



12/06/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REDATOR DO** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**ACÓRDÃO**  
**AGTE.(S)** : **TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR**  
**ADV.(A/S)** : **FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES**  
: **RODRIGUES**  
**AGDO.(A/S)** : **UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

**EMENTA**

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

1. Os marcos jurídicos 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,



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em dar provimento ao agravo regimental, a fim de conhecer do agravo no recurso extraordinário e dar provimento ao apelo extremo, restabelecendo-se o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 12 de junho de 2018.

**MINISTRO DIAS TOFFOLI**

Relator para o acórdão



**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**AGTE.(S)** : **TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR**  
**ADV.(A/S)** : **FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES  
RODRIGUES**  
**AGDO.(A/S)** : **UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

**RELATÓRIO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** Trata-se de agravo regimental contra decisão que negou seguimento a recurso, com fundamento na jurisprudência da Corte, segundo a qual a questão referente ao prazo prescricional da ação de repetição do indébito tributário tem natureza infraconstitucional. Eis um trecho desse julgado:

“[...] No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, ‘a’, da Constituição Federal, aponta-se violação aos artigos 1º; 5º, *caput*, XXXV e LXXVIII; e 37, *caput*, do texto constitucional.

Nas razões recursais, alega-se não ter havido a prescrição de débito relativo à restituição dos valores pagos a título de cota de contribuição do café, tributo cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo STF. Sustenta-se que o termo inicial da prescrição é a declaração de invalidade do tributo pela Corte. (fl. 543)

Decido.

A irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, ressalto que, de fato, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que não houve recepção pela Constituição de 1988 da cota de contribuição do café.

**‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO  
EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL.  
CONTRIBUIÇÃO. I.B.C. CAFÉ. EXPORTAÇÃO: COTA**

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

DE CONTRIBUIÇÃO. DECRETO-LEI 2.295/86. Não-recepção, pela Constituição Federal de 1988, da cota de contribuição nas exportações de café. Matéria decidida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental não provido.' (RE-AgR 276.428, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 21.6.2002) (Grifei)

Todavia, tal orientação não aproveita ao recorrente, tendo em vista que os pagamentos que a autora pretende ver repetidos ocorreram antes do advento da Constituição de 1988.

Ademais, o Tribunal de origem, ao examinar a legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código Tributário Nacional) e o conjunto probatório constante dos autos, consignou ter havido a prescrição de débito relativo à restituição dos valores pagos a título de cota de contribuição do café. Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado:

'Destarte, a prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

No caso presente, os pagamentos que a autora pretende ver repetidos ocorreram entre 14 de abril de 1987 e 04 de maio de 1988 e a ação somente foi ajuizada em 23 de julho de 1998. Portanto, nos termos acima esboçados, estão prescritas as parcelas pretendidas na ação.' (fl. 401)

Verifica-se, portanto, que a matéria debatida no acórdão recorrido restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso.

Além disso, divergir do entendimento firmado pelo Tribunal de origem demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário. Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. AUSÊNCIA DO NECESSÁRIO PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS Nº 282 E Nº 356 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.' (ARE 728.814 - AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 27.9.2016)

'Agravos regimentais em agravo de instrumento. 2. Tributário. 3. Compensação de tributos federais com apólices da dívida pública. Prescrição. 4. Matéria infraconstitucional. Ofensa reflexa. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.' (AI-AgR 834.353, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 5.3.2012)

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (art. 932, VIII, do NCPC c/c art. 21, §1º, do RISTF).

Publique-se". (vol. III, fls. 740-743)

No agravo regimental, a parte recorrente alega que não foram apreciadas duas das três teses por ela veiculadas no recurso extraordinário. Reitera a existência de ofensa aos artigos 1º, 5º, *caput* e incisos XXXV e LXXVIII, e 37, *caput*, do texto constitucional.

Aduz que o Superior Tribunal de Justiça deixou de analisar os efeitos decorrentes da superveniência de nova legislação (Lei 11.051/04), que alterou o art. 18 da Lei 10.522/02, para conceder uma espécie de remissão a diversos tributos elencados no dispositivo. Sustenta que "*lei superveniente ao julgamento do caso concreto pelas instâncias ordinárias, ao reconhecer o direito do contribuinte, deveria ter sido aplicada quando do julgamento do recurso especial*". (vol. III, fl. 747v)

Argumenta que, em razão de o STF ter declarado a não recepção, pela Constituição de 1988, da quota de contribuição na exportação do café, o termo inicial para o ajuizamento da ação de repetição de indébito é a data da decisão em controle de constitucionalidade.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Afirma que o Plenário desta Corte, ao julgar o RE 191.044/SP, de relatoria do Min. Carlos Velloso, DJe 31.10.1997, consolidou entendimento no sentido de que a quota de contribuição nas exportações de café não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, pois a referida exação possui natureza jurídica de contribuição de intervenção no domínio econômico e, como tal, requer, para sua instituição ou majoração, a previsão em lei complementar, como determina o art. 146, III, da Constituição Federal, além da submissão aos demais princípios constitucionais de natureza tributária. Eis a ementa do acórdão:

“CONSTITUCIONAL. CONTRIBUIÇÃO. I.B.C. CAFÉ: EXPORTAÇÃO: COTA DE CONTRIBUIÇÃO: D.L. 2295, de 21.11.86, artigos 3º e 4º. C.F., 1967, art. 21, § 2º, I; C.F., 1988, art. 149. I. - Não recepção, pela CF/88, da cota de contribuição nas exportações de café, dado que a CF/88 sujeitou as contribuições de intervenção à lei complementar do art. 146, III, aos princípios da legalidade (C.F., art. 150, I), da irretroatividade (art. 150, III, a) e da anterioridade (art. 150, III, b). No caso, interessa afirmar que a delegação inscrita no art. 4º do D.L. 2295/86 não é admitida pela CF/88, art. 150, I, ex vi do disposto no art. 146. Aplicabilidade, de outro lado, do disposto nos artigos 25, I, e 34, § 5º, do ADCT/88. II. - RE não conhecido”.

Reforça que esse posicionamento foi reafirmado por ocasião do julgamento do RE 408.830/ES, DJe 4.6.2004, também de relatoria do Min. Carlos Velloso, cujo acórdão foi assim ementado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. I.B.C. CAFÉ: EXPORTAÇÃO: COTA DE CONTRIBUIÇÃO. D.L. 2.295, DE 21.11.86, ARTIGOS 3º E 4º. C.F./1967, ART. 21, § 2º, I; C.F., 1988, ART. 149. I. - Não recepção, pela C.F./88, da cota de contribuição nas exportações de café: D.L. 2.295/86, arts. 3º e 4º. Precedentes do S.T.F. II. - Inconstitucionalidade da cota de contribuição do I.B.C. - D.L. 2.295/86, arts. 2º e 4º - frente à C.F./67, art. 21, I, ex vi do disposto no inciso I do § 2º do mesmo



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

art. 21. III. - RE. conhecido e improvido”.

Em razão de tal precedente, sustenta que o Senado Federal aprovou a Resolução 28/2005, suspendendo a execução dos arts. 2º e 4º do Decreto-Lei 2.295/1986.

Ademais, alega que, à época do ajuizamento da presente ação, a jurisprudência do STJ considerava que a declaração de inconstitucionalidade seria o marco inicial da contagem do prazo prescricional da ação de repetição de indébito. Porém, em 2004, a Corte Infraconstitucional alterou sua jurisprudência, passando a considerar irrelevante o pronunciamento sobre a inconstitucionalidade para fins de definição do referido termo.

Por último, assevera que a aplicação deste entendimento mais recente, em prejuízo da parte, viola os princípios da segurança jurídica, da boa-fé e da garantia do acesso à Justiça.

Intimada, a União apresentou contrarrazões, defendendo o acerto da decisão agravada (vol. III, fls. 760-761).

É o breve relatório.

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):** No agravo regimental, não ficou demonstrado o desacerto da decisão agravada.

Verifico que as alegações da parte são impertinentes e decorrem de mero inconformismo com a decisão adotada por este Tribunal, uma vez que a agravante não trouxe argumentos suficientes a infirmá-la, visando apenas à rediscussão da matéria já decidida de acordo com a jurisprudência.

A parte busca a manifestação da Corte de origem sobre a tese da renúncia à prescrição fundada na remissão tributária operada pela Lei 11.522/02.

Ocorre que a matéria não foi apreciada pelas instâncias ordinárias, o que inviabiliza a análise em sede extraordinária, na linha do que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, transcrevo alguns precedentes desta Corte:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO -  
PREQUESTIONAMENTO - CONFIGURAÇÃO - RAZÃO  
DE SER. O prequestionamento não resulta da  
circunstância de a matéria haver sido arguida pela parte  
recorrente. A configuração do instituto pressupõe debate e  
decisão prévios pelo Colegiado, ou seja, emissão de juízo sobre  
o tema. O procedimento tem como escopo o cotejo  
indispensável a que se diga do enquadramento do recurso  
extraordinário no permissivo constitucional. Se o Tribunal de  
origem não adotou tese explícita a respeito do fato jurígeno  
veiculado nas razões recursais, inviabilizado fica o  
entendimento sobre a violência ao preceito evocado pelo  
recorrente. CONFLITO DE LEIS NO TEMPO - CADERNETA  
DE POUPANÇA - JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA -  
PERÍODO EM CURSO - LEI NOVA. A  
intangibilidade do ato jurídico perfeito não se harmoniza com a  
incidência da lei nova quando, em curso o período de

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

apuração de juros e correção monetária, não tem o correntista a disponibilidade, sem prejuízo, do valor depositado. Preservação de norma inserta no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal, no que afastada a aplicação da lei nova”. (RE-AgR 370.877, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 17.12.2012, grifo nosso)

“DIREITO CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E TRABALHISTA. EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO QUE SE RECUSOU A EXAMINAR DIREITO SUPERVENIENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. AGRAVO. 1. O T.S.T., a 28.06.1989, recusou-se a levar em consideração o disposto no art. 46, III, do ADCT da C.F. de 5/10/1988, por entender, bem ou mal, que tal questão não fora suscitada nos Embargos em Recurso de Revista e nem no aresto que os julgou. 2. Pareceu-lhe inaplicável, em tal circunstância, o direito constitucional superveniente a esse julgado (art. 46, III, da C.F.). 3. Se, ao assim decidir, incidiu, ou não, em violação ao art. 462 do C.P.C., é questão infraconstitucional, que não pode ser reapreciada por esta Corte, em R.E. (art. 102, III, da C.F.). 4. E o tema do art. 46, III, da C.F. não chegou a ser explicitamente apreciado, faltando, pois, ao R.E. o requisito do prequestionamento. 5. Agravo improvido”. (RE-AgR 167.209, Rel. Min. Sydney Sanches, Primeira Turma, DJe 31.10.2001, grifo nosso)

Ainda que superado esse óbice, o fato é que os efeitos da remissão diferem dos da isenção, mormente considerada a discutida impossibilidade de repetição de indébito quanto à primeira – questão levantada pela agravante e pacificada no âmbito do STJ –, a qual não ultrapassa o plano infraconstitucional, considerando ser necessário interpretar os arts. 156, I e IV, 165 e 175, I, todos do CTN c/c alteração procedida no art. 18, X, da Lei 10.522/2002 pela Lei 11.051/2004, em período posterior à fluência do lustro prescricional.

Portanto, eventual lesão ao texto da Constituição seria meramente

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

reflexa. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RENÚNCIA DA PRESCRIÇÃO. ART. 18 DA LEI 10.522/2002. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 37, CAPUT, DA CF. OFENSA INDIRETA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO A SANAR. 1. A embargante apenas busca renovar a discussão de questões já devidamente apreciadas, no sentido de que, embora afastada a incidência da Súmula STF 284 quanto à deficiência das razões do recurso extraordinário, o apelo extremo não mereceria prosperar porque, a pretexto de ofensa ao princípio da moralidade, o que se pretende é o reexame da interpretação dada pelo STJ sobre a controvérsia envolvendo a renúncia da prescrição (art. 18 da Lei 10.522/2002). 2. Embargos de declaração rejeitados”. (AI-AgR 785.224, Rel. Min. Ellen Gracie, grifo nosso)

Quanto à segunda tese aventada, a agravante pretende a adoção da declaração de inconstitucionalidade do tributo como marco inicial para a contagem do prazo prescricional da ação de repetição de indébito, na linha da jurisprudência do STJ na época do ajuizamento da presente ação.

Como já demonstrado, a questão envolvendo prescrição da pretensão relativa à restituição de tributos declarados inconstitucionais possui viés nitidamente infraconstitucional, não sendo passível de análise em sede de recurso extraordinário. Esta Corte, inclusive, já se manifestou reiteradas vezes sobre o tema:

“Agravo regimental no recurso extraordinário. Tributário. Alegada ofensa ao princípio da ampla defesa. Ofensa reflexa. Compensação ou restituição. Prescrição. Necessidade de reexame da legislação infraconstitucional. 1. A afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada ou da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição Federal. **2. As questões envolvendo a prescrição da pretensão relativa à compensação ou à restituição de tributos declarados inconstitucionais possuem viés nitidamente infraconstitucional, não sendo passível de análise em sede de apelo extremo.** 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). 4. Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça”. (RE-AgR 750.754, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 10.8.2017, grifo nosso)

“Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Cláusula da reserva de plenário. Inexistência de afronta. Tributário. **Prazo prescricional para repetição do indébito. Termo inicial. Declaração de inconstitucionalidade. Matéria infraconstitucional.** LC nº 118/05. Aplicação às ações ajuizadas após 9/6/2005. 1. O Tribunal de origem não afastou o art. 27 da Lei nº 9.868/99 por fundamento constitucional. Inexiste a alegada afronta à cláusula de reserva de plenário. 2. As questões envolvendo a prescrição na repetição de indébito de tributos declarados inconstitucionais possuem viés nitidamente infraconstitucional, não sendo passível de análise em sede de apelo extremo 3. O Pleno da Corte no RE nº 566.621/RS reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC nº 118/05, considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente com relação às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005, situação na qual se enquadra o presente feito. 4. Agravo regimental não provido”. (ARE-AgR 844.608, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 14.12.2015, grifo nosso)

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESOLUÇÃO DO SENADO. PRESCRIÇÃO. OFENSA REFLEXA. 1. Não tem caráter constitucional a discussão acerca do termo inicial para a contagem do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de repetição de indébito. A suposta ofensa à Lei Maior, se existente, seria meramente reflexa. 2. Agravo regimental improvido”. (RE-AgR 417.379, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 22.10.2004, grifo nosso)

No caso específico da quota de contribuição sobre a exportação do café, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, por tratar-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição ocorreu após expirado o prazo de cinco anos contado do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita (tese antiga dos “cinco mais cinco”). Nesse sentido, extrai-se o seguinte trecho do acórdão impugnado:

“Destarte, a prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

No presente caso, os pagamentos que a autora pretende ver repetidos ocorreram entre 14 de abril de 1987 e 04 de maio de 1988 e a ação somente foi ajuizada em 23 de julho de 1998. Portanto, nos termos acima esboçados, estão prescritas as parcelas pretendidas na ação”. (vol. II, fl. 401)

Com efeito, o art. 168 do Código Tributário Nacional dispõe que o direito de crédito do contribuinte de reaver o montante pago indevidamente está sujeito ao prazo prescricional de cinco anos, a contar da data da extinção do crédito tributário ou da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

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.

Logo, para a definição do *dies a quo* do prazo de prescrição do direito do contribuinte, o STJ analisou e interpretou a legislação federal, de modo que a alegada ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta. Tal exame, portanto, mostra-se inviável em sede extraordinária.

Além disso, relembre-se que esta Corte dispõe de mecanismos próprios para que, excepcionalmente, atribua efeitos diferenciados às suas decisões em controle de constitucionalidade, podendo, no caso concreto, modular a declaração de inconstitucionalidade, o que, registro, não foi feito na ocasião da análise da constitucionalidade da quota de exportação do café. Transcreva-se precedente sobre o tema:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTS. 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRIBUTÁRIAS. MATÉRIA RESERVADA À LEI COMPLEMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO CASO DOS AUTOS. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 559.943- RG, julgado sob relatoria da Ministra Cármen Lúcia, reconheceu a inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46, da Lei nº 8.212/1991, em razão da matéria neles versada estar reservada à edição lei complementar. **Considerando a modulação proposta pelo Plenário, os efeitos do prazo decenal constante da Lei nº 8.212/1991 mantiveram-se vigentes tão somente com relação aos casos nos quais em não houve nenhuma impugnação por parte do contribuinte até a conclusão do julgamento do recurso submetido à sistemática da repercussão geral. Com relação a tais hipóteses, em que o contribuinte vem a juízo**

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

**após o leading case, a declaração de inconstitucionalidade teria efeito prospectivo, de modo a não haver devolução dos valores recolhidos anteriormente ao julgamento do recurso representativo.** A rigor, a hipótese sob apreciação não versa sobre repetição de indébito, até porque não houve nenhum recolhimento no caso concreto. Trata-se de mandado de segurança impetrado com o fim específico de evitar a cobrança. Ademais, a presente ação precede o julgamento do leading case. Mostra-se aplicável, portanto, o entendimento que pugna pelo afastamento do prazo decenal tratado pela Lei nº 8.212/1991. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento”. (RE-AgR-ED 546.649, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 12.3.2015, grifo nosso)

Ainda sobre os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do tributo, defende o agravante que o Superior Tribunal de Justiça, após longa discussão entre seus membros, promoveu revisão de sua jurisprudência.

De fato, no período anterior a 2004, o STJ inclinava-se em admitir que o prazo prescricional para efeito do ajuizamento da ação deveria ser contado a partir da declaração de inconstitucionalidade pelo STF, se em sede de ADI, ou da Resolução do Senado, se em controle difuso.

Entretanto, no julgamento do EREsp 435.835, redator p/ac. Min. José Delgado, j. 24.3.2004 e DJe 4.6.2007, a Corte firmou nova orientação no sentido de que o transcurso do prazo prescricional ocorre a partir do dia em que nasce para o contribuinte a pretensão, ou seja, a partir do dia em que se operou o recolhimento indevido – no caso de tributo sujeito à lançamento por homologação – independentemente de decisão do STF declarando a inconstitucionalidade ou, quando o controle for difuso, de resolução do Senado Federal.

Para tanto, cite-se a ementa do referido julgado:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 7.787/89. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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”. (grifo nosso)

Em razão dessa mudança jurisprudencial, a agravante defende a violação ao princípio da segurança jurídica, o que não prevalece.

É certo que a uniformização da jurisprudência é essencial para a integridade, coerência e unidade do direito.

Nas palavras do Prof. Daniel Mitidiero:

“(…) para atuarem de forma adequada, dando unidade ao Direito, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de justiça devem trabalhar lógico-argumentativamente, interpretando de maneira justificada, universalizável e coerente

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

os enunciados constitucionais e infraconstitucionais federais. É a partir desse método interpretativo que essas cortes poderão fornecer boas razões para pacificar o entendimento judicial a respeito de determinada questão e para desenvolver o direito brasileiro, ofertando para o sistema verdadeiros precedentes capazes de promover a igualdade e a segurança jurídica para toda a sociedade civil”. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 101)

Tanto é assim que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe novas luzes destinadas ao tema. Cito, para ilustrar, o *caput* do art. 926 – com importante diretriz para o Poder Judiciário –, segundo o qual “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Todavia, registre-se que o jurisdicionado não tem direito absoluto à manutenção da jurisprudência, de sorte a obrigar o Estado-Juiz a manter seus posicionamentos eternamente estáveis, mormente quando observado que o entendimento anteriormente esposado pelo STJ – sobre o termo *a quo* de contagem do prazo de prescrição na ação de repetição de indébito tributário – não estava representado por súmula, nem mesmo foi objeto de julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos.

Ademais, não cabe a esta Corte fiscalizar a jurisprudência daquele órgão em matéria eminentemente infraconstitucional para acolher a tese de que a alteração jurisprudencial teria trazido efeitos concretos prejudiciais ao contribuinte, tendo em vista que tal procedimento demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, providência inviável no âmbito do recurso extraordinário.

Nesses termos, incide no caso a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Confira-se, a propósito, o seguinte precedente desta 2ª Turma:

“Agravamento regimental no recurso extraordinário. Tributário. ISS. Arrendamento mercantil financeiro. Sujeito ativo. **Alteração de jurisprudência há muito firmada no Tribunal de origem – STJ. Pedido de modulação de efeitos.**”



ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES

**Impossibilidade de análise. Necessidade de reexame dos fatos e das provas. Súmula nº 279/STF.** 1. Ainda que se parta da premissa de que é cabível a modulação de efeitos de julgado em caso de mudança de interpretação de lei federal, **não se mostra possível sua análise em sede de recurso extraordinário.** 2. **Para acolher a tese de que a alteração jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça teria efeitos deletérios** na vida dos municípios brasileiros (no dizer do recorrente ‘falência’), **de modo a caracterizar o excepcional interesse social e a eventual afronta à segurança jurídica, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório da causa.** Incidência da Súmula nº 279 da Corte. 3. Agravo regimental não provido”. (RE-AgR 845.766, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 10.5.2016, grifo nosso)

*Ad argumentantum tantum*, admitir repetição de indébito de tributo remetido – após a ocorrência do lançamento e posterior extinção do crédito tributário pelo pagamento, além de ultrapassado o prazo prescricional correlato – equivaleria à concessão de tratamento desigual aos contribuintes, vedado pelo postulado da isonomia, situação não permitida por esta Corte em caso idêntico, cuja ementa descreve:

“AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. **REMISSÃO CONCEDIDA** QUANTO AOS CRÉDITOS PROVENIENTES DA INCIDÊNCIA DO TRIBUTO SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CINEMATOGRAFÍCOS. **PRETENTIDA EXTENSÃO AOS CRÉDITOS EXTINTOS PELO REGULAR RECOLHIMENTO PARA FINS DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ALEGADA VIOLAÇÃO DA ISONOMIA (IGUALDADE).** NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXCEPCIONALIDADE DO QUADRO. LEI 3.256/2001 DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ART. 150, II DA CONSTITUIÇÃO. Em regra, a concessão inconstitucional de um benefício deve ser corrigida pela eliminação do incentivo inválido, de modo a restaurar a situação de igualdade entre as

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

partes que imotivadamente foram tratadas desigualmente. Precedentes. Excepcionalmente, é teoricamente possível que a importância e a densidade do benefício justifiquem a manutenção do benefício e de sua aplicação para situações análogas, ainda que não idênticas. **Porém, os autos não registram a presença de propriedades que autorizariam essa providência extraordinária.** Agravo regimental ao qual se nega provimento". (AI-AgR 808268, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 2.5.2012, grifo nosso)

Ante o exposto, considerando que a matéria debatida no acórdão recorrido restringe-se ao âmbito infraconstitucional e que, de outro lado, seria necessário revolvimento de matéria fática, nego provimento ao presente agravo regimental.

Tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majoro, em 10%, o valor da verba honorária fixada na origem (vol. 2, p. 244), observados os limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo, ressalvada a eventual concessão do benefício da justiça gratuita.

É como voto.



06/03/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Aqui é uma questão que todos conhecem - tem sido alvo de debate, e, que, talvez, não tenha sido bem organizada na doutrina brasileira -, que é a separação entre a ideia da nulidade da lei inconstitucional no plano geral, normativo, e a situação no caso concreto. Na verdade, a norma produz, depois, atos concretos, que é o caso de julgados e tudo o mais.

Declarada a inconstitucionalidade da norma, os atos concretos, com base na norma eventualmente impugnada e declarada inconstitucional, serão afetados. Mas qual é o prazo? O prazo é o legislador infraconstitucional que estabelece. Até porque, na verdade, essa é uma cláusula de segurança jurídica, funcionando como um fusível para o sistema de jurisdição e de legislação.

De modo que, a rigor, há uma separação de planos: o plano normativo e o plano do ato concreto. A impugnação há de se dar no plano do ato concreto. E, claro, por isso, é irrelevante a declaração de inconstitucionalidade. A parte poderia, a qualquer tempo - e esse nosso sistema é generoso -, entrar com a ação alegando a inconstitucionalidade e beneficiar-se-ia do prazo.

Há casos antigos aqui do Supremo Tribunal Federal, a discussão, por exemplo, sobre a cobrança do ITR, aquela contribuição que se recolhia - Vossa Excelência trabalhou nessa matéria no INCRA - para o INCRA, e que o Supremo declarou inconstitucional.

Agora, a repetição do indébito aqui tem de se fazer desde que não se tenha cumprido a fórmula de preclusão. E assim se dá em todos os casos. E parece-me que o STJ resolveu bem essa matéria. De modo que, a mim, parece-me que o assunto está bem resolvido.



**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 951.533**

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

AGTE.(S) : TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

ADV.(A/S) : FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES RODRIGUES (29025/DF,  
147325/RJ)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, que negava provimento ao agravo regimental e, tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majorava em 10% o valor da verba honorária fixada, observados os limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo, pediu vista o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.3.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Edson Oliveira de Almeida.

Ravena Siqueira  
Secretária



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO

**VOTO-VISTA****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Trata-se de segundo agravo regimental interposto contra decisão por meio da qual o Relator, o Ministro **Gilmar Mendes**, negou seguimento a agravo aviado em face de decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário manejado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça.

No agravo regimental, defende-se, em síntese, que: 1) “o termo inicial do prazo prescricional da ação de repetição de indébito de tributo declarado inconstitucional deve ser a data da decisão desse Eg. STF”; 2) “a modificação na jurisprudência do STJ e dos TRF’s em matéria de prescrição não pode retroagir para considerar prescrita pretensão que não o era à época do ajuizamento da demanda”; 3) “o Poder Judiciário não pode se recusar a apreciar e aplicar lei superveniente ao julgamento nas instâncias ordinárias, reconhecedora do direito do contribuinte”.

Na decisão agravada, Sua Excelência, inicialmente, referiu ser entendimento da Corte que não houve recepção pela Constituição de 1988 da cota de contribuição do café. Não obstante, disse que essa orientação não aproveitaria ao recorrente, pois “os pagamentos que a autora pretende ver repetidos ocorreram antes do advento” da Constituição cidadã. Fora isso, consignou o Relator que a instância de origem reconheceu a ocorrência da prescrição com base no Código Tributário Nacional e no conjunto probatório constante dos autos. Desse modo, destacou que, para divergir da Corte **a quo**, seria necessário se reexaminar a causa à luz da legislação infraconstitucional, bem como os fatos e as provas pertinentes.

Pedi vista dos autos para melhor refletir sobre o tema.

Com a devida vênia, entendo que a tese de número 2 acima identificada merece ser acolhida, com base diretamente no **princípio da segurança jurídica**. Vejamos.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Conforme consta dos autos, até o julgamento do EREsp nº 435.835/SC, acórdão publicado em 4/6/07, o STJ entendia que o prazo prescricional relativo à pretensão de restituição de tributo declarado inconstitucional tinha início a partir da data da declaração de inconstitucionalidade da exação pelo Supremo Tribunal Federal ou da resolução do Senado Federal. Com o julgamento daqueles embargos de divergência, a Corte Superior mudou sua jurisprudência, passando a consignar que, independentemente de declaração de inconstitucionalidade, deveria prevalecer, para efeito de fixação do prazo prescricional, a tese conhecida como “cinco mais cinco”, isto é, no caso de tributos sujeitos a homologação, cinco anos contados a partir do fato gerador mais cinco anos contados da data da homologação tácita.

Em face disso, interpôs-se o recurso extraordinário sob a alegação de afronta ao **princípio da segurança jurídica**, uma vez que a mudança jurisprudencial não teria sido acompanhada de qualquer espécie de regra de adaptação, passando a ser aplicada, de imediato, não só às ações movidas após o referido julgamento, mas também àquelas que já haviam sido ajuizadas, **respeitando-se o prazo prescricional anteriormente consolidado**. Desse modo, por força unicamente daquela guinada jurisprudencial, diversos contribuintes que já haviam ingressado em juízo e contavam com decisões favoráveis nas instâncias ordinárias – observando-se o prazo prescricional anterior – teriam visto suas pretensões ser automaticamente fulminadas, apesar de nunca terem ficado inertes. A parte ora recorrente é um desses contribuintes.

Resta saber se seria possível a Corte, em sede de recurso extraordinário, conceder, **com base diretamente no princípio da segurança jurídica** (confiança no tráfego jurídico e acesso à Justiça), espécie de provimento que, ao cabo, resulte em modulação temporal dos efeitos da decisão proferida pelo STJ no julgamento dos embargos de divergência.

Para o Relator, isso não seria admissível, em razão, notadamente, de dois motivos: a) não existiria direito absoluto à manutenção de jurisprudência, “de sorte a obrigar o Estado-Juiz a manter seus

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

posicionamentos eternamente estáveis”, especialmente quando se leva em conta que aquele entendimento anterior do STJ não estava sedimentado em enunciado de súmula nem havia sido proferido segundo a sistemática dos recursos repetitivos; b) seria necessário o reexame do conjunto fático e probatório constante dos autos, o que é vedado, de acordo com a Súmula nº 279 da Corte.

Com a devida vênia, entendo que esses argumentos, embora sejam **geralmente** aplicáveis aos apelos extremos em que se discute a modulação de efeitos de decisão proferida por instâncias inferiores, não o são ao caso em tela.

É importante ter em mente que não se pleiteia, por meio da tese ora em discussão, a manutenção **ad eternum** do entendimento prevalecente na Corte Superior anteriormente ao julgamento daquele caso paradigmático (EREsp nº 435.835/SC). O que se requer é que, com base diretamente no princípio da **segurança jurídica**, a mudança brusca da jurisprudência acerca do prazo prescricional não alcance a presente ação, a qual estava em curso na data do julgamento ou da publicação do acórdão (4/6/07), questão constitucional passível de análise em sede de recurso extraordinário.

Além do mais, não vislumbro a necessidade de revolvimento do conjunto fático e probatório constante dos autos para acolher o apelo extremo na parte em que trata da tese ora em discussão. A violação dos preceitos da confiança no tráfego jurídico e do acesso à Justiça - contidos no da segurança jurídica - em casos como o presente é objetivamente verificável, necessitando-se ter em vista apenas **prazos e datas** (que, no caso, são **incontroversos**) e a lógica jurídica que envolve a questão.

A situação aqui delineada, a meu ver, é análoga àquela enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 566.621/RS.

Naquele recurso extraordinário, o Tribunal Pleno discutiu se seria constitucional a aplicação retroativa do art. 3º da LC nº 118/05. Até o advento dessa lei complementar, prevalecia, na Corte Superior, a regra de que, no caso de homologação tácita, o prazo prescricional para a propositura de ação de repetição de tributo sujeito a homologação era

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

regido pela regra dos “cinco mais cinco”. A lei complementar citada adveio com a intenção de superar essa jurisprudência, prescrevendo que tal prazo passaria a ser de cinco anos, contados da data do pagamento indevido. A Corte concluiu, no exame daquele apelo extremo, que o novo prazo prescricional (menor) somente poderia ser aplicável às ações ajuizadas após o decurso da **vacatio legis** estabelecida naquela lei complementar.

Ao analisar o caso, a Relatora, a Ministra **Ellen Gracie**, asseverou não ser juridicamente proibida a redução de prazos, tendo em vista a inexistência de direito adquirido a regimes jurídicos. Não obstante, disse Sua Excelência que a redução de prazo prescricional não poderia “retroagir para fulminar, **de imediato**, pretensões que ainda poderiam ser deduzidas no prazo vigente quando da modificação legislativa”. Isso porque, de sua perspectiva, se essa circunstância fosse chancelada, haveria violação do princípio da segurança jurídica, cujo conteúdo abrangeria, segundo sua óptica, não só a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mas também o “**resguardo da certeza do direito, da estabilidade das situações jurídicas, da confiança no tráfego jurídico e do acesso à justiça**”. A Relatora, mais adiante, destacou:

“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

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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.”

**Vide** que, no julgamento desse recurso extraordinário, a violação do texto constitucional também foi objetivamente constatada; no caso, com base, notadamente, apenas na lógica jurídica e nos prazos e nas datas que estavam envolvidos na discussão.

Merece ser destacado que, de acordo com aquela orientação anteriormente prevalecente no STJ, o prazo prescricional da ação de repetição de indébito em que se discutia inconstitucionalidade de exação se iniciava com a declaração da inconstitucionalidade do tributo pelo Tribunal Pleno desta Corte, não só em sede de controle abstrato, mas também em sede de controle difuso. Nesse sentido: AG nº 491.612/SP-AgRg, Primeira Turma, Relator o Ministro **José Delgado**, DJ de 13/10/03; REsp nº 53.190/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro **Américo Luz**, DJ de 12/12/94.

Como bem salientou o Ministro Relator **Gilmar Mendes**, os marcos jurígenos para a contagem do prazo prescricional do direito do contribuinte estão dispostos no Código Tributário Nacional. Todavia, acertadamente ou não, o Superior Tribunal de Justiça, na interpretação dessas normas, criou um **marco inicial de prazo prescricional diverso**, qual seja, a data da declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo STF em controle concentrado ou difuso. Nesse cenário, a **aplicação imediata** da nova jurisprudência do STJ fixando novos marcos prescricionais a partir de 2004 significou aplicar-se retroativamente a nova regra de contagem do prazo prescricional às pretensões já ajuizadas em curso, com ofensa, em meu entender, ao primado da **segurança jurídica**.

Pois bem. No caso, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 2ª Região superou a arguição de prescrição, aplicando o entendimento então consolidado no STJ de que o prazo prescricional para se postular a repetição de indébito no caso concreto somente teria início com a declaração de inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Federal. Em seguida, aquele Tribunal adentrou no mérito para assentar que o Decreto-lei nº 2.295/86 se revelara, desde sua edição, incompatível com a Emenda Constitucional nº 01/69, devendo os recolhimentos realizados e comprovados nos autos ser restituídos, na medida em que a cobrança não tinha suporte legal.

Vale também destacar, no tocante ao mérito da discussão, que o tributo questionado na ação foi declarado inconstitucional pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 408.830/ES, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, sessão de 15/4/04, DJ de 4/6/04:

“CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. I.B.C. CAFÉ: EXPORTAÇÃO: COTA DE CONTRIBUIÇÃO. D.L. 2.295, DE 21.11.86, ARTIGOS 3º E 4º. C.F./1967, ART. 21, § 2º, I; C.F., 1988, ART. 149. I. - Não recepção, pela C.F./88, da cota de contribuição nas exportações de café: D.L. 2.295/86, arts. 3º e 4º. Precedentes do S.T.F. II. - Inconstitucionalidade da cota de contribuição do I.B.C. - D.L. 2.295/86, arts. 2º e 4º - frente à C.F./67, art. 21, I, ex vi do disposto no inciso I do § 2º do mesmo art. 21. III. - R.E. conhecido e improvido” (RE nº 408.830/ES, Tribunal Pleno, Relator o Ministro **Carlos Velloso**, DJ de 4/6/04).

Por fim, observo que a matéria devolvida ao Superior Tribunal de Justiça pelo recurso especial interposto referiu-se exclusivamente à questão do termo inicial do prazo prescricional. Foi nesses termos estritos que o Superior Tribunal de Justiça **deu provimento** ao recurso especial, assentando a tese de que a prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação relativamente aos tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos, contados a partir do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, da data da homologação tácita (**tese dos dez anos**). O **princípio da segurança jurídica**, no entanto, impede a aplicação da nova orientação ao caso concreto.

Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental para, conhecendo-se do agravo no recurso extraordinário, dar-se provimento



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

ao apelo extremo, a fim de se restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****ESCLARECIMENTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, Ministro Toffoli já relatou isso com todas as consequências. Esse é um tema que foi muito discutido entre nós, e me parece que se assenta numa premissa absolutamente equivocada.

A rigor, nós, na verdade, pronunciamos-nos sobre a questão da lei complementar para fins de dar uma solução, doravante, para a temática. Mas nunca referendamos a decisão do Superior Tribunal de Justiça, os "5 + 5", nunca, não há jurisprudência. Até porque, a rigor - e isso foi mal estudado pela jurisprudência -, o que acontece aqui?

Quer dizer, o debate, a essa altura, qualquer solução é adequada para o caso concreto, mas, apenas para fins referenciais teóricos. O que acontece é que temos a inconstitucionalidade/nulidade no plano normativo; e temos nulidade ou inconstitucionalidade no plano do ato concreto. Significa dizer: uma lei é inconstitucional e, por isso, nula. Então, é assim que todo o sistema trata. Se for matéria tributária, se for matéria de benefício previdenciário, se for matéria de benefício de funcionário público, qualquer que seja, eu terei o reflexo nas situações concretas.

Qual é o prazo? A pergunta clássica no Direito Constitucional Mundial que adotou o modelo da nulidade é essa: O que acontece com os atos concretos já verificados? Considerando que há aqui uma separação de planos, uma coisa se dá no plano do ato normativo e a outra, no plano do ato concreto. No plano do ato normativo, a lei é inconstitucional e nula. No discurso dos nossos clássicos americanos, repetidos pelos nossos clássicos brasileiros, Ministro Celso, é a ideia de que a lei inconstitucional é nula, írrita, "*null and void*", é essa a ideia.

Mas o que fica é ato concreto. O ato concreto tem um limite. O que acontece com ele? Bom, qual é o prazo para impugnação? Porque se não

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

houver prazo, obviamente, que ele seria afastável a todo tempo, e isso não acontece. A vida se incumbe de colocar os prazos prescricionais e de decadência. Qual é o prazo? Normalmente, em relação a atos contra a Fazenda Pública, operamos com a lógica de cinco anos. O que isso significa? Esse ato não é mais suscetível de revisão. É assim.

Portanto, é muito curioso, Ministro Lewandowski, se o legislador decidir ampliar o prazo de prescrição, *ipso iure*, está dando mais tempo para que haja esta impugnação; se ele encurtar o prazo - antes eram 5, 10 ou 15, e agora são 2 -, também apressa-se o tempo para consolidação dessas situações, vamos chamar assim, constituídas, não se tem o que fazer, em princípio.

Tanto é que, dando resposta a isso, os alemães tentaram fazer a separação dos planos e dizer em determinados casos: "Esse ato concreto perde a eficácia, ele não se desfaz, mas ele não se executa". Sentenças judiciais transitadas em julgado - debatemos aqui o artigo 741 do CPC, na versão anterior e tudo mais. Por quê? Porque a rigor, não tenho como desfazer. Transitou em julgado, mas é inconstitucional. É uma sentença.

Veja - voltando ao meu paradigma -, é o ato normativo. Agora tenho uma sentença, portanto, o ato concreto, e tenho um prazo para impugná-la. Tanto é que tivemos vários casos.

Há um precedente antigo, da relatoria do Ministro Moreira Alves, em que ele dizia: "Os embargos à execução não se prestam a discutir a questão da eficácia da sentença"; quer dizer, afetar o trânsito em julgado da sentença. Isso foi modificado depois do artigo 741.

Na matéria tributária - e aí é interessante, porque se formos rememorar Kelsen, com o modelo de 1920 -, o que acontece? Quer dizer, a combinação dos dois modelos, Kelsen dizia, muito bem: "Bom, o que que vai acontecer? Eu tenho o modelo de controle abstrato e eu tenho o modelo de controle concreto". Como que o modelo de controle completo funciona? Por impulso das partes. A parte aqui é aquilo que ele chamava *verfassungs am vault*, é o advogado da Constituição, é a parte que trabalha para fazer a questão ser suscitada. E é muito interessante quando você trabalha toda essa feição do processo constitucional, porque Kelsen, como

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

todos sabem, dizia: "A lei inconstitucional não é nula, ela é só anulável, segundo decisão do tribunal". Falava de *Aufhebung*, equivalente, portanto, a uma revogação. A partir do espírito prático, isso entre 1920 e 1929, ele dizia algo interessante, ele disse: "Bom! Mas se o cidadão entra com ação na Justiça, suscita a dúvida, por exemplo, sobre uma matéria tributária e logra êxito, ele está cumprindo também, vamos chamar assim, um múnus público, está levando essa questão para a Justiça. Ele não pode ser colocado no mesmo plano do cidadão que nada fez e que pagou o tributo". Então, Kelsen concebe uma especial retroatividade no sistema austríaco para os processos que deram ensejo àquela provocação.

Portanto, se eu, cidadão, me rebelei contra a cobrança daquele tributo e, portanto, provoquei o processo de controle concreto, tenho o direito a uma repetição. A decisão vai retroagir em relação a mim.

O que acontece no sistema tributário, na regra? O geral? O indivíduo pode - no sistema brasileiro, então, de maneira muito aberta, qualquer cidadão, em qualquer tempo - entrar com ação dizendo que aquela lei é inconstitucional.

Por que a data, o marco, então, será a data da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo? Veja, associaram coisas que não têm nada a ver. A rigor, conta-se do pagamento o prazo. Eu paguei o tributo e posso entrar com uma ação, eventualmente ação declaratória. E me parece que essa sempre foi a posição do Supremo. Se pegarmos a antiga jurisprudência do Supremo - Vossa Excelência vai se lembrar, Ministro Celso, mas talvez nem estivesse aqui, não me lembro -, o caso do ITR, por exemplo, em que tinha aquele 20% que se dava ao Incra para as cobranças, o Supremo declarou aquilo inconstitucional e mandou devolver os últimos cinco anos. Era o prazo.

Então, me parece que esse *constructing*, embora engenhoso, assenta-se em um equívoco que nunca referendamos.

O Ministro Toffoli tem razão. De fato, na lei complementar que tratou do tema... E o que que foi a lei complementar aqui? Na verdade, foi uma tentativa da Fazenda, hábil, de se desvencilhar...

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Eu estava na Casa Civil, fui um dos redatores da lei complementar.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Sim. De se desvencilhar daquelas jurisprudências.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Exatamente.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas o Supremo nunca referendou aquele entendimento, até porque o entendimento do Tribunal parte da ideia de que a lei inconstitucional é nula. Se é nula, qual é o direito de repetir, quando se dá o direito de repetir? A partir do momento do pagamento que se pode entrar com a ação.

Nem trouxe esse debate para cá porque, de fato, o tema já está encaminhado, mas, a rigor, se é para discutir o tema do STJ em termos de segurança jurídica, nunca houve, por parte do Supremo Tribunal Federal, qualquer referendo a essa decisão.

Por quê? E aí mais uma abordagem também no plano constitucional. Nunca discutimos de forma explícita, mas quando fazemos esse discurso do princípio da nulidade da lei inconstitucional, estamos dizendo que há - o Ministro Celso já subscreveu isso - um princípio constitucional não inscrito.

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.

Essa decisão do STJ, embora muito engenhosa e compreensível no contexto geral, a rigor, não guarda qualquer relação com a dogmática da lei inconstitucional, Ministro Toffoli, é só isso. Tanto é que continuamos

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

trabalhando com isso - eu trabalhei na Lei nº 9.868 -, continuamos entendendo que a lei inconstitucional é nula. E veja que avançamos agora, ao chegarmos, no Plenário, com a tese da fórmula do Senado e dizer que basta comunicar ao Senado para publicação, a partir daquela decisão de Vossa Excelência no caso do amianto. Quer dizer, arredondamos o modelo. Ora, se a lei inconstitucional é nula, para dizer que ela não é nula ou que ela é anulável, temos o art. 27 da Lei 9.868, que faz uma ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e a ideia da segurança jurídica.

A meu ver, se formos aprofundar esse debate, não deveríamos prestar atenção, estou falando da perspectiva do Supremo. Entendo a questão, mas o cidadão tem que entrar com a ação, em se tratando de lei inconstitucional, e é o que diz hoje a lei complementar, mas de forma correta.

Na verdade, essa lei complementar é de caráter interpretativo, e é um entendimento que o Supremo sempre adotou. 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".

Portanto, embora engenhosa, obviamente essa fórmula do "5+5" do STJ briga com toda a dogmática do nosso sistema de nulidade da lei inconstitucional. Se a lei é nula, eu tenho o direito de repetir nesse prazo. E se eu não o fiz, não diligenciei? *Tollitur quaestio*, eu continuo. "Ah! O Supremo agora declarou inconstitucional a lei, eu não posso mais cobrar o tributo, tenho que devolver? Tenho que devolver no prazo de cinco anos. O Estado está obrigado a devolver no prazo de cinco anos, enquanto aquele ato de lançamento consolidado pode ainda ser revisto. Os atos que não mais são suscetíveis de revisão não serão mais suscetíveis de ataque. Essa é a premissa. Isto vale. Vejam que isso pacifica qualquer

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

questão ligada a atos concretos, a essa separação de planos. Não tem como não fazer assim.

Em se tratando de uma sentença, a sentença é inconstitucional, mas eu tenho que impugná-la. Em que prazo? No prazo da ação rescisória. E se não o fizer? Nós criamos – sedimentado no art. 741 do CPC/73 e depois nas disposições da CLT – a ideia de que eu posso ter uma sentença, pugno inconstitucional, que é ineficaz. Os embargos à execução permitem suscitar a ineficácia da sentença, sua não execução. Mas, veja, já foi uma criação do legislador. Portanto, essa separação de planos é extremamente importante.

Entendendo as razões, e, veja, aqui, estou fazendo a suscitação da questão mais por amor ao debate do que, a rigor, estamos falando de casos que já se encerraram.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Residuais.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Residuais. Em um ou em outro sentido, o tema estará bem encaminhado, em termos de eventual justiça às partes.

É preciso que se entenda isso na profunda dogmática do sistema da lei inconstitucional, dessa ideia da nulidade. Portanto, isso é extremamente importante.

Estamos falando de ações que foram movidas muito tempo depois do pagamento do tributo, sem, portanto, nenhuma correspondência com essa ideia da prescrição. E, a rigor, aqui, tínhamos um tema constitucional que infelizmente não articulamos, que era o princípio da nulidade da lei inconstitucional.

De modo que, com todas as vênias e, claro, compreendendo a abordagem que o Ministro Dias Toffoli trouxe, eu sempre disse antes da decisão nossa da lei complementar que, a rigor, eu nunca me abalancei, por exemplo, sobre a temática traduzida lá no STJ, por quê? Porque ela era decorrente de um erro, de uma não percepção da dogmática dos direitos fundamentais, essa ideia da separação dos planos. No plano do ato normativo, em abstrato, portanto, a lei inconstitucional é nula, e,

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

portanto, retira-se do ordenamento jurídico. Alguns americanos chegam até a ser enfáticos, até falar na inexistência jurídica. No plano do ato concreto, esse ato, se não for impugnado no dado tempo, se consolida, e não será mais suscetível de impugnação. Eu uso a imagem para os alunos de um sistema de interceptores em que você, na verdade, bloqueia. Veja, a prescrição e a decadência para que chamamos a fórmula de preclusão, elas nada mais são do que fórmulas que o legislador concretiza, em nome do que, Ministro Lewandowski? Em nome da segurança jurídica: A partir daqui, não se desfaz mais. E, veja, que, a vida toda, vivemos de forma tranquila em relação a esse modelo, por quê? Porque o ato concreto está consolidado; se ele não tiver sido impugnado naquele tempo, eu, em princípio, não mais o desfaço.

Deste modo, parece-me que a solução adequada para o caso é aquela mesma que eu trouxe no sentido, de fato, de entender que a parte aqui já não tinha direito, à época, a discutir, uma vez que ela entrara já a destempo. Mas tem razão o Ministro Toffoli também ao dizer que, pelo menos, na perspectiva até o STJ, era esse o entendimento que se consolidara, sem que houvesse - por isso que não aceitei em falar em segurança jurídica - qualquer respaldo a essa tese por parte do Supremo. O Supremo não tinha, até então - claro que tem razão Sua Excelência quando diz, mas o Supremo agora referendou o entendimento em relação à lei complementar -, se manifestado, até porque se formos destilar toda doutrina do Supremo, é a doutrina da lei nula. Portanto, o ato concreto pode subsistir, porque a fórmula de preclusão agora já se implementou e não pode mais ser alvo de qualquer ataque.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, Senhores Ministros, essa questão é extremamente tormentosa, como se viu dos votos proferidos pelo Ministro Dias Toffoli e pelo Ministro Gilmar Mendes. Todos nós, a cada dia, defrontamo-nos com esses problemas em vários julgamentos acerca de matéria tributária que temos em nosso gabinete.

Eu gostaria de observar, nesta esteira, e até sugerir um posicionamento intermediário entre o voto do Ministro Gilmar Mendes e o voto do Ministro Dias Toffoli. Eu sei que o Ministro-Presidente já arregalou os olhos, perguntando-se como é possível uma sugestão intermediária. Mas, sim, ela é possível não quanto ao mérito, naquilo que foi exposto, com muito brilho, pelos dois ministros que integram esta Turma. O Ministro Gilmar Mendes sugeriu ao Plenário desta Segunda Turma que se negue provimento ao agravo e que se aplique uma multa de 10%. O Ministro Toffoli, por sua vez, sugere que se dê provimento ao agravo para dele conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, de modo a que se restabeleça o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Vossas Excelências, tal como eu, devem ter recebido um memorial das partes, pelo menos de uma das partes, no caso, o agravante, em que se pede uma solução temporária e alternativa, que é a seguinte: sobresteja-se o julgamento deste agravo até o julgamento da ADPF 248, de relatoria também do Ministro Dias Toffoli, e que foi ajuizada pela Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, CNC, que trata, salvo melhor juízo, exatamente do mesmo tema que está sendo ventilado neste processo.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

E aqui, Senhor Presidente, eu até peço licença para ler o pedido formulado nessa ADPF 248, aliás subscrita pelo atual Ministro, então Advogado, Ministro Barroso, que tem o seguinte teor: Primeiro: seja conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 168, I, do Código Tributário Nacional, Lei "número tal", a fim de se definir que o prazo prescricional. Primeiro, leio aqui o que diz o art. 168, I do Código Tributário:

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

Aí vêm as distintas hipóteses, e aí é que se pede uma interpretação conforme. Mas, nessa ADPF, pede-se, então, essa interpretação conforme para definir o prazo prescricional para:

1) a repetição de tributo declarado inconstitucional por este egrégio Supremo Tribunal Federal deve ser contada a partir da declaração dessa invalidade por esta egrégia Corte; ou

2) por eventualidade, determinar que a nova redação do STJ quanto ao prazo prescricional para a repetição do tributo declarado inconstitucional pelo STF seja firmada, nos embargos de divergência, no RESP 435.835, de Santa Catarina, somente possa ser aplicada às demandas iniciadas depois de 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, sob pena de violação aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança e aos direitos de acesso à Justiça, enfim, e de ação".

Bem, eu observo, é praxe nesta Suprema Corte que os processos subjetivos que discutam as mesmas questões que são objetos de processos subjetivos, como este no caso, sejam sobrestados para aguardar-se o julgamento final dos processos objetivos.



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Então, Senhor Presidente, salvo melhor juízo - o Ministro Dias Toffoli poderá nos esclarecer melhor do que eu o fiz, com base apenas nos documentos que revisei -, essa ADPF a qual fiz referência, de número 248, trata exatamente das mesmas questões de fundo que são discutidas nesse RESP, que é o objeto deste agravo que está sob julgamento.

Então, penso que esta matéria extremamente complexa, que permite, enfim, várias abordagens e várias perspectivas, seja primeiro julgada pelo Plenário maior de nossa Corte e, então, que se suspenda, enquanto isso, o julgamento desse agravo.

É como me pronuncio, Senhor Presidente, pela suspensão do julgamento desse agravo até o julgamento da ADPF 248.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE)** - A rigor, Vossa Excelência traduz uma questão que não adentra, necessariamente, ao provimento ou não provimento do agravo interno que está aqui em debate. O eminente Ministro Dias Toffoli é o Relator da ADPF. Nós poderíamos, eventualmente, ouvi-lo e também o Relator desse recurso interno ou prosseguir, nesse julgamento, colhendo o voto do eminente Ministro Celso de Mello.

Indago a Vossa Excelência se Vossa Excelência deseja destacar essa questão para que seja apreciada, porque, se ela não for acolhida, aí, eu indagaria se Vossa Excelência iria votar no recurso específico.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Se não for acolhida, vou pedir vista, porque, depois desses votos magníficos, eu preciso trazer um voto, evidentemente, mais substancial.

Eu estava me preparando, com base nos memoriais que recebi, para sugerir exatamente que se aguarde o julgamento da ADPF 248, mas, se esse não for o entendimento deste egrégio plenário da Segunda Turma, eu vou pedir vista para trazer um voto mais circunstanciado.

**O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: CANCELADO.**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

O Ministro **Gilmar** em primeiro lugar, que é o Relator do caso apregoadado.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****VOTO S/ PROPOSTA**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Na verdade, Presidente, diante da demora que marca os nossos processos, e este caso inclusive, até disse que, do ponto de vista de justiça material, estou confortável com a decisão eventual trazida pelo Ministro Dias Toffoli. Só queria fazer o reparo, tendo em vista a estrutura dogmática da questão dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

O marco teórico.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É, o marco teórico. Entendo inclusive esse argumento, considerando que de fato havia essa jurisprudência, em dado momento, reputo equivocada por parte do STJ, mas existia.

Tenho a impressão de que suspender esse processo é uma crueldade enorme com as partes, porque estamos falando de fatos que remontam a um instituto tributário que também já desapareceu - o Ministro Dias Toffoli estava aqui me relatando, Vossa Excelência também conhece dessa questão aí dessa cota do café. De modo que eu, na verdade, só por isso, entendia a proposta do Ministro.

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

O quanto isso sacrificou a cafeicultura brasileira ao longo da história, desde o chamado 'confisco cambial' da época de Getúlio, que financiou a industrialização do país.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Direitos de cunho material, que já esperaram até agora...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Em suma, eu só queria poder ter colocado esse debate, nesse plano, mas não me oponho. Eu encaminharia no sentido de votar a matéria e dar um desate.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO**

**VOTO S/ PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Senhor Presidente, vou pedir vênias ao Ministro **Ricardo Lewandowski**, até como Relator da ADPF - eu ainda não tenho posicionamento nem sei se é o caso de se dar seguimento ou de, realmente, se conhecer dessa ADPF por circunstâncias outras. Então, isso é uma questão que ainda estou a definir.

Por outro lado, devo lembrar a Vossas Excelências que tenho, por exemplo, ações diretas de inconstitucionalidade já liberadas para pauta há mais de sete anos, as quais, em razão do congestionamento da pauta, nós não julgamos. E aqui nós estamos falando de tributos que foram recolhidos em 1987/1988.

Por isso, vou pedir vênias ao Ministro **Ricardo Lewandowski** e sugerir que tenhamos a continuidade desse julgamento - obviamente, com a possibilidade de haver pedido de vista, ou seja, não significa continuar o julgamento obrigatoriamente hoje -, voto para que não se sobreste para aguardar a ADPF.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Com a devida vênia, o argumento que mais me sensibiliza, mas não me convence, é o argumento do Ministro Dias Toffoli. Sua Excelência diz que ainda não decidiu sobre a admissibilidade da ADPF 248, mas se trouxe para julgamento este RE, reconhecendo que há conteúdo, há densidade constitucional suficiente para ela ser apreciada pelo Plenário, pelo menos, da Segunda Turma, não vejo por que essa ADPF não haveria de prosperar em uma análise posterior de Sua Excelência.

Também imagino que Sua Excelência, se entender aqui que esse assunto é relevante, e como tudo indica, se for mantida a praxe e Sua Excelência ser guindado ao posto mais alto desta Suprema Corte - e desde já conta com, se não com o meu voto, porque não posso antecipá-lo, mas com a minha integral simpatia -, eu tenho certeza que Vossa Excelência, dada a importância da matéria, no prazo máximo de três meses, estará pautando este tema para debate no Pleno.

Portanto, por essas razões, respeitando a praxe desta Corte que foi sempre condicionar o julgamento de um processo subjetivo a um processo de natureza objetiva, em que a matéria pode ser discutida com mais amplitude e verticalidade, eu peço vênia para manter a proposta de sobrestar este julgamento.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO**

**VOTO S/ PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE)** - Eu já depreendo que se formou maioria no sentido de prosseguirmos no julgamento. Peço vênias a maioria que se formou, *in medio virtus*, acredito que a proposição do Ministro Lewandowski traz um caminho que dá primazia ao controle abstrato, em relação ao desate dos nós que advêm desses julgamentos intersubjetivos e submetidos a este Colegiado, que, ao fim e ao cabo, tem a sua vocação central, pelo menos num plano ideal, no controle de constitucionalidade e no controle abstrato.

Portanto, eu acompanho Sua Excelência.



24/04/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO**

**RELATOR** : **MIN. GILMAR MENDES**  
**REDATOR DO** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**ACÓRDÃO**  
**AGTE.(S)** : **TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR**  
**ADV.(A/S)** : **FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES**  
**RODRIGUES**  
**AGDO.(A/S)** : **UNIÃO**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

**VISTA**

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Eu peço  
vênia ao douto Colegiado, dada a complexidade da questão, para pedir  
vista. Eu o trarei o mais rapidamente possível.



**SEGUNDA TURMA**

**EXTRATO DE ATA**

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 951.533**

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

AGTE.(S) : TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

ADV.(A/S) : FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES RODRIGUES (29025/DF,  
147325/RJ)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, que negava provimento ao agravo regimental e, tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majorava em 10% o valor da verba honorária fixada, observados os limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo, pediu vista o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.3.2018.

**Decisão:** A Turma, por maioria, afastou a prejudicial incidental proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski no sentido de suspender o julgamento do feito até a apreciação da ADPF 248 pelo Plenário desta Corte, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski e o Presidente. Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Relator, que negava provimento ao agravo regimental e do voto do Ministro Dias Toffoli, que dava provimento, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 24.4.2018.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

p/ Ravana Siqueira  
Secretária



12/06/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****VOTO  
(VISTA)**

O Senhor Ministro **Ricardo Lewandowski**: Bem examinados os autos, verifico, inicialmente, que o agravo interposto contra decisão que inadmitiu o recurso extraordinário manejado em face do acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 805.804/ES, funda-se basicamente em três teses, a saber: **a)** o início do prazo prescricional da ação de repetição tributária deve ser a data da decisão em que o Supremo Tribunal Federal (STF) declarou a inconstitucionalidade do tributo; **b)** a alteração da jurisprudência do STJ e dos TRF's em matéria de prescrição tributária não pode retroagir para alcançar pretensões que não eram tidas por prescritas à época do ajuizamento da ação; e **c)** o Poder Judiciário não pode deixar de aplicar lei superveniente ao julgamento nas instâncias ordinárias, que reconheça direito do contribuinte.

O eminente Relator, Ministro Gilmar Mendes, ao negar seguimento ao agravo, consignou, em resumo, que, a despeito de o STF ter assentado a não recepção da cota de contribuição do café pela vigente Constituição da República, tal decisão não aproveitaria ao recorrente, uma vez que os pagamentos objeto da repetição ocorreram antes da nova ordem constitucional. Referiu, ainda, que o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência da prescrição da pretensão de repetição do indébito com base no conjunto probatório constante dos autos e em legislação infraconstitucional (Código Tributário Nacional). Por tal razão, entendeu que, além de não haver ofensa direta à Constituição, a análise da questão demandaria revolvimento do acervo fático-probatório, incidindo na espécie o óbice da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

No presente agravo, Sua Excelência, em resumo, além de reafirmar tais entendimentos, destacou que não há direito absoluto à manutenção de jurisprudência a obrigar o Poder Judiciário a manter seus posicionamentos estáveis *ad eternum*, sobretudo quando não sedimentados em súmula ou proferidos sob a sistemática dos recursos repetitivos, concluindo pela negativa de provimento ao regimental.

Na sequência, o Ministro Dias Toffoli apresentou voto-vista divergente, no qual, em suma, invoca a proteção ao princípio da segurança jurídica e reconhece a impossibilidade de aplicar-se ao caso em tela a orientação jurisprudencial do STJ que estabeleceu novo termo inicial do prazo prescricional, na medida em que a ação de repetição do indébito do ora recorrente já estava em curso quando da publicação do acórdão modificador daquele posicionamento anterior (EREsp 435.835/SC), sem que fosse necessário revolvimento do conjunto fático e probatório para acolher-se essa tese, veiculada no extraordinário. Votou, assim, pelo provimento do regimental, a fim de conhecer-se do primeiro agravo e dar-se provimento ao extraordinário.

Em seguida, superada a proposta de suspensão do julgamento desse agravo até decisão do Pleno na ADPF 248, em que, segundo penso, discutem-se as mesmas questões de fundo trazidas no recurso extraordinário do ora recorrente, pedi vista dos autos para melhor refletir sobre a matéria.

Pois bem, após analisar detidamente a questão, entendo, respeitosamente, assistir razão à divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli, porquanto, além de o exame do presente caso, de fato, prescindir da análise fático-probatória, bastando a verificação dos prazos e datas incontroversos nos autos, tenho que a posição de Sua Excelência está mais alinhada aos precedentes desta Suprema Corte e de acordo com posicionamentos que já externei a respeito da matéria em casos análogos.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Como é cediço, 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, em razão da 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.

Outrossim, para os casos em que o tributo for declarado inconstitucional, seja em controle concentrado ou difuso, **o STJ possuiá 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 ADIn no Supremo Tribunal Federal ou da resolução do Senado Federal.**

Porém, ao julgar os Embargos de Divergência no REsp 435.835/SC

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

(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 decorrido os 5 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



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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 presente caso.

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 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”. (*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*

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

*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 [...] (*Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª 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 ao devir histórico.

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.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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* à tal decisão. Veja-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*



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

*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

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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.



**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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, tal como já apontado pelo Ministro Dias Toffoli, 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 v.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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,

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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.

Veja-se, pois, excertos do voto do e. 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

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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’.

Penso que a mesma diretriz deve ser aplicada em relação

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

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”.

Fixadas tais premissas, constato, na hipótese, que a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, no julgamento da Apelação Cível 1999.02.01.048391-6/RJ, adotando exatamente aquela orientação então consolidada no STJ no sentido de que o termo inicial da contagem do prazo prescricional da ação de repetição de indébito deve ser a data da declaração de inconstitucionalidade, pelo Excelso Pretório, da norma que tornava obrigatória a exação, afastou a preliminar de prescrição.

Na sequência, aquele Regional adentrou à análise do mérito para, adotando como fundamento a tese explicitada pelo Ministro Ilmar Galvão no RE 191.044/SP, concluir que o Decreto-lei 2.295/1986, desde sua edição, afigurara-se em desconformidade com a Emenda Constitucional 1/1969, razão por que os recolhimentos efetivamente realizados a título de cota de contribuição nas exportações de café, comprovados nos autos, deveriam ser restituídos.

Ademais, tal como mencionado pelo recorrente, verifico que a aludida cota de contribuição nas exportações de café foi declarada inconstitucional por este Supremo Tribunal no julgamento do RE 408.830/ES, em sessão realizada em 15.4.2004, acórdão publicado no

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Diário Oficial em 4.6.2004.

Destarte, em que pese o substancial voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, cuja tese aplica-se, indiscutivelmente, a casos em que se pretenda a reinterpretação de norma infraconstitucional ou mesmo a reavaliação fático-probatória, 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, com as mais respeitadas vênias ao eminente Ministro Relator, acompanho *in totum* a divergência inaugurada pelo Ministro Dias Toffoli e voto pelo provimento do presente regimental, a fim de conhecer do agravo e dar provimento ao recurso extraordinário, restabelecendo-se o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

É como voto.



12/06/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Senhor Presidente, eminente Ministro-Vistor, a matéria é tão complexa que Vossa Excelência já traz o segundo voto-vista, porque o Ministro Dias Toffoli, originariamente, já houvera pedido vista. Vossa Excelência está acompanhando agora a divergência...

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE E RELATOR)** – Exatamente. Eu peço até excusas por não ter distribuído antecipadamente o meu voto. É que eu não pretendia lê-lo nesta ocasião, mas, tendo em conta a presença dos eminentes advogados, que pediram preferência, e muitos vêm de fora do Distrito Federal, eu então ousei ler este meu voto, que é complexo, e o tema realmente é intrincado, sem antes dar conhecimento do seu conteúdo a Vossas Excelências. Vossa Excelência está com a palavra!

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Muito obrigado! Eu reitero que o voto de Vossa Excelência brinda esse Colegiado e a comunidade jurídica com a contribuição que traz ao desate desta matéria, que é precisamente definir, em tema de prescrição tributária, o assim denominado *dies a quo*, vale dizer, o termo inicial do fluir do lapso temporal que venha a ser apto a sancionar aquele que, pela sua inércia, não tenha deduzido em juízo pretensão juridicamente agasalhada pela ordem jurídica, e, assim, buscado o devido reparo ou sancionamento.

O voto que foi originariamente proferido, o voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, trouxe à colação dois temas que não são de fácil superação, sem embargo da extrema relevância da tutela jurídica de índole constitucional do princípio da segurança jurídica, no qual está embutida a confiança depositada pelo jurisdicionado.

O que o Ministro Gilmar Mendes trouxe, e, em meu modo de ver, emerge como relevante e substancial, primeiro é a superação da

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

compreensão - que tradicionalmente se tem - que matéria prescricional verte um tema de índole infraconstitucional. Portanto, aqui, temos o primeiro degrau a fazer um certo contraste com a importância de um princípio constitucional, o da segurança jurídica, cuja vinculação normativa seria apta a transladar para um debate de índole constitucional uma matéria que, em si, seria infraconstitucional, porque o tema da prescrição, exceto casos de imprescritibilidade, do ponto de vista da fixação de lapsos temporais, é matéria dotada de infraconstitucionalidade.

Esse seria o primeiro desafio: O princípio da segurança jurídica, por assim dizer, legitimamente catapultar esse debate da infraconstitucionalidade à dimensão constitucional pela presença da violação ao postulado da confiança. Então, este é o primeiro viés que evidencia a complexidade do tema.

O segundo diz respeito - também é um outro aspecto que chama a atenção, e Vossa Excelência feriu, bem como o eminente Ministro Dias Toffoli deduziu reflexões sobre o tema - à pretensão que se tem, coberta por uma determinada jurisprudência, e, pelo nome, seria pleonasma dizer remansosa ou pacífica, porque a jurisprudência que seja digna desse nome não se resumiria a determinados precedentes, seria mesmo a reiteração consolidada e estável de um conjunto de precedentes a formar uma direção que seja apta a gerar confiança e, portanto, a chamar para si um dever de segurança.

A questão está em saber se tem o jurisdicionado um direito subjetivo à proteção da sua esfera jurídica à luz de uma jurisprudência que venha a ser alterada, porque, na hipótese concreta, o eventual paradoxo - não chega a ser uma contradição, mas o paradoxo que poderia emergir - é considerar-se precisamente que a presunção de constitucionalidade da norma foi mantida até o julgamento da sua inconstitucionalidade. E, portanto, se contar-se um determinado termo inicial, antes desse julgamento da inconstitucionalidade, o que se faria era impor ao jurisdicionado a necessidade de promover uma ação de repetição de indébito, ainda antes do indébito, com o perdão de pleonasma, ser

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

considerado indevido, porque não havia pronunciamento de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Sem dúvida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Essa é a rotina das causas tributárias, *urb et orbi*, no sistema brasileiro. A toda hora, temos essas ações típicas: ações declaratórias, de situação de não devedor, com pedido de declaração de inconstitucionalidade incidente da norma impositiva. Isso é o que ocorre. E curioso.

A rigor, não estou dando grande valor ao caso em si, mas só mesmo ao debate, porque a gente poderia passar a noite discutindo, e é o meu fascínio. Kelsen, por exemplo, no modelo austríaco, concebeu inicialmente - isso é largamente ensinado nas escolas - o modelo da declaração de inconstitucionalidade *ex nunc* ou pró-futuro até. Depois, ele se viu às voltas com a vida prática. Ele era, ao mesmo tempo, um filósofo, mas um homem, também, com senso de responsabilidade. E Kelsen trabalhava com uma ideia muito curiosa, porque ele dizia que quem argui a inconstitucionalidade é um advogado da Constituição, ele está cumprindo um *múnus público* - usaríamos a expressão -, porque, de fato, ele trabalha no interesse de todos, tanto daqueles que estavam legitimados para o controle abstrato, como daqueles que suscitasse a questão no caso concreto. Aí ele disse: "Esse sujeito que suscitou a questão constitucional e que, portanto, permitiu ao juiz ou ao Tribunal levar a questão à Corte Constitucional, no controle concreto, está equiparado, por exemplo, para fins tributários, àquele que nada fez", porque o que vai acontecer com a declaração de inconstitucionalidade? Cessa a outra atividade.

Portanto, a lei tributária, no caso, não mais se aplica, a lei inconstitucional, mas ele disse: "Ele não se beneficia". Então, Kelsen disse: "Vamos abrir uma exceção para os casos em que, de fato, esse sujeito prestou um serviço, ele que suscitou, arcou com os riscos da demanda". Logo, é essa questão que se coloca.

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

No nosso caso, portanto, não fazia sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Porque, de fato, tem que ser mesmo do momento em que nasce o direito.

Quando nasce o direito para impugnar a lei inconstitucional? No momento em que ela surge. Isso faz parte do nosso modelo difuso. Em matéria tributária, essa é a rotina. Os italianos dizem *fatta la legge, trovato l'inganno*. Aqui se diz: feita a lei, argui-se a inconstitucionalidade.

Em matéria tributária, essa questão se coloca de maneira bastante clara. É do momento em que ela se torna impositiva. Então, esse é um ponto importante.

É claro que - e tem razão aí o argumento de segurança jurídica - essa era uma jurisprudência consolidada do STJ, o tal "cinco mais cinco", e, por isso, a Procuradoria da Fazenda teve que lançar mão daquilo que os americanos chamam de uma técnica de modificação da decisão do STJ via lei e fez a lei complementar. Por quê? Porque, assim, o tema viria ao Supremo. O que o Supremo disse? Que era constitucional a lei.

Agora, a rigor, se formos olhar - e chamei a atenção quando discutimos esse tema na sessão passada -, é uma coisa bastante elementar, isso aprendemos trabalhando a questão da nulidade: Uma coisa é a nulidade no plano normativo, outra, no plano do ato concreto. Essa é a questão. Então, uma lei é feita. Se ela for inconstitucional, é nula, *ipso iure*. Diziam os americanos, a partir de Colley e outros, *unconstitutional law is not law at all*.

Agora, o que acontece com o ato concreto? O ato concreto é regulado pelas fórmulas de preclusão, tanto é que, veja, a sentença transitou em julgado e não é mais suscetível de impugnação com base em uma lei inconstitucional. Não se faz mais nada, ela vai ser executada.

Existe até um caso clássico aqui da jurisprudência do Tribunal, Relator Ministro Moreira Alves, em que ele disse: "Não venham com embargos à execução tentar impugnar uma sentença com base numa lei inconstitucional, porque ela não é um instrumento". Agora, temos a disposição do 741, que alterou essa concepção, portanto, criou um elemento de rescisão. O que acontece? Esse ato se aperfeiçoa, ele não é

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

mais suscetível de impugnação. O que se vai fazer? Não se vai fazer nada.

É interessante, porque é o legislador que faz a fórmula de preclusão, se o prazo é mais longo, tem-se mais tempo para impugnar. Agora, isso também é uma realidade binária. No caso da relação com o Fisco, vale para o Fisco e vale para o contribuinte.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - É uma via de mão dupla.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É uma via de mão dupla, não é algo que privilegia um ou privilegia outro, na verdade, é esse o modelo. Então é preciso que vejamos essa questão nesta perspectiva. Pode-se dizer que a fórmula de preclusão é um tipo de interruptor, esse ato não é mais suscetível de revisão.

Imaginem os Senhores que, depois de 20 anos, se descubra que uma dada lei - e isso acontece entre nós, frequentemente - é inconstitucional. O que acontece? As pessoas que entraram com ação desde o momento inicial da lei vão lograr êxito, vão poder repetir o indébito, desde o primeiro dia, se é que têm algo para repetir.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - No caso concreto, a demanda foi proposta, pelo que inclusive a parte notícia, em torno de nove meses após a declaração de inconstitucionalidade.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Pois é, mas, no caso específico, estou dizendo do momento em que eventualmente houve a imposição tributária.

Agora vamos imaginar aqueles que não foram a Juízo, no nosso modelo, e não fizeram nada em relação àquilo, não arguíram eles próprios aquela situação, eles pagaram, não questionaram, não entraram com a ação; assunto *tollitur quaestio*, assunto encerrado, não podem mais repetir. E o modelo o quer assim. Por quê? Porque é a ideia de segurança jurídica, aqui, decorrente da consolidação da fórmula de preclusão. Esse ato não é mais suscetível de impugnação. E isso fala em favor do quê? De um modelo equilibrado.

Vamos sair do exemplo do controle incidental, vamos para o controle abstrato, a mesma coisa. Se, depois de 20 anos, declararmos a

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

inconstitucionalidade de uma lei tributária - para ficarmos no exemplo, mas isso poderia se estender a outra -, o que vai acontecer? E os casos concretos? O Estado vai ter que devolver 20 anos de tributos que foram pagos? Não. As situações que se consolidaram no tempo e que não foram impugnadas especificamente não serão mais repetíveis, porque só se volta nos 5 anos, só se reabre naquele período que estiver ainda suscetível. Então, a fórmula de preclusão é que dá a métrica.

Qual é a retroação? Em princípio, no discurso do direito natural, do modelo americano, *the unconstitutional law is not law at all*. Portanto é um ato juridicamente inexistente. Na prática, não é assim, o ato concreto é suscetível de revisão e de consolidação no tempo. Isso acontece todo dia, não fosse assim, o sistema estaria de pé quebrado.

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN** - Vossa Excelência me permite? Eu já ia adiantar, e vou me colocar de acordo com Vossa Excelência, que é o Relator originário, pedindo vênias à divergência.

A rigor, do ponto de vista dessa compreensão, ou se homenageia eventualmente a jurisprudência que se formou no STJ, mas aí se desprestigia o comando normativo, em face do qual derivou uma imposição tributária, e o ato concreto, do qual derivou uma exação, que, evidentemente, se impugnado a tempo e modo, gerará uma pretensão albergada.

Agora, após a declaração de inconstitucionalidade, nós teríamos, pelo menos do ponto de vista simbólico - já que foi mencionado pelo Ministro Gilmar o grande jurista austríaco Hans Kelsen -, uma eventual luta entre o Kelsen da teoria da justiça e o Kelsen da teoria pura, que é uma luta aparente, porque, ao fim e ao cabo, a vigência normativa em abstrato da norma que venha a ser declarada inconstitucional implica mesmo numa nulidade, apenas recepcionada em abstrato quando há as possibilidades que a própria legislação permite de modulação. E, aqui, ainda que isso tenha sido ferido, inclusive, no voto do Ministro Dias Toffoli, fazendo uma reflexão sobre uma necessidade de extinguir, no caso concreto, o caso com o tema da modulação, mas tenho dificuldade em também imaginar que não se trata de segurança jurídica o

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

reconhecimento deste tema que faz, ao fim e ao cabo, colocar em primeiro lugar o comando normativo. Eu não sei se Vossa Excelência concluiu.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Só queria chamar a atenção para essa necessidade de que se faça essa explicitação. Porém, entendo o debate que se travou e a iniciativa da lei complementar e claro, teve a decisão do Supremo considerando que havia uma questão de segurança jurídica por parte do STJ, mas a mim, parece-me que a questão aqui da prescrição tem a ver com esse aspecto da própria delimitação, que dizer, o momento é de fato o momento da configuração da inconstitucionalidade, e não o momento da declaração de inconstitucionalidade.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - E só arrematando, Senhor Presidente e eminentes Pares, eu volto ao começo da declaração de voto reconhecendo a complexidade da matéria e a excelência, como sói acontecer, dos argumentos de Vossa Excelência e do eminente Ministro Dias Toffoli. Reconheço a possibilidade de remeter a uma seara de debate Constitucional a incidência normativa do princípio da segurança jurídica.

Nada obstante, nessa circunstância, parece-me que a segurança jurídica aqui também é uma moeda de dupla face, porque há um sistema normativo em relação ao qual também se deposita confiança e a ordem normativa gera para a norma vigente, até que a sua inconstitucionalidade seja declarada, uma presunção de constitucionalidade.

Por isso, pedindo vênias à divergência, estou acompanhando o Relator e negando provimento ao agravo regimental.



12/06/2018

SEGUNDA TURMA

**SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO  
951.533 ESPÍRITO SANTO****OBSERVAÇÃO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Presidente, durante os debates, manifestei-me a respeito de uma questão relevante, uma questão metajurídica do mundo real. E o Ministro **Gilmar Mendes** atuou, no Palácio do Planalto, assim como eu e o Ministro **Celso de Mello**, na assessoria jurídica da Presidência da República. Tenho certeza que todos nós - o Ministro **Celso** mais anteriormente, depois o Ministro **Gilmar** e eu mais recentemente - nos deparamos com aquela avassaladora sanha da Fazenda ao criar tributos e, muitas vezes, sem respaldo Constitucional. Porque, ao fim e ao cabo, alguma coisa, ou a maior parte, acaba ficando com a Fazenda, pois nem tudo é reclamado...

Não é nenhum argumento, pois já está proclamado o julgamento, mas essa realidade também exige mensagens do Poder Judiciário a respeito de não se fazer tributos incompatíveis com a Constituição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - O nosso sistema, diferentemente até de outros, na linha do que Vossa Excelência já destacou, permite que cada cidadão, ou o próprio lesado, vá à justiça. Por isso faz sentido essa referência de que, desde o fato inicial gerador da inconstitucionalidade, haja a eventual impugnação. Não dará repetição de indébito, mas cessa a aplicação da lei, a ultratividade. Portanto, ele não parará o tributo. Claro, o sistema, hoje, está muito mais aperfeiçoado com a existência das ações diretas, especialmente da ADI.

Por outro lado, também, não podemos nos esquecer que esse sistema é extremamente importante - sistema de nucleares situações já irrepetíveis, vamos chamar assim. E, aí, há uma questão curiosa, os sistemas constitucionais que não tinham modulação de efeitos passaram a tê-la por conta da questão fiscal. Imagine os Senhores?

Há um caso clássico. Garcia de Enterría - Juiz da Corte

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

Constitucional espanhola, Presidente da Corte Constitucional espanhola - até publicou isto na Revista de Direito Público. Um texto clássico, em que se dizia que houve um caso na Espanha em que se discutiu a constitucionalidade da lei do imposto de renda, mas como ampla possibilidade. Imagine o que significa simplesmente declarar a inconstitucionalidade, em qualquer país, da lei do imposto de renda? Então, ele disse: Num caso específico, ainda que fosse pontual, isso tinha uma grande repercussão. Então, dizia ele, a declaração de inconstitucionalidade prospectiva é um modelo que permite à Corte constitucional responsável exercer o seu papel e dizer que a norma não é compatível com a Constituição. Porque, do contrário - afirmava ele - a Corte responsável fingiria que não havia a inconstitucionalidade, não teria outra alternativa.

Do ponto de vista fiscal, o que acontece? E esse é um tema que nós negligenciamos. O que ocorre? Vamos pegar um tema que discutimos aqui - no qual me envolvi pessoalmente, funcionalmente - que é o caso do FGTS. Nós declaramos a inconstitucionalidade de determinados critérios de correção do FGTS - à época, eu era Advogado-Geral da União. O que aconteceu? A União teve que fazer a provisão daqueles recursos. E o que ela fez? Fez uma lei complementar que elevou a contribuição do FGTS. Está aí até hoje, não se consegue rever. Quer dizer, mais tributo, nesse caso seccionado, para pagar. De fato, um pouco essa a alternativa. Por quê? De vez em quando, ouvimos, por exemplo no Plenário, o Ministro Marco Aurélio dizer: "Ah, mas isso é o caso de enriquecimento ilícito". Em um Estado fiscal, não há alternativa. Nós sabemos que não tem sobra, não é? E o Estado aplicou mal o recurso? Esse é um debate que transcende ao nosso papel. Melhoremos o sistema, claro! Contudo, não há recursos para fazer, face a isto. Então, a devolução de recursos já investidos faz com que o Estado lance mão daquilo que é mais ou menos obvio: Fará novo tributo.

Por isso que, em todos os sistemas em que não havia a modulação de efeitos, ela veio pela via tributária. Devido a isso que o professor Ives também tem horror ao art. 27, ele critica fortemente o art. 27, porque na

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

visão dele haveria um abuso por parte do tribunal, além da fórmula de preclusão, o tribunal certamente diria: Não! O tributo foi declarado inconstitucional, mas só para o futuro. O professor Ives sempre foi muito crítico da modulação de efeitos, na perspectiva do tributarista, que também enfrenta essa questão das múltiplas inconstitucionalidades e tudo mais, mas ele faz todo o sentido, porque, de fato, é a alternativa que resta ao Estado. "Ah! Agora tem que devolver em massa." Imagina o que é devolver cinco anos de um tributo, repetir cinco anos de um tributo, com base em uma ADI. Isso tem um reflexo enorme. O que vai acontecer em geral?

**O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

Geralmente, o que se faz? Ressalvam-se as ações em curso.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Claro, evidente! Temos feito a ressalva das ações em curso. Estou dizendo que, inevitavelmente, o Estado lançará mão do tributo, do aumento da carga tributária. Por exemplo, o caso do ICMS, na base de cálculo do PIS/COFINS, que era uma técnica. Nós declaramos inconstitucional. Alguém tem dúvida de que aquilo será respondido com o aumento da alíquota do PIS/COFINS? Quer dizer, se eu reduzi a base de cálculo, é isso que ocorre na prática, porque ninguém pode dizer que estão sobrando recursos nos cofres da seguridade social. Então, veja, haverá devolução massiva, aquele decote que se vai fazer da base de cálculo. Estou pegando um exemplo. É um pouco essa a realidade.

Já estou enriquecido pelo debate. Penso ser extremamente importante. E tem razão, de fato houve essa jurisprudência do STJ, e nós, de qualquer forma, não validamos, mas acho que é importante a questão da segurança jurídica.

Agora, é fundamental que haja esse fusível, esse interruptor, para que atos, mesmo inconstitucionais, que não foram questionados, subsistam. E isso se faz - o Ministro Celso disse com toda razão - em nome da segurança jurídica mesmo, esse ato não vai mais ser suscetível de discussão. Mas, em matéria tributária, o tema é extremamente sensível, porque, de um lado, há os direitos fundamentais do contribuinte que têm

**ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES**

de ser respeitados, agora, não temos outra alternativa, é o Estado fiscal. O que é o Estado fiscal? Aquele que vive substancialmente de tributos, não vive de outros recursos, ele não tem recursos de juros, não tem recursos de capital, não tem indústria, em princípio. É essa a questão. Por isso, um autor alemão diz, com muita elegância, que o Estado tem que garantir a propriedade e o êxito da atividade profissional, o empreendedorismo, porque de alguma forma ele é sócio nessa atividade. Claro, porque só se tributa se houver êxito. Então é preciso que se perceba isso. No entanto, se não tivesse valido a pena por outras razões, este debate teria sido extremamente enriquecedor.

Agradeço.

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE)** - Realmente a discussão é muito instigante, mas eu lembraria a todos que nós estamos em sede de RE, temos que fazer justiça ao caso concreto, e creio que a decisão foi realmente no sentido da tão esperada justiça, como soem dizer os advogados.

**SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****SEGUNDO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 951.533**

PROCED. : ESPÍRITO SANTO

**RELATOR : MIN. GILMAR MENDES**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. DIAS TOFFOLI

AGTE.(S) : TRISTÃO COMPANHIA DE COMÉRCIO EXTERIOR

ADV.(A/S) : FELIPE MONNERAT SOLON DE PONTES RODRIGUES (29025/DF, 147325/RJ)

AGDO.(A/S) : UNIÃO

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

**Decisão:** Após o voto do Relator, que negava provimento ao agravo regimental e, tendo em vista o disposto no art. 85, § 11, do CPC, majorava em 10% o valor da verba honorária fixada, observados os limites previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo, pediu vista o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.3.2018.

**Decisão:** A Turma, por maioria, afastou a prejudicial incidental proposta pelo Ministro Ricardo Lewandowski no sentido de suspender o julgamento do feito até a apreciação da ADPF 248 pelo Plenário desta Corte, vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski e o Presidente. Prosseguindo no julgamento, após o voto do Ministro Relator, que negava provimento ao agravo regimental e do voto do Ministro Dias Toffoli, que dava provimento, pediu vista o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência do Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 24.4.2018.

**Decisão:** A Turma, por maioria, deu provimento ao agravo regimental, a fim de conhecer do agravo e dar provimento ao recurso extraordinário, restabelecendo-se o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, vencidos os Ministros Gilmar Mendes (Relator) e Edson Fachin. Redigirá o acórdão o Ministro Dias Toffoli. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. **2ª Turma**, 12.6.2018.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Edson Fachin.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Carlos Vilhena.

Ravena Siqueira  
Secretária