



Não há regra de transição para prescrição tributária, conforme lei

Em 18 de dezembro de 2009 foi publicado acórdão de decisão do Recurso Especial 1.002.932 no Superior Tribunal de Justiça. A 1ª Seção decidiu, em regime de Recurso Repetitivo, alguns pontos da Lei Complementar 118/2005. Tal lei diminuiu o prazo para os contribuintes recuperarem os valores tributários indevidamente pagos sob regime de “lançamento por homologação” ou “auto-lançamento”. Tal regime abrange praticamente todos os tributos.

O presente artigo trata de apenas um único tema deste vasto assunto. A tese sustentada aqui é uma só, a de que não existe regra de transição para prescrição, conforme a LC 118/05. Este tema é muito importante e inexplorado. E existem repercussões práticas imediatas caso os profissionais da área não tomem atitudes rápidas nos primeiros meses de 2010.

Até vigência da LC 118/05, a jurisprudência era no sentido de que, para os tributos de autolançamento (como IRPJ, Pis, Cofins, ICMS e ISS, por exemplo), o prazo para repetição do indébito era de cinco anos contados da homologação, e não do pagamento. Isso porque a extinção do crédito tributário ocorre com a homologação (quitação), não com mero pagamento. Nestes casos de autolançamento, a homologação normalmente acontecia de forma tácita, ou seja, passados cinco anos do pagamento em caso de inexistência de impugnação pelo ente público. Portanto, na prática, o contribuinte tinha dez anos para recuperar valores, ou seja, os cinco que o Fisco levava para promover a homologação tácita e mais cinco após esta. Tratava-se da famosa “tese dos 5 + 5”. Isto está nas centenas de precedentes que existem sobre o assunto.

No entanto, a LC 118/05 definiu, a título de interpretação do Código Tributário Nacional, que a extinção dos tributos de autolançamento se dá quando do pagamento, não quando da homologação. Portanto, o prazo para recuperação dos tributos pagos sob tal regime iniciaria a partir do pagamento de cada um, não de homologação a acontecer em até cinco anos. O propósito da lei foi reverter a interpretação “5 + 5” adotada pelos tribunais. Isso, inclusive, com efeitos retroativos. Daí a preocupação da nova lei em denominar-se “interpretativa”.

Após avanços e retrocessos, o STJ, por meio do referido recurso repetitivo Resp 1.002.932, decidiu que a LC 118/05 repercute apenas para os tributos pagos em sua vigência, ou seja, a partir de 2005. Os valores pagos anteriormente ainda se submetem à “tese dos 5 + 5”. Este ponto é importante e positivo.

No mesmo acórdão, o STJ confirmou que a regra do “5 + 5” vale para todos os valores pagos antes da vigência da LC 118/05, tanto para aqueles que já tinham processo em curso antes de tal vigência quanto aqueles sem questionamento judicial após publicação da nova lei. Este ponto também é importante e positivo.

O Resp 1.002.932, de 18 de dezembro, no entanto, decidiu que mesmo para os pagamentos feitos antes de 2005, o prazo máximo para pedido de recuperação é 9 de junho de 2010, ou seja, cinco anos contados da vigência da LC 118/05. Isto significa que o prazo para recuperação de valores indevidamente pagos em 2004 não é 2014 e sim 2010. Eis a ementa:



“Consectariamente, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002, segundo o qual: ‘Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.’).”

Aqui está o equívoco por parte do STJ. Este é o ponto central do presente texto.

A posição do penúltimo parágrafo foi inaugurada pelo voto do voto do Min. Teori Zavasky, em julgamento feito em 21 de novembro de 2005, no processo EREsp 644.736, ou seja, poucos meses após publicação da nova lei:

"Tratando-se de norma que reduz prazo de prescrição, cumpre observar, na sua aplicação, a regra clássica de direito intertemporal, afirmada na doutrina e na jurisprudência em situações dessa natureza: o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, salvo se a prescrição (ou, se for o caso, a decadência), iniciada na vigência da lei antiga, vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo. São precedentes do STF nesse sentido."

A ementa do mesmo processo 644.736, com julgamento sob regime de “recursos repetitivos”, manteve o incorreto entendimento (com nossos destaques):

"O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, LIMITADA, PORÉM, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova."

Vários julgamentos no STJ e em outros tribunais acolheram os maus primeiros passos dados no referido EREsp 644.736.

Entendemos que a posição dos parágrafos acima está errada por motivo muito simples: pela regra de “direito intertemporal” de limitação dos prazos antigos, a nova contagem iniciada nos termos e a partir de publicação de lei restritiva nova está, apenas, no artigo 2.028 do Código Civil de 2002 e sua interpretação dada pelos tribunais:

“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

PRAZO PRESCRICIONAL VINTENÁRIO DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. VIGÊNCIA DO NOVO CÓDIGO CIVIL. REGRA DE TRANSIÇÃO (ART. 2.028). PRESCRIÇÃO TRIENAL. ART. 206, § 3º, IX, DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

1. O prazo prescricional para propositura da ação de cobrança relacionada ao seguro obrigatório



(DPVAT) é de três anos.

2. Em observância da regra de transição do art. 2.028 do novo Código Civil, se, em 11.1.2003, já houver passado mais de dez anos, o prazo prescricional vintenário do art. 177 do Código Civil de 1916 continua a fluir até o seu término; porém, se naquela data, não houver transcorrido tempo superior a dez anos, inicia-se a contagem da prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, IX, do Código Civil de 2002. (STJ, AgRg no Ag 1133073/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 29/06/2009)

PRESCRIÇÃO. REGRA DE TRANSIÇÃO. MARCO INICIAL. ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES.

I – Aplicada a regra de transição do art. 2028 do Código Civil de 2002, o marco inicial de contagem é data em que entrou em vigor do novo Código. Precedentes do STJ. (STJ, AgRg no Ag 986.520/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 25/06/2009)

O principal problema da aplicação do art. 2.028 do CC/02 à LC 118/05 é que o Código Civil é lei ordinária e a Constituição Federal exige lei complementar para regular tanto prescrição quanto decadência para temas tributários (art. 146, III, “b”). Em razão disso, a Súmula Vinculante 8 do STF foi editada. Este é o argumento nuclear do presente artigo.

A verdade é que a “regra de transição” prevista em lei ordinária não pode gerar efeitos no ramo jurídico-tributário, que exige legislação complementar. Assim, não existindo transição, a norma a ser seguida é muito simples. Para os pagamentos feitos antes da LC 118, aplica-se tese dos “5 + 5”, inclusive com encerramento em 2013 do prazo para recuperação para pagamentos indevidamente feitos em 2003. Aos pagamentos feitos após vigência da LC 118, usa-se o prazo simples de cinco anos.

A solução dos dois parágrafos acima é tão simples que acreditamos que a posição agora sustentada pelos precedentes judiciais não passa de um acidente. De um lado, a tese anticontribuente foi inaugurada poucos meses após nova lei e, naquele processo 644.736, não foi adequadamente discutida. Isto pelo simples fato de que não era relevante, vez que o processo havia sido ajuizado antes de 2004.

Portanto, referida “tese” passou sem maiores debates. Representou, na melhor das hipóteses, um “obiter dictum” e não “ratio decidendi”. Em demais precedentes as ações também foram ajuizadas antes de 2005, razão pela qual a tese aqui atacada sequer deveria ter sido mencionada, dada sua irrelevância. De outro lado, uma vez montado o cenário das frases anteriores, houve mera repetição de precedentes sem adequada análise crítica.

O importante Recurso Especial 1.002.932 com que abrimos o presente artigo teve acórdão publicado em 18 de dezembro. Ainda é possível apresentação de Embargos de Declaração até início de fevereiro de 2010. A medida corretiva ajudaria a reverter entendimento que, incorretamente, ameaça milhões de contribuintes. Estes que poderiam ter até 2011, 2012, 2013, 2014 e 2015 para recuperar tributos e, se prevalecer o incorreto entendimento, terão apenas até junho de 2010.

Por fim, vale lembrar que o prazo para recuperação abrange prazos judiciais e também administrativos. A prevalecer a tese por nós sustentada, autocompensações e restituições administrativas (PER/DCOMP) poderão ser pleiteadas e realizadas com mais prazo. Isto é especialmente importante quando sabe-se que existem vários obstáculos que certamente impedirão a todos os contribuintes aproveitarem todos os seus



créditos nos poucos meses que faltam para o junho de 2010.

Date Created
28/01/2010