

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.

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

ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES

dois motivos: a) não existiria direito absoluto à manutenção de jurisprudência, “de sorte a obrigar o Estado-Juiz a manter seus 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 sentir, é análoga àquela enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal quando do 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

ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES

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 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

ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES

eficácia à iniciativa tempestiva tomada pelo seu titular nesse sentido, pois tal resta resguardado pela proteção à confiança.

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

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**.

ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES

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 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

ARE 951533 AGR-SEGUNDO / ES

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, dar-se provimento ao recurso extraordinário, a fim de se restabelecer o acórdão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Revisado