

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 248
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. RICARDO LEWANDOWSKI**
REQTE.(S) : **CONFEDERACAO NACIONAL DO COMERCIO DE**
BENS, SERVICOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S) : **RAFAEL BARROSO FONTELLES E OUTRO(A/S)**
ADV.(A/S) : **BRUNO MURAT DO PILLAR**
ADV.(A/S) : **CACITO AUGUSTO DE FREITAS ESTEVES**
INTDO.(A/S) : **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**
INTDO.(A/S) : **PRESIDENTE DA REPÚBLICA**
INTDO.(A/S) : **CONGRESSO NACIONAL**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**

V O T O

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Verifico, no exame dos autos, que o pedido formulado pela Confederação Nacional de Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC na presente ação constitucional é a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 168, I, do Código Tributário Nacional - CTN, “[...] definindo-se que o prazo prescricional para a repetição de tributo declarado inconstitucional deve ser contado a partir da decisão dessa Eg. Corte que declara a inconstitucionalidade; [...]”. (pág. 1 da inicial)

Eis o teor do dispositivo mencionado:

“Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; [...]”

Subsidiariamente, a autora requer seja determinado

“[...] que a nova orientação do STJ quanto ao prazo prescricional para repetição de tributo declarado

ADPF 248 / DF

inconstitucional – decidida no EREsp 435.835/SC, após 10 anos de entendimento consolidado em sentido diverso – somente pode ser aplicada a demandas iniciadas após 4 de junho de 2007 (data da publicação do referido acórdão pelo STJ) ou, caso assim não se entenda, em 24 de março de 2004 (data do julgamento do feito pelo STJ).” (pág. 1 da inicial)

De início, enfrente as preliminares suscitadas pela Presidência da República, pelo Senado Federal e pelo Advogado-Geral da União.

Rejeito a alegação de ilegitimidade ativa da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC, haja vista que o diploma normativo questionado dispõe sobre a contagem do prazo prescricional para o contribuinte pleitear a repetição de indébito tributário, assunto sobre o qual a CNC evidentemente possui legitimidade para movimentar o controle concentrado, conforme entendimento jurisprudencial desta Suprema Corte (ADI 4.118/RJ, Rel. Ministra Rosa Weber; ADI 4.314/PE, Rel. Ministro Marco Aurélio; ADI 4.171/DF, redator para o acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski; ADI 1.332/RJ, Rel. Ministro Sidney Sanches; ADI 4.033/DF, Rel. Ministro Joaquim Barbosa; ADI 3.426/BA, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence; ADI 2551 MC-QO, Rel. Ministro Celso de Mello; ADI 1.851/AL, Rel. Ministro Ilmar Galvão).

A entidade representa nacionalmente os direitos e interesses do comércio de bens ou serviços, dentre os quais, certamente, se inserem uma infinidade de contribuintes, cujas relações jurídico-tributárias poderão ser atingidas pelos efeitos da decisão a ser prolatada por esta Corte.

Outrossim, não prosperam as arguições de prejuízo, de inépcia da inicial e de falta de impugnação do complexo normativo, em razão da

ADPF 248 / DF

edição da Lei Complementar 118/2005, cujo art. 3º prevê que

“Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei 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. 10 da referida Lei.”

Conforme registrado pela Procuradoria-Geral da República,

“[...] a alteração introduzida pela LC 118/05 em nada se relaciona com a pretensão veiculada pela autora. Trata-se de comando direcionado ao termo *a quo* da prescrição do direito de pleitear a repetição de tributo sujeito a lançamento por homologação e que tenha sido pago indevidamente ou a maior, nos termos do art. 165, I e II, do CTN.

A requerente objetiva a definição sobre o termo inicial da prescrição para a repetição de tributo declarado inconstitucional pelo STF, **independentemente da modalidade de lançamento**, se por declaração, de ofício ou por homologação.

Trata-se, portanto, de questões distintas, razão pela qual as preliminares não merecem prosperar.” (págs. 3-4 do documento eletrônico 50; grifei)

Relativamente ao requisito da subsidiariedade, a jurisprudência desta Corte Suprema não impede o ajuizamento de ADPF para dirimir questões subjetivas.

Conforme a lei de regência, tal possibilidade é viável quando houver comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a

ADPF 248 / DF

aplicação do preceito fundamental que se considera violado, conforme preceitua o art. 3º, V, da Lei 9.882/1999, o que se verifica no caso, haja vista a existência de centenas de decisões judiciais replicando a tese capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, assim como de múltiplos recursos sobre a *quaestio iuris*.

A ação é viável, uma vez que combate entendimento jurisprudencial pacificado pelo STJ nos autos do *leading case* EREsp 435.835/SC, redator para o acórdão o Ministro José Delgado, reafirmado por aquela Corte Superior nos autos do recurso repetitivo de Tema 142 (REsp 1.110.578/SP, Rel. Ministro Luiz Fux), a qual se reputa contrária a preceitos fundamentais.

São notórios os precedentes nos quais entende-se viável o manejo da ADPF contra orientação jurisprudencial consolidada ofensiva a preceitos fundamentais. Nesse sentido, transcrevo excerto do voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no julgamento da ADPF 304/DF:

“[...] A possibilidade de ajuizamento da ADPF para combater orientação jurisprudencial contrária a preceitos fundamentais é admitida por esta Corte, consoante os arestos que ora são transcritos:

‘ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADMISSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) - JURISPRUDÊNCIA - POSSIBILIDADE DE AJUIZAMENTO DA ADPF QUANDO CONFIGURADA LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL PROVOCADA POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL (ADPF 33/PA e ADPF 144/DF, v.g.)’ (ADPF 187, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011)

‘Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.’ (ADPF 54, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012)

‘ADMISSIBILIDADE DO AJUIZAMENTO DE ADPF CONTRA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL DE QUE POSSA RESULTAR LESÃO A PRECEITO FUNDAMENTAL - EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA RELEVANTE NA ESPÉCIE, AINDA QUE NECESSÁRIA SUA DEMONSTRAÇÃO APENAS NAS ARGÜIÇÕES DE DESCUMPRIMENTO DE CARÁTER INCIDENTAL - OBSERVÂNCIA, AINDA, NO CASO, DO POSTULADO DA SUBSIDIARIEDADE.’ (ADPF 144, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008)

‘Cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental (sob o prisma do art. 3º, V, da Lei nº 9.882/99) em virtude da existência de **inúmeras decisões do Tribunal de Justiça do Pará** em sentido manifestamente oposto à jurisprudência pacificada desta Corte quanto à vinculação de salários a múltiplos do salário mínimo.’ (ADPF 33, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, cujo objeto é a declaração em abstrato de incompatibilidade de ato do poder público, **inclusive os do Poder Judiciário**, em relação a vetores essenciais da Carta Magna, não se confunde com a pretensão rescisória, é dizer, aquela que visa à desconstituição de um comando judicial *in concreto* acobertado pela coisa julgada. Neste último caso, o art. 525, parágrafos 12 a 15, e o art. 535, parágrafos 5º a 8º, do Código de Processo Civil de 2015 admitem o ajuizamento de ação rescisória em face de título executivo judicial fundado em

lei ou ato normativo posteriormente considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade pelo Pretório Excelso, gozará a parte interessada do prazo de 2 (dois) anos para o ajuizamento da rescisória, na forma do art. 975 do novo diploma processual.

Nota-se, dessa maneira, que a fiscalização abstrata de constitucionalidade não é obstada pela eventual existência de coisa julgada em ações individuais e coletivas nas quais a mesma questão foi discutida. Afinal, a decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado pode servir de fundamento para a rescisão de decisões transitadas em julgado, o que revela inequivocamente o cabimento da instauração da fiscalização pela via direta perante esta Corte.

Além disso, cuida-se de Arguição que atende ao requisito da subsidiariedade, mercê de **não existir outro meio para sanar a controvérsia com caráter abrangente e imediato**. A esse respeito, colaciono os seguintes precedentes:

‘O princípio da subsidiariedade é aferido no momento da propositura da ADPF, de modo que não se depreende qualquer outra ação constitucional com aptidão para evitar a lesividade ao pacto federativo em questão. (...) A ocorrência de coexistência de jurisdições constitucionais estadual e nacional configura a hipótese de suspensão prejudicial do processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Tribunal de Justiça local. Precedentes.’ (ADPF 190, Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 29/09/2016).

‘Cabimento de argüição de descumprimento de preceito fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição fundamental para solver controvérsia sobre legitimidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anterior à Constituição (norma pré-

constitucional). (...) Princípio da da subsidiariedade (art. 4º, §1º, da Lei no 9.882/99): **inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão, compreendido no contexto da ordem constitucional global**, como aquele apto a solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata. (...) **A existência de processos ordinários e recursos extraordinários não deve excluir, a priori, a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, em virtude da feição marcadamente objetiva dessa ação.**" (ADPF 33, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2005)." (grifei)

Assim, reconheço que se afigura admissível a utilização da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental sob o aspecto do princípio da subsidiariedade.

Superadas as preliminares, no mérito, conforme observado, a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF funda-se basicamente nas seguintes teses: (i) atribuição de interpretação conforme à constituição ao art. 168, I, do CTN, no sentido de que o início do prazo prescricional da ação de repetição tributária deve ser a data da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que declarar a inconstitucionalidade do tributo; e (ii) a alteração da jurisprudência do STJ e em matéria de prescrição tributária não pode retroagir para alcançar pretensões que não eram tidas por prescritas à época do ajuizamento da ação.

Pois bem.

De saída, inexistente fundamento constitucional para amparar a atribuição de interpretação conforme à Constituição ao art. 168, I, do CTN nos moldes pretendidos pela autora.

Ao editar a norma impugnada (art. 168, I, do CTN), o legislador -

ADPF 248 / DF

atento ao universo das escolhas legítimas - elegeu como marco inicial da prescrição a “[...] data da extinção do crédito tributário”, para as hipóteses dos incisos I e II do art. 165 do CTN.

Desse modo, não cabe ao Supremo Tribunal Federal, que não possui função legislativa, valer-se da decisão de inconstitucionalidade para criar um novo marco de interrupção ou suspensão da prescrição para a ação de repetição de indébito.

Note-se que, ao declarar a inconstitucionalidade de determinada lei que prevê a cobrança de determinado tributo, este Excelso Pretório tão somente reconhece que a norma era nula.

Essa premissa é traduzida pela doutrina por meio da conclusão de que a norma inconstitucional está viciada de nulidade desde a sua origem/criação, sendo incapaz de produzir qualquer efeito válido. Em outras palavras, a decisão que reconhece a **inconstitucionalidade** tem **natureza declaratória**, pois verificado um *status* preexistente de incompatibilidade da norma impugnada com a Constituição Federal.

Nesse contexto, consoante advertência feita pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do ARE 951.533 AgR/ES, envolvendo matéria semelhante,

“[...]”

Verifica-se, pois, que os marcos jurígenos para a contagem do prazo prescricional do direito do contribuinte estão dispostos na legislação tributária infraconstitucional, entre os quais **não se insere a declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo Supremo Tribunal Federal.**

[...]”

A lei inconstitucional não é qualquer coisa, ela é nula, é isso que dimana do nosso entendimento, é essa a premissa. **Se é nula, a partir do momento em que foi feita ela é nula, portanto, no momento em que paguei o tributo, tenho o direito ao ressarcimento.** Tanto é que os tributaristas todos entram com ações declaratórias - é a experiência de todo dia, Ministro Fachin -, pedindo que se declare a inconstitucionalidade, que ele não está obrigado a pagar aquele tributo, essa é a técnica processual tradicional, e se diz claramente quem tem aquilo devolvido. **A partir de quando? Da data em que ele pagou, em que se fez o lançamento imperativo.**

[...]

A rigor, a repetição deve se dar desde o momento em que paguei o tributo, que era inconstitucional. E qual é a dificuldade, em um sistema como o brasileiro, de entrar com a ação e suscitar a inconstitucionalidade incidental? Nenhuma, qualquer cidadão pagante do tributo pode simplesmente dizer: 'Eu vou pagar ou vou consignar, mas essa lei é inconstitucional; ou não vou pagar e vou-me bater contra essa cobrança'.

E qual é a dificuldade, em um sistema como o brasileiro, de entrar com a ação e suscitar a inconstitucionalidade incidental? Nenhuma, qualquer cidadão pagante do tributo pode simplesmente dizer: 'Eu vou pagar ou vou consignar, mas essa lei é inconstitucional; ou não vou pagar e vou-me bater contra essa cobrança.'" (grifei)

Seguindo essa mesma linha de compreensão, tal como pontuado pela Advocacia-Geral da União,

"[...] não seria adequado considerar que a extinção do crédito tributário ocorre no momento em que esse Supremo

ADPF 248 / DF

Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de determinado tributo, pois decisão dessa natureza tem o efeito, tão somente, de reconhecer a incompatibilidade de determinada previsão normativa com o Texto Constitucional.” (pág. 17 do documento eletrônico 47)

Assim, a improcedência do pleito para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 168, I, do CTN é medida que se impõe.

Não obstante, entendo que **o pedido alternativo merece ser acolhido.**

Isso porque, conforme já tive oportunidade de manifestar-me nos autos do mencionado ARE 951.533 AgR/ES, redator para o acórdão o Ministro Dias Toffoli, a prescrição é instituto que se relaciona diretamente com o exercício do direito de ação, na medida em que consiste na perda ou extinção deste pela inércia de seu titular, durante determinado período de tempo previsto em lei, com vistas à estabilidade das relações jurídicas e à pacificação social tuteladas pela ordem pública.

Especificamente quanto à prescrição tributária, diversamente do que ocorre na prescrição civil - que começa a fluir a partir do nascimento da pretensão, ou seja, do momento em que há violação ou lesão a um direito subjetivo (art. 189 do CC) - o termo inicial se dá a partir da constituição definitiva do crédito tributário, conforme dispõe o art. 174, *caput*, do Código Tributário Nacional.

Contudo, em relação aos tributos sujeitos à homologação, em que a lei atribui ao sujeito passivo a responsabilidade tributária consistente no dever de antecipar o recolhimento antes mesmo da aferição do crédito pelo ente tributante, fixou-se no STJ, como regra geral, o entendimento de que a repetição do indébito pode ser pleiteada em até 10 anos do

pagamento do tributo (tese dos “cinco mais cinco”), porquanto a extinção do direito de pleitear a restituição (prescrição) ocorrerá após 5 anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos da data da homologação tácita. Nesse sentido: EREsp 289.398/DF e EREsp 262.475/DF (ambos do STJ).

Outrossim, para os casos em que o tributo for declarado inconstitucional, seja em controle concentrado ou difuso, **o STJ possuía firme entendimento no sentido de que o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição do indébito passava a fluir somente a partir do trânsito em julgado da ADI no Supremo Tribunal Federal ou da resolução do Senado Federal.**

Porém, ao julgar os Embargos de Divergência no REsp 435.835/SC (acórdão publicado em 4.6.2007), a Corte Superior alterou abruptamente sua jurisprudência, passando a adotar, também para essas hipóteses, a mencionada tese dos “cinco mais cinco” no cômputo da prescrição tributária, ou seja, o início do lustro prescricional não mais relaciona-se à declaração de inconstitucionalidade pelo STF, mas à data da homologação tácita, depois de decorridos 5 (cinco) anos do fato gerador.

Confira-se, a propósito, a respectiva ementa:

“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.”

Ocorre que o STJ passou a aplicar essa nova orientação indistintamente, sem observar situações de contribuintes que haviam pautado seus comportamentos e suas ações de acordo com o entendimento pretoriano até então dominante, fulminando, por consequência, pretensões de repetição de indébito deduzidas com fulcro na jurisprudência sedimentada naquela Corte Superior, tal como se verifica no já mencionado ARE 951.533 AgR/ES, redator para o Ministro Dias Toffoli, assim ementado:

“Segundo agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Repetição ou compensação do indébito de tributo declarado inconstitucional. Prazo prescricional. Termo inicial. Marcos jurígenos para contagem do prazo prescricional. Legislação infraconstitucional. Afronta reflexa. Segurança jurídica. Ausência de inércia. Regra de adaptação. Possibilidade de aplicação.

1. Os marcos jurígenos para a contagem do prazo prescricional do direito do contribuinte estão dispostos no Código Tributário Nacional. A jurisprudência da Corte, há muito, pacificou o entendimento de que a questão envolvendo o termo inicial para a contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito referente a tributo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal é de natureza infraconstitucional, não ensejando a abertura da via extraordinária.

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

3. Impossibilidade de aplicação retroativa de nova regra de contagem de prazo prescricional às pretensões já ajuizadas e em curso, por força do primado da segurança jurídica.

4. Agravo regimental provido para, conhecendo-se do agravo no recurso extraordinário, dar-se provimento ao apelo extremo, a fim de se restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.”

Vale dizer, na hipótese, que o STJ fez incidir a nova regra de contagem da prescrição tributária de forma retroativa, em clara afronta ao

princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem por escopo “evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados, bem como minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso”. (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 19 ed., 2005. p. 75-76).

Nesse particular, penso que toda inflexão jurisprudencial que importe restrição a direitos dos cidadãos – como é o caso da definição do termo *a quo* do prazo prescricional – deve observar, para sua aplicação, certa regra de transição para produção de seus efeitos, levando em consideração os comportamentos então tidos como legítimos, porquanto praticados em conformidade com a orientação prevalecente, **em homenagem ao princípio da segurança jurídica e aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, sobre os quais se assenta o próprio Estado Democrático de Direito.**

Não é por outra razão que Karl Larenz, ao tratar da importância dos precedentes pretorianos e da construção daquilo que denomina de *Direito judicial*, lembra que:

[...] existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A conseqüência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial [...] (*Metodologia da Ciência do Direito*.

Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5. ed., 1983, p. 521/522).

Ressalto, por oportuno, que não se propugna com isso, *data maxima venia*, a cristalização da jurisprudência ou a paralisação da atividade legislativa, porquanto as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e à transformação histórica.

Contudo, não se pode olvidar que o processo de evolução jurisprudencial deve ser revestido de segurança, a fim de assegurar-se direitos, resguardar comportamentos até então reconhecidos em conformidade com o direito e salvaguardar valores ou princípios constitucionais relevantes.

Não se trata, pois, de reinterpretar-se normas infraconstitucionais em substituição ao STJ, tampouco de conferir-se modulação de efeitos àquela decisão da Corte Superior, mas tão somente de reconhecer-se a vulneração do princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, bem como aos postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, os quais, como dito, conformam o Estado Democrático de Direito e impedem a aplicação retroativa da nova orientação jurisprudencial ao caso em tela.

Foi nesse sentido, aliás, que esta Suprema Corte se posicionou ao julgar Questão de Ordem no RE 370.682/SC, da qual fui relator, em que, após o Pleno ter dado provimento ao extraordinário para reconhecer-se a inexistência de crédito presumido de IPI ao contribuinte adquirente de insumos não tributados ou sujeitos à alíquota zero, decidiu por conferir efeitos *ex nunc* a tal decisão. Vejam-se, por oportuno, os seguintes trechos do respectivo voto:

“[...]”

Recorde-se, ademais, que o STF ao proceder, em casos excepcionais, à modulação dos efeitos de suas decisões, por motivos de segurança jurídica ou de relevante interesse social, estará realizando a ponderação de valores e princípios abrigados na própria Constituição.

Ora, esses fundamentos que autorizam a modulação dos efeitos nas decisões proferidas nos processos de índole objetiva, também se aplicam, *mutatis mutandis*, aos processos de natureza subjetiva. Nesse sentido, existem precedentes nesta Corte, dentre os quais sobressai o acórdão prolatado, em 06/6/2002, no paradigmático RE 197.917/SP, cujo relator foi o Ministro Maurício Corrêa.

Naquele julgamento, o Ministro Gilmar Mendes, em erudito voto-vista assentou não haver dúvida de que a limitação de efeito é um apanágio do controle judicial de constitucionalidade, podendo ser aplicado tanto no controle direto quanto no controle incidental, sobretudo quando, à luz de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a idéia de segurança jurídica ou outro princípio constitucionalmente relevante.

De fato, embora estejamos tratando, aqui, de processos subjetivos, a verdade é que, quando a matéria é afetada ao Plenário, a decisão resultante, na prática, surtirá efeitos *erga omnes*. Nessa linha, o Ministro Gilmar Mendes, chamou atenção, no citado pronunciamento, para a circunstância de que, se o STF declarar a inconstitucionalidade restrita, sem qualquer ressalva, essa decisão afeta os demais processos com pedidos idênticos pendentes de decisão nas diversas instâncias.

[...]

Bem, como é do conhecimento de todos, em duas ocasiões anteriores, a última em 18/12/2002, o Plenário desta Suprema

Corte manifestou-se favoravelmente, por ampla maioria, ao creditamento do IPI nas operações de que tratam os recursos sob exame. E com base nessas decisões foram tomadas várias outras, de caráter monocrático, neste Tribunal, e de natureza coletiva, no Superior Tribunal de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais.

Em pesquisa que realizei, pude perceber que, não obstante a tendência que aqui se manifestava acerca da mudança do entendimento sobre a matéria, praticamente todos os Tribunais Regionais Federais e mesmo os magistrados de primeira instância da Justiça Federal continuaram a prestigiar a jurisprudência predominante na Corte.

Não é por outra razão que Karl Larenz, ao tratar da importância dos precedentes pretorianos e da construção daquilo que denomina de *Direito judicial*, lembra que:

[...] existe uma grande possibilidade no plano dos factos de que os tribunais inferiores sigam os precedentes dos tribunais superiores e estes geralmente se atenham à sua jurisprudência, os consultores jurídicos das partes litigantes, das firmas e das associações contam com isto e nisto confiam. A consequência é que os precedentes, sobretudo os dos tribunais superiores, pelo menos quando não deparam com uma contradição demasiado grande, serão considerados, decorrido largo tempo, Direito vigente. Disto se forma em crescente medida, como complemento e desenvolvimento do Direito legal, um Direito judicial [...].

Foi exatamente o que ocorreu na situação em apreço: os contribuintes, fiados em entendimento pacificado na Suprema Corte do País, por quase uma década, visto que as primeiras decisões datam do final dos anos 90, passaram a creditar-se, de forma rotineira, do IPI decorrente das operações que envolviam a entrada de insumos isentos, tributados com alíquota zero ou não tributados.

Por tal motivo, e considerando que não houve modificação no contexto fático e nem mudança legislativa, mas sobreveio uma alteração substancial no entendimento do STF sobre a matéria, possivelmente em face de sua nova composição, entendo ser conveniente evitar que um câmbio abrupto de rumos acarrete prejuízos aos jurisdicionados que pautaram suas ações pelo entendimento pretoriano até agora dominante.

Isso, sobretudo, em respeito ao princípio da segurança jurídica que, no dizer de Celso Antonio Bandeira de Mello, tem por escopo evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados, bem como minorar os efeitos traumáticos que resultam de novas disposições jurídicas que alcançaram situações em curso.

Não se propugna com isso, é evidente, a cristalização da jurisprudência ou a paralisia da atividade legislativa, pois as decisões judiciais e as leis não podem ficar alheias à evolução social e ao devir histórico. Não se pode olvidar, contudo, que cumpre, como sabiamente apontou a Ministra Cármen Lúcia, em magistral estudo que integra coletânea de artigos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence, conferir *segurança* ao processo de transformação.

Por essas razões entendo que convém emprestar-se efeitos prospectivos às decisões em tela, sob pena de impor-se pesados ônus aos contribuintes que se fiaram na tendência jurisprudencial indicada nas decisões anteriores desta Corte sobre o tema, com todas as conseqüências negativas que isso acarretará nos planos econômico e social.

Para se ter uma idéia do gravame que uma decisão *ex tunc* representaria para os jurisdicionados, registro que a União, antes mesmo da consolidação da nova maioria no Plenário, já vinha ingressando com ações rescisórias perante o Tribunal Federal da 4ª Região contra contribuintes que, com fundamento

nos julgados anteriores do STF, obtiveram o direito de creditar-se do IPI nas operações isentas, não tributadas ou taxadas com alíquota zero.

Isso, é claro, sem mencionar as incontáveis execuções fiscais que serão ajuizadas, dentro do prazo prescricional, contra os contribuintes que se valeram dos créditos escriturais, em conformidade com a jurisprudência desta Corte e demais tribunais.”

Ademais, a situação sob exame é, em grande medida, semelhante àquela analisada por esta Suprema Corte no RE 566.621/RS, devendo-se, pois, ser também aqui aplicada a mesma *ratio decidendi*.

Com efeito, a questão decidida naquele recurso extraordinário versava justamente sobre a (in)constitucionalidade da aplicação retroativa do art. 3º da LC 118/2005, o qual, buscando superar a já mencionada tese dos “cinco mais cinco”, estabeleceu que o cômputo do lustro prescricional deveria ter início da data do pagamento indevido, e não da homologação tácita, com aplicação retroativa, por tratar-se de lei interpretativa.

O Plenário desta Corte, então, assentou que o novo e reduzido prazo prescricional somente poderia incidir às demandas ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* disposto naquela lei complementar, conforme entendimento consolidado no enunciado 445 da Súmula deste Tribunal. Isso porque se entendeu na ocasião que a

“[...] aplicação retroativa de tal 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**” (grifei).

Destaco, por relevante, a ementa e os seguintes trechos do acórdão:

“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 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.”

[...]

“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 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.

[...]

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. Pudesse 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 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”.

Naquela assentada, citando respeitável doutrinador, cheguei a consignar que:

“[...] 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.”

Ainda quanto à matéria em apreço, mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 709.212/DF, após decidir por alterar sua jurisprudência acerca do prazo prescricional das ações de depósitos do FGTS, reduzindo-o de 30 para 5 anos, modulou os efeitos da decisão, com base no princípio da segurança jurídica, a fim de que este novo entendimento não fosse aplicado a fatos pretéritos, atribuindo assim eficácia prospectiva (efeitos *ex nunc*) à nova orientação.

Vejam-se, pois, excertos do voto do relator, cujo caso também apresenta grande semelhança com o presente:

“[...]

Trago à análise, novamente, a discussão relativa à aplicação de efeitos meramente prospectivos à decisão que for

tomada por esta Corte relativamente à questão constitucional aqui apreciada.

Em casos como este, em que se altera jurisprudência longamente adotada pela Corte, a praxe tem sido no sentido de se modular os efeitos da decisão, com base em razões de segurança jurídica.

Cito, a título de exemplo, a decisão proferida na Questão de Ordem no INQ 687 (DJ 9.11.2001), em que o Tribunal cancelou o enunciado da Súmula 394, ressaltando os atos praticados e as decisões já proferidas que nela se basearam.

No Conflito de Competência 7.204, Rel. Min. Carlos Britto (julg. em 29.6.2005), fixou-se o entendimento de que **“o Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto”**.

Também no julgamento do HC 82.959, em que declaramos, com efeitos prospectivos, a inconstitucionalidade da vedação legal da progressão de regime para os crimes hediondos (art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com radical modificação da antiga jurisprudência do Tribunal.

Com efeito, talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à **evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional**. Se a sua repercussão no plano material é inegável, são inúmeros os desafios no plano do processo em geral e, em especial, do processo constitucional.

[...]

Nesses casos, **fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma.** Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança na concepção jurídica podem produzir uma mutação normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade sempre existira.

[...]

Com essas considerações, diante da mudança que se opera, neste momento, em antiga jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e com base em razões de segurança jurídica, entendo que os efeitos desta decisão devam ser modulados no tempo, a fim de que se concedam apenas efeitos prospectivos à decisão e à mudança de orientação que ora se propõe.

Neste ponto, aliás, o caso em tela é em grande medida semelhante a que enfrentamos no julgamento do RE 560.626 e do RE 556.664, de minha relatoria, em que se discutia a constitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei n. 8.212/91, que fixavam prazo prescricional para as contribuições previdenciárias. A tese acolhida, como se sabe, deu lugar à Súmula Vinculante n. 8, assim redigida:

‘SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE

CRÉDITO TRIBUTÁRIO’.

Nesses julgados, decidimos que a decisão deveria produzir apenas efeitos *ex nunc*, esclarecendo que a modulação aplicar-se-ia tão somente em relação às repetições de indébitos ajuizadas após a decisão assentada na sessão do dia 11.06.2008, não abrangendo, portanto, os questionamentos e os processos já em curso.

Dizia eu então naquela ocasião:

“Estou acolhendo parcialmente o pedido de modulação de efeitos, tendo em vista a repercussão e a insegurança jurídica que se pode ter na hipótese; mas estou tentando delimitar esse quadro de modo a afastar a possibilidade de repetição de indébito de valores recolhidos nestas condições, com exceção das ações propostas antes da conclusão do julgamento.

Nesse sentido, eu diria que o Fisco está impedido, fora dos prazos de decadência e prescrição previstos no CTN, de exigir as contribuições da seguridade social. No entanto, os valores já recolhidos nestas condições, seja administrativamente, seja por execução fiscal, não devem ser devolvidos ao contribuinte, salvo se ajuizada a ação antes da conclusão do presente julgamento.

Em outras palavras, são legítimos os recolhimentos efetuados nos prazos previstos nos arts. 45 e 46 e não impugnados antes da conclusão deste julgamento.

Portanto, reitero o voto pelo desprovimento do recurso extraordinário, declarando a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569 e dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212, porém, com a modulação dos efeitos, *ex nunc*, apenas em relação às eventuais repetições de indébito ajuizadas após a presente data, a data do julgamento’.

ADPF 248 / DF

Penso que a mesma diretriz deve ser aplicada em relação ao FGTS, ou seja, também neste caso é importante considerarmos a necessidade de modulação dos efeitos da decisão que estamos a adotar.

Aqui, é claro, não se trata de ações de repetição de indébito, mas, sobretudo, de reclamações trabalhistas, visando à percepção de créditos, e de execuções promovidas pela Caixa Econômica Federal.

A modulação que se propõe consiste em atribuir à presente decisão efeitos *ex nunc* (prospectivos). Dessa forma, para aqueles cujo termo inicial da prescrição ocorra após a data do presente julgamento, aplica-se, desde logo, o prazo de cinco anos. Por outro lado, para os casos em que o prazo prescricional já esteja em curso, aplica-se o que ocorrer primeiro: 30 anos, contados do termo inicial, ou 5 anos, a partir desta decisão". (grifei)

Destarte, consideradas as balizas objetivas do caso vertente, penso que deve incidir à hipótese a mesma *ratio decidendi* dos julgados acima colacionados, de forma a resguardar-se o princípio da segurança jurídica, de índole constitucional, bem como os postulados da lealdade, da boa-fé e da confiança legítima, os quais conformam o Estado Democrático de Direito e impedem a aplicação retroativa da nova orientação jurisprudencial ao caso em tela.

Isso posto, julgo parcialmente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental para determinar que a alteração da jurisprudência do STJ, alicerçada nos autos do EREsp 435.835/SC e concernente ao início do prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional pelo STF, não pode retroagir para alcançar pretensões que não eram tidas por prescritas à época do ajuizamento da respectiva ação.

ADPF 248 / DF

Julgo prejudicado o agravo regimental interposto pela CNC (documento eletrônico 34).

É como voto.