM*. INSUFICIÊNCIA DO MARCO TEMPORAL DA DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA PARA A DEFINIÇÃO DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. PRETENSÃO DE REPETIÇÃO QUE SURGE NO MOMENTO DO

RE 566.621 / RS

PAGAMENTO INDEVIDO. TEORIA DA ACTIO NATA. LEI NOVA CUJO PRAZO PRESCRICIONAL SE APLICA TÃO-SOMENTE AOS PAGAMENTOS INDEVIDOS OCORRIDOS APÓS O INÍCIO DE SUA VIGÊNCIA. CORRENTE INAUGURADA PELO VOTO DO ILUSTRE MIN. CELSO DE MELLO, QUE ORA SE PERFILHA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX: Senhor Presidente, a questão é muito simples, porque já está sedimentada.

No próprio Superior Tribunal de Justiça houve o julgamento de um recurso repetitivo (RESP nº 1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux), no qual ficou assentado - aliás, como já se formou aqui também um número expressivo de julgados no mesmo sentido - que a Lei Complementar nº 118 não é uma lei interpretativa; ela criou direito novo, criou direito no interesse da Fazenda. Assim, estou de acordo com a corrente firmada no presente julgamento no sentido de que ela não é uma lei interpretativa, na linha do que votaram os Mins. Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Cezar Peluso e Celso de Mello.

Com efeito, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça havia consagrado, anteriormente, a tese de que a *extinção do crédito tributário* teria como marco temporal do prazo quinquenal do direito do contribuinte pleitear restituição do indébito (artigo 168, I, do CTN), condicionado à homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado (artigo 156, VII, do CTN), e não ao próprio pagamento, que configura mera antecipação *ex vi* do artigo 150, § 1º, do *Codex Tributário*.

Assim, tendo em vista que a extinção do crédito tributário, em regra, efetiva-se com a homologação tácita, que se ultima cinco anos após a ocorrência do fato jurídico tributário (artigo 150, § 4º, do CTN), afirmou-

RE 566.621 / RS

se que o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começaria a fluir decorridos 05 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o *quantum* devido a título de tributo. À guisa de exemplo, merece transcrição a ementa do seguinte julgado oriundo da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL DO PRAZO. PRECEDENTES.

1. Está uniforme na 1ª Seção do STJ que, no caso de lançamento tributário por homologação e havendo silêncio do Fisco, o prazo decadencial só se inicia após decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio, a partir da homologação tácita do lançamento. Estando o tributo em tela sujeito a lançamento por homologação, aplicam-se a decadência e a prescrição nos moldes acima delineados.

2. Não há que se falar em prazo prescricional a contar da declaração de inconstitucionalidade pelo STF ou da Resolução do Senado. A pretensão foi formulada no prazo concebido pela jurisprudência desta Casa Julgadora como admissível, visto que a ação não está alcançada pela prescrição, nem o direito pela decadência. Aplica-se, assim, o prazo prescricional nos moldes em que pacificado pelo STJ, id est, a corrente dos cinco mais cinco.

3. A ação foi ajuizada em 16/12/1999. Valores recolhidos, a título da exação discutida, em 09/1989. Transcorreu, entre o prazo do recolhimento (contado a partir de 12/1989) e o do ingresso da ação em juízo, o prazo de 10 (dez) anos. Inexiste prescrição sem que tenha havido homologação expressa da Fazenda, atinente ao prazo de 10 (dez) anos (5 + 5), a partir de cada fato gerador da exação tributária, contados para trás, a partir do ajuizamento da ação.

4. Precedentes desta Corte Superior.

5. Embargos de divergência rejeitados, nos termos do voto".

(EREsp 435835/SC, Relator Ministro Francisco Peçanha

RE 566.621 / RS

Martins, Relator p/ Acórdão Ministro José Delgado, julgado em 24.03.2004, publicado no DJ de 04.06.2007)

Nada obstante, em 09 de fevereiro de 2005, sobreveio a Lei Complementar 118, que dispôs, em seu artigo 3º, sobre a interpretação do inciso I do artigo 168, do CTN, *verbis*:

"Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1o do art. 150 da referida Lei."

O artigo 4º, da LC 118/2005, determinou a aplicação retroativa da norma jurídica inserta no dispositivo supracitado, em conformidade com o disposto no artigo 106, I, do CTN, segundo o qual: *"A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados"*.

Diante da aludida inovação legislativa, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça reconsolidou a jurisprudência acerca da cognominada tese dos cinco mais cinco para a definição do termo *a quo* do prazo prescricional das ações de repetição/compensação de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação, apenas no que pertine às demandas intentadas antes da entrada em vigor da Lei Complementar 118/2005 (EREsp nº 327.043/DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 27.04.2005). Naquela oportunidade, proferi voto-vista, posicionando-me no sentido de que:

"... a Lei Complementar 118, de 09 de fevereiro de 2005, aplica-se, tão somente, aos fatos geradores pretéritos ainda não submetidos ao crivo judicial, pelo que o novo regramento não é retroativo mercê de interpretativo. É que toda lei interpretativa, como toda lei, não pode retroagir. Outrossim, as lições de outrora coadunam-se com as novas conquistas constitucionais, notadamente a segurança jurídica da qual é corolário a vedação à denominada "surpresa fiscal".

RE 566.621 / RS

(...)

*À míngua de prequestionamento por impossibilidade jurídica absoluta de engendrá-lo, e considerando que não há inconstitucionalidade nas leis interpretativas como decidiu em recentíssimo pronunciamento o Pretório Excelso, o preconizado na presente sugestão de decisão ao colegiado, sob o prisma institucional, deixa incólume a jurisprudência do Tribunal ao ângulo da máxima *tempus regit actum*, permite o prosseguimento do julgamento dos feitos de acordo com a jurisprudência reinante, sem invalidar a vontade do legislador através suscitação de incidente de inconstitucionalidade de resultado moroso e duvidoso a afrontar a efetividade da prestação jurisdicional, mantendo hígida a norma com eficácia aos fatos pretéritos ainda não sujeitos à apreciação judicial, máxime porque o artigo 106 do CTN é de constitucionalidade inuvidosa até então e ensejou a edição da LC 118/2005, constitucionalmente imune de vícios.*

(...)"

Entrementes, este Supremo Tribunal Federal, em sede do recurso extraordinário interposto em face do *decisum* proferido nos autos dos EREsp 644736/PE, nos quais se cuidou da matéria ora em debate, considerou caracterizada a violação do princípio constitucional da reserva de plenário (artigo 97, da Constituição Federal de 1988), reputando declaratório de inconstitucionalidade o acórdão que "*afasta a incidência de norma ordinária pertinente à lide para decidi-la sobre critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição*".

Conseqüentemente, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça determinou o processamento, perante a Corte Especial daquele Tribunal, de incidente de inconstitucionalidade do artigo 4º, da LC 118/2005, na parte que determina a aplicação retroativa do disposto no artigo 3º, da mesma lei.

Na sessão de julgamento ocorrida em 06.06.2007, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça acolheu o referido incidente, para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código

RE 566.621 / RS

Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, *verbis*:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS À LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168, do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação - expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º, da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

RE 566.621 / RS

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º, da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Argüição de inconstitucionalidade acolhida.”

(AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007)

No voto-condutor da argüição de inconstitucionalidade, assinalou ainda o e. Ministro Relator da decisão do Superior Tribunal de Justiça que “com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova”.

Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

“Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. [nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das

RE 566.621 / RS

intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I,I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - "os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente" (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

(...)

... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: "trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade" (System des heutigen römischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n° 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de

RE 566.621 / RS

la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau, vol. 1º e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. Cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirmar que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: "Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa." Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: "Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito" (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275)."

(Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Serão os da lei

RE 566.621 / RS

anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”).

Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

Assim, e em suma, o único destaque que faço com relação aos votos dos Mins. Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cezar Peluso se refere ao marco temporal para a incidência da LC nº 118/05. Com efeito, se a Lei Complementar nº 118 criou um prazo prescricional para a propositura de ações de repetição do indébito, o fato que inaugura o prazo prescricional, do ponto de vista conceitual, tem de ser o *pagamento do indébito*, e não a propositura da ação judicial, porque com essa última opção se suprime o prazo dos lesados; quer dizer, a prescrição pressupõe a lesão – *in casu*, o pagamento indevido. É da data da lesão que começa a correr o prazo da ação, segundo a teoria da *actio nata*, de forma que esse novo prazo prescricional leva em consideração apenas as lesões ocorridas após a data da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, que é basicamente o que explicitou no seu voto o Ministro Celso de Mello, dizendo aplicável aos *pagamentos indevidos ocorridos após sua entrada em vigor*.

Ex positis, **nego provimento** ao recurso, acompanhando o voto do ilustre Min. Celso de Mello.

É como voto.

04/08/2011

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621 RIO GRANDE DO SUL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Essa óptica implica majoração do prazo, dobrando-o, e está em decisão pioneira no âmbito do Supremo, ou seja, por força de uma lei que se mostrou, simplesmente, interpretativa, passou-se a ter prazo de dez anos?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Marco Aurélio, Se Vossa Excelência me permite, lá no Superior...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A questão é muito séria.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Não, não, a questão é mais séria ainda, porque...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vamos decidir, pela primeira vez...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Porque lá no Superior Tribunal de Justiça nos causou extrema estranheza uma lei ser interpretativa cinquenta anos depois.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Penso, Presidente, que ante o tipo de matéria, devemos aguardar a presença dos colegas que podem votar no caso.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Todos já votaram, só faltava um voto.

RE 566.621 / RS

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Todos já votaram, só falta o Ministro Joaquim Barbosa, e com o voto do Ministro Luiz Fux...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - O Ministro Gilmar Mendes votou?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Votou

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Votou com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só não votou o Ministro Joaquim Barbosa, que estava ausente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não, pelo que tenho aqui, a relatora, os Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e o Presidente negam provimento. Eu, o Ministro Dias Toffoli e a Ministra Cármen Lúcia damos provimento. O Ministro Gilmar Mendes...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Só o Ministro Joaquim Barbosa estava ausente.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ausente, porque estava licenciado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Bom, de qualquer forma, já proferi o voto.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 566.621**

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RECDO.(A/S) : RUY CESAR ABELLA FERREIRA

ADV.(A/S) : JORGE NILTON XAVIER DE SOUZA E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: Após os votos da Senhora Ministra Ellen Gracie (Relatora) e dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso (Presidente), conhecendo e negando provimento ao recurso, e os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, dando-lhe provimento, foi o julgamento suspenso para colher o voto do Senhor Ministro Eros Grau. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o Dr. Fabrício Sarmanho de Albuquerque e, pelo recorrido, Ruy Cesar Abella Ferreira, o Dr. Marco André Dunley Gomes. Plenário, 05.05.2010.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso extraordinário, contra os votos dos Senhores Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 04.08.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Sub-Procuradora-Geral da República, Dra. Sandra Cureau.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário