

GRANDES QUESTÕES ATUAIS DO DIREITO TRIBUTÁRIO

14º volume

Coordenador

VALDIR DE OLIVEIRA ROCHA

Autores

AURÉLIO PITANGA SEIXAS FILHO
BETINA TREIGER GRUPENMACHER
CLÉLIO CHIESA
EDVALDO BRITO
FERNANDO FACURY SCAFF
GABRIEL LACERDA TROIANELLI
GUILHERME CEZAROTI
HUGO DE BRITO MACHADO
HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO
IVES GANDRA DA SILVA MARTINS
JAMES MARINS
JOSÉ EDUARDO SOARES DE MELO
MARCIANO SEABRA DE GODOI
MARCOS VINICIUS NEDER
MARIA ISABEL TOSTES DA COSTA BUENO
PAULO AYRES BARRETO
PAULO ROBERTO LYRIO PIMENTA
RAQUEL CAVALCANTI RAMOS MACHADO
ROBERTO FERRAZ
ROBERTO QUIROGA MOSQUERA
SACHA CALMON NAVARRO COËLHO
SERGIO ANDRÉ ROCHA



São Paulo - 2010

Biblioteca
RV&LC/MG

Crônica de um Julgamento Interrompido (RE 566.621): a Ousada Retroatividade da Lei Complementar 118, a “Delicada Convivência” entre o STF e o STJ e suas Consequências sobre a Segurança Jurídica

MARCIANO SEABRA DE GODOI

Mestre e Doutor em Direito Tributário. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Diretor do Instituto de Estudos Fiscais - IEFI. Advogado.



I. Introdução

Na sessão de 5 de maio de 2010, o plenário do STF iniciou o julgamento (RE 566.621) sobre a constitucionalidade do caráter retroativo da norma da LC 118/2005 que, de forma pretensamente interpretativa, determinou que o prazo de prescrição da ação de repetição do indébito tributário, no caso de tributos lançados por homologação (art. 168, I do CTN), é de cinco anos, a partir do pagamento antecipado pelo contribuinte.

Nos julgamentos dessa matéria, ocorridos no Tribunal Regional Federal da 4^a Região e no STJ, os magistrados foram unânimes em rechaçar o pretenso caráter interpretativo da norma, bem como em considerar inconstitucional sua pretensão de retroatividade. No plenário do STF, as opiniões se dividiram, e durante algumas horas, assistiu-se a uma acesa polêmica, ao cabo da qual o julgamento restou suspenso com o pedido de vista do Ministro Eros Grau, ainda não tendo sido retomado o julgamento.

O presente artigo constitui uma reconstrução das posições sustentadas de lado a lado na referida polêmica, bem como uma tentativa de reflexão crítica sobre os diversos argumentos jurídicos delineados nos votos proferidos pelos Ministros do STF na mencionada sessão plenária de 5 de maio. Insere-se o presente estudo na linha de pesquisa que vem sendo trilhada há algum tempo pelo autor, segundo a qual uma das mais valiosas funções da doutrina e da academia jurídica é investigar com rigor o processo de produção de normas jurídicas concretas por parte dos tribunais, contribuindo com sua re-

flexão crítica para que tal processo se aproxime cada vez mais do ideal de abertura, transparência e racionalidade discursiva que marca a concepção contemporânea do Direito democrático.

II. Os Dispositivos do CTN sobre o Prazo Prescricional da Ação de Repetição do Indébito Tributário. A Norma que Bem ou Mal o STJ construiu e consolidou na Jurisprudência de sua 1^a Seção

Como é sabido, foi-se o tempo em que o *coletor de impostos* ou o *fiscal de rendas* comparecia periodicamente à empresa, apurava os tributos devidos e entregava ao empresário a guia de pagamento para quitação na repartição fazendária. A legislação da maioria dos impostos e contribuições atualmente em vigor exige que o próprio sujeito passivo apure o valor do tributo devido e o recolha aos cofres públicos, sem qualquer manifestação prévia da Administração. O CTN, no *caput* do seu art. 150, chama tal regime de “lançamento por homologação”, que se perfaz pelo ato em que a autoridade administrativa, “tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado [antecipação do pagamento], expressamente a homologa”. Aduz o parágrafo 4º do referido art. 150 que o prazo para a homologação é de cinco anos a contar do fato gerador, e que após esse prazo opere-se a homologação tácita, considerando-se “definitivamente extinto” o crédito tributário, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

De outra parte, o art. 168, I, do CTN, determina que, no caso de haver cobrança ou pagamento a maior de tributo (por erro do contribuinte ou não), o prazo para pleitear a restituição do indébito é de cinco anos, contados “da data da extinção do crédito tributário”.

Pois bem. A aplicação do art. 168, I, do CTN aos casos de pagamento a maior de tributos com lançamento por homologação não parecia deixar dúvidas de que o prazo de 5 anos se inicia da data do *pagamento*, momento em que se dá a extinção do crédito tributário, prevista no art. 156, I do CTN. Mas a 1^a Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir de 1995¹, firmou o entendimento de que, nos tributos lançados por homologação, a extinção do crédito tributário que dá início ao prazo do art. 168, I somente ocorre com a homologação

¹ Vide o acórdão dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 42.720, 1^a Seção, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, publicado em 17.04.1995.

expressa ou tácita a ser exercida pelo Fisco nos termos do art. 150, parágrafo 4º do CTN. Ou seja, o STJ decidiu vincular o início do prazo do art. 168, I (prazo de prescrição para o contribuinte requerer a repetição do que pagou indevidamente ou *a maior*) ao término do prazo do art. 150, parágrafo 4º do CTN (prazo de decadência para o Fisco exigir de ofício do contribuinte o que esse teria deixado de recolher ou teria recolhido *a menor*).

Em nome de uma interpretação literal do confuso art. 150, parágrafo 4º (que dispõe que a *extinção definitiva* do crédito somente ocorre após o prazo decadencial de cinco anos), o STJ descuidou do caráter sistemático e teleológico que deve presidir toda e qualquer interpretação. Não se vê qualquer motivo para condicionar a fluência do prazo do art. 168, I - que parte do pressuposto de que houve recolhimento indevido ou *a maior* - à fluência do prazo do art. 150, parágrafo 4º do CTN, dentro do qual o Fisco poderá agir unicamente se tiver ocorrido recolhimento *a menor*.

Não há dúvida de que as expressões confusas utilizadas pelo art. 150, parágrafos 1º e 4º do CTN² objetivam simplesmente estabelecer um prazo para que o Fisco possa, por meio de um lançamento de ofício, exigir do contribuinte parcelas que deixaram de ser recolhidas nos termos do *caput* do mesmo dispositivo. Por isso tinha razão a doutrina que se opôs à linha de interpretação adotada pelo STJ. Alberto Xavier afirma, corretamente, que a fluência do prazo do art. 150, parágrafo 4º faz extinguir o poder-dever do Fisco de efetuar lançamento de ofício, e não o crédito tributário em si mesmo (que já fora extinto desde o pagamento). Ao dispor que o crédito tributário estaria “definitivamente extinto” ao cabo do prazo de cinco anos, o Código tem em mente a questão da *quitação* que se opera em favor do contribuinte³.

² Luciano Amaro identifica e critica com acuidade os deslizes e imprecisões desses dispositivos. O parágrafo 1º do art. 150, por exemplo, comete duas imprecisões. Em primeiro lugar, se refere à “homologação do lançamento”, quando o *caput* do artigo deixa claro que o que se homologa é o pagamento e não o lançamento. Em segundo lugar, o dispositivo promove uma desnecessária confusão conceitual ao caracterizar a homologação ulterior do Fisco como “condição resolutória” da extinção do crédito. Se se trata de condição resolutória da extinção (algo que resolve ou desconstitui a extinção), essa condição só poderia ser a não homologação (*Direito Tributário Brasileiro*, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 362-368).

³ Cfr. XAVIER, Alberto. “A Contagem dos Prazos no Lançamento por Homologação”. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 27. São Paulo: Dialética, 1997, p. 13. Eu-

Por outro lado, se o contribuinte logo após a “antecipação do pagamento” (pagamento sem prévia manifestação da Administração) evidentemente já pode pleitear uma eventual restituição do indébito, seguindo o princípio da *actio nata*, não faz sentido condicionar o início do prazo de prescrição do art. 168, I ao término do prazo de decadência previsto no parágrafo 4º do art. 150 do CTN.

De qualquer modo, o fato é que a jurisprudência do STJ se firmou e restou pacificada no sentido de que o prazo de cinco anos do art. 168, I do CTN somente flui, nos tributos lançados por homologação (e estes são a maioria dos impostos e contribuições atualmente em vigor), após o prazo de cinco anos contados da data do fato gerador (art. 150, parágrafo 4º do CTN). Ainda que se possa criticar a tese que ficou conhecida como dos *cinco mais cinco*, este entendimento correspondeu à interpretação oficial do órgão a quem cabe a última palavra em termos de interpretação do CTN, tendo em vista que a Constituição de 1988 outorga ao STJ a competência para uniformizar a interpretação da legislação federal, nos termos do seu art. 105, III.

III. A LC 118/2005: Provocação ao STJ com a Canhestra Caracterização do Diploma Legal como Mera Lei Interpretativa

O art. 3º da LC 118 dispôs que “para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”. O dispositivo utiliza uma expressão pouco comum na legislação: “para efeito de interpretação”. Isso mostra que o dispositivo foi adrede concebido para constituir aquilo que o art. 106, I do CTN

rico de Santi também se opõe ao entendimento do STJ, destacando o conteúdo ambíguo da expressão “pagamento antecipado” constante do *caput* do art. 150 do CTN: “Não podemos aceitar esta tese, primeiro porque *pagamento antecipado* não significa pagamento provisório à espera de seus efeitos, mas pagamento efetivo, realizado antes e independentemente de ato de lançamento.” Sua conclusão - com a qual nos alinharmos - é de que a partir do pagamento podem ser exercidos os direitos advindos desse ato, sendo portanto natural a fluência do prazo prescricional do art. 168, I (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Decadência e Prescrição no Direito Tributário*, 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2001, pp. 266-270).

denomina de lei “expressamente” interpretativa, que segundo o mesmo dispositivo, pode aplicar-se retroativamente⁴. Daí o art. 4º da LC 118 dispor que “esta lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional”.

O veículo formal escolhido para a tarefa se mostrou correto, pois somente no bojo de uma lei complementar pode-se introduzir eventual lei interpretativa do Código Tributário Nacional, o qual, quanto às matérias mencionadas no art. 146, III, *a* e *b*, da Constituição, possui *status* de lei complementar.

Mas o que vem a ser uma “lei expressamente interpretativa”? Uma lei que fixa ou elege *uma* dentre as possíveis interpretações que defluem do texto de uma lei recentemente editada. O legislador, percebendo que editou lei propiciadora de mais de uma interpretação possível, decide editar outra lei, fixando sem demora uma dentre as possíveis interpretações a que poderiam finalmente chegar os Tribunais; dessa forma, o legislador reduz a incerteza e a insegurança causadas pela primeira lei. O advérbio “expressamente” - utilizado no art. 106 do CTN - indica que a lei em questão deve indicar explicitamente seu propósito de interpretar lei anterior⁵. Trata-se, portanto, da “interpretação autêntica”, aquela realizada pelo próprio legislador por meio de ato legislativo em sentido formal, instituto muito antigo e bem conhecido e explicado pela doutrina brasileira⁶.

Em 1991, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 605 (acórdão publicado em 5.3.1993), o STF decidiu que o ordenamento constitucional brasileiro admite a possibilidade de edição de leis interpre-

tativas de caráter retroativo. O Relator, Ministro Celso de Mello, reconheceu em seu voto as inúmeras reservas doutrinárias opostas à figura aqui e no exterior, mas obtemperou que o fato de o Poder Judiciário ser o intérprete natural e soberano das leis não retira do Poder Legislativo a potestade de manifestar-se (em situações certamente excepcionais) sobre o alcance e a extensão das normas legais. Vale dizer, a admissibilidade de leis interpretativas pode conviver perfeitamente com o reconhecimento de que somente a interpretação jurisdicional tem o caráter de definitividade na concreta resolução dos litígios.

Portanto, admitir a validade do art. 106, I do CTN não significa reconhecer qualquer “imunidade” à lei interpretativa. Cabe ao Poder Judiciário - e somente a ele - decidir se o Poder Legislativo editou uma *verdadeira* lei interpretativa, e se a mesma poderá ou não se aplicar retroativamente.

No âmbito tributário, pense-se no seguinte exemplo. O legislador cria um novo tributo, e estabelece na lei de instituição dois regimes de apuração, arrolando as atividades econômicas sujeitas a um e a outro regime. Contudo, após alguns meses de vigência da lei, percebe-se que há uma *dúvida fundada* a respeito do enquadramento de uma dada atividade econômica, ou a respeito da extensão de um conceito indeterminado constante da lei originária⁷. Aplicando-se com rigor os diversos métodos de interpretação jurídica, ainda assim remanesceriam duas interpretações possíveis e razoáveis da lei instituidora da exação.

Se nada fizesse o legislador, os tribunais chegariam, ao cabo de vários anos, a uma solução. Mas até lá, instalar-se-ia certo grau de incerteza e insegurança. A solução da lei interpretativa se insere nesse contexto, sendo que o CTN teve o bom senso de reconhecer que, não obstante a lei interpretativa possa se aplicar retroativamente desde a edição da lei interpretada, resta vedada a imposição de sanções à infração dos dispositivos interpretados.

Mas o que fez o art. 3º da LC 118 foi *superar* ou *reverter* um entendimento já consolidado havia uma década no seio do tribunal

⁴ “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito: I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados; (...).”

⁵ Aliomar Baleeiro pondera que não há necessidade de a lei utilizar especificamente a expressão “expressamente interpretativa”, bastando que se reporte aos dispositivos interpretados e lhes defina o sentido e alcance (*Direito Tributário Brasileiro*, 11ª edição, atualizada por Misabel Abreu M. Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 670).

⁶ Vide, por exemplo, MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, pp. 87-95; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1, 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 134-150 e GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao Estudo do Direito*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 279-284.

⁷ No sentido de que a lei do art. 106, I seria apropriada para fixar um *conceito indeterminado* constante de lei anterior, cfr. ROCHA, Valdir de Oliveira. Arts. 101 a 106. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.), *Comentários ao Código Tributário Nacional*, São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 54-56.

responsável pela última palavra a respeito da interpretação do CTN. De forma oposta ao entendimento consolidado no STJ, o art. 3º da LC 118 determinou que a extinção do crédito que marca o início do prazo de cinco anos do art. 168, I “ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei”. E o art. 4º da LC 118 determinou que, na aplicação do art. 3º da mesma Lei, seria observado o disposto no art. 106, I, do CTN, ou seja, o caráter retroativo.

Ora, a lei interpretativa não se presta a que o legislador reverta ou supere com efeitos retroativos entendimentos já consolidados nos tribunais a quem compete, em linha de princípio, a interpretação dos dispositivos legais. Utilizada com esse viés, a lei interpretativa passa a ser um instrumento autoritário que abala a segurança jurídica e as estruturas do princípio da separação e harmonia entre os Poderes.

Não se nega a legitimidade de o legislador reverter determinada linha interpretativa dos tribunais. Portanto, nada impedia que a LC 118 alterasse o CTN e determinasse que o prazo para repetição do indébito tributário era de cinco anos do pagamento antecipado, e não de dez anos após o fato gerador. Mas essa iniciativa nunca poderia ter sido implementada buscando-se amparo no art. 106, I do CTN para operar retroativamente.

Se o CTN houvesse sido criado recentemente, e o artigo sobre prescrição da ação de repetição do indébito tributário fosse apontado como duvidoso e obscuro pela doutrina e pela jurisprudência das primeiras instâncias, poder-se-ia aceitar uma lei interpretativa que fixasse uma dentre as possíveis interpretações da norma anterior. Essa lei interpretativa seria - como qualquer outra - posta ao crivo do Poder Judiciário, e se se confirmasse o verdadeiro caráter interpretativo da norma, não haveria óbice a reconhecer sua aplicação retroativa.

O caráter retroativo da lei mencionada no art. 106, I do CTN faz com que a mesma somente possa ser utilizada em situações excepcionais, nas quais a interpretação da lei originária ainda esteja nos primeiros passos. No caso da LC 118, o perverso propósito legislativo foi o de fazer desaparecerem, de inopino, diversos direitos creditórios pelos quais os contribuintes vinham lutando nas barras dos tribunais.

Mesmo tendo acionado a Administração ou o Judiciário no prazo de prescrição previsto pela lei, tal como interpretada pacificamente

pelo Tribunal a quem competia dar a última palavra sobre o tema, os contribuintes se viram *atropelados* pela nova lei. Ora, como se viu antes, a lei interpretativa é prevista no CTN como uma figura a favor da segurança jurídica, e não como o seu alvoz.

Não há como deixar de notar a ousada provocação que o legislador complementar dirigiu ao STJ: determinou-se fosse aplicada retroativamente, portanto a todos os processos em curso, uma norma que revertia um entendimento há muito consolidado no seio da jurisprudência do tribunal. Essa provocação sofreu forte reação por parte dos Ministros do STJ, como se verá no tópico seguinte.

IV. A Reação Enérgica e Unânime dos Ministros do STJ

Como se viu acima, os artifícies da LC 118 poderiam haver se contentado com uma interpretação autêntica com vistas somente ao futuro. Bastaria alterar o Código de forma a somente registrar que a contagem do prazo prescricional da repetição do indébito se conta a partir do pagamento, sem qualquer relação com o prazo do art. 150, parágrafo 4º. Mas os artifícies da LC 118 engendraram verdadeira fraude à lei, buscando acomodar-se artificiosamente no pressuposto de fato do art. 106, I do CTN, para assim determinarem a aplicação retroativa do dispositivo pretensamente interpretado, buscando com isso frustrar o recebimento de valores que pelo mérito deveriam ser resarcidos pelo Fisco aos contribuintes.

Alguns dias após a publicação da LC 118 (9 de fevereiro de 2005), a Procuradoria da Fazenda Nacional defendeu da tribuna, no julgamento do EREsp 327.043 (julgado em sessões nos meses de fevereiro a abril de 2005, com acórdão publicado em 11.5.2009), que o novo dispositivo legal deveria ser aplicado ao caso em julgamento, em que o contribuinte ingressara em juízo naturalmente muitos anos antes da edição da LC 118. A reação do Relator, Ministro João Otávio de Noronha, foi enérgica. Depois de indicar que “a interpretação dos cinco mais cinco já estava pacificada há quinze anos ou algo próximo disso” e que “cidadãos optaram, evidentemente, por essa interpretação da Corte que tem a missão constitucional de dar a última palavra”, o Ministro foi ao ponto: “surge, então, uma lei que nos diz: agora vocês que interpretaram a norma, a interpretaram errado, e eu quero que vocês interpretarem a partir dos cinco anos do fato gerador”. O Ministro recusou a interpretação retroativa, e observou: “não me parece razoável dar um cheque em branco para o Executi-

vo e ao Legislativo para conjuntamente ditarem as regras de interpretação ao Poder Judiciário". Também é significativo o seguinte excerto: "se a cada instante que o Poder Judiciário firmar uma interpretação que contrariar os interesses da Fazenda Nacional, os interesses do Estado Administrador, se editar uma norma interpretativa, o Estado de Direito será colocado à deriva, posto em xeque, neste País".

A indignação do Ministro Noronha no julgamento do EREsp 327.043 foi compartilhada por outros Ministros: o Ministro Franciulli Neto usou a expressão "interferência indevida no Judiciário"; o Ministro Castro Meira viu caráter "abusivo" no novo dispositivo legal; o Ministro Peçanha Martins afirmou que "em um regime democrático (...) não é salutar tentar mudar o entendimento jurisprudencial de uma Corte Superior sobre determinado vínculo tributário unicamente porque as normas tributárias estão sendo, quando aplicadas, interpretadas em desfavor da pretensão do Fisco".

No julgamento deste EREsp 327.043, o Ministro Teori Zavascki proferiu voto primoroso, demonstrando o caráter não interpretativo da nova norma sobre o art. 168, I do CTN, e por isso mesmo a constitucionalidade da retroatividade pretendida pelo art. 4º da LC 118, por violação ao princípio da independência dos poderes e à segurança jurídica. Neste voto, o Ministro Teori Zavascki suscitou, a nosso ver corretamente, a necessidade de abrir incidente de constitucionalidade a ser julgado pela Corte Especial do STJ, mas restou vencido, tendo prevalecido na Seção o entendimento de não aplicar retroativamente o art. 3º da LC 118, mesmo sem proceder à declaração da constitucionalidade da parte final do seu art. 4º, que determina expressa e inequivocamente tal aplicação retroativa.

Essa postura, infelizmente comum no STJ, de se desviar completamente do comando de determinado dispositivo legal (no caso o art. 4º da LC 118) sem declará-lo constitucional, levou a Fazenda Nacional a interpor Recurso Extraordinário (no bojo do julgamento do EREsp 644.736), arguindo violação à reserva de plenário previsto no art. 97 da Constituição. Como era de se esperar, o STF deu provimento ao recurso (RE 486.888, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decisão monocrática publicada em 31.8.2006), determinando que o STJ realizasse novo julgamento nos termos do art. 97 da Constituição.

No julgamento do Incidente de Inconstitucionalidade ocorrido no STJ em 2007 (AI no EREsp 644.736, Relator Ministro Teori Za-

vascki, acórdão publicado em 27.8.2007), os 17 Ministros da Corte Especial que participaram do julgamento concordaram com a tese da inconstitucionalidade contida no voto do Relator. Os votos no Incidente de Inconstitucionalidade continuaram a reverberar o tom de indignação presente no julgamento ocorrido em 2005: o Ministro Peçanha Martins afirmou que o dispositivo que impôs a retroatividade "reflete comando autoritário do Executivo", e o Ministro Humberto Gomes de Barros fez menção a "verdades que estão começando a esmaecer-se dentro de nosso Estado de Direito, como a de que a lei é aquilo que o Judiciário diz".

V. A Tese da não Consolidação da Jurisprudência do STJ Sustentada pela Fazenda Nacional no Recurso Extraordinário 566.621

No RE 566.621, o acórdão recorrido é do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Nos mesmos moldes do decidido pelo STJ na Arguição de Inconstitucionalidade acima comentada, o TRF da 4ª Região também declarou a inconstitucionalidade da parte do art. 4º da LC 118, que determina - com a referência ao art. 106, I do CTN - a aplicação retroativa da norma do art. 3º da LC 118. Em seu Recurso Extraordinário, a União Federal defende a constitucionalidade da aplicação retroativa da LC 118, e requer a reforma do acórdão do TRF da 4ª Região.

Duas estratégias se colocavam como opções para a Procuradoria da Fazenda Nacional: o primeiro caminho seria o de admitir a realidade da consolidação jurisprudencial da tese dos cinco mais cinco, mas insistir na possibilidade de o legislador complementar corrigir retroativamente o *erro* do STJ, alegando que a aplicação do novo prazo aos processos em curso não configuraria lesão a coisa julgada, a ato jurídico perfeito ou a direito adquirido, restando portanto incólume o art. 5º, XXXVI da Constituição, dispositivo que definiria em todos os seus aspectos o princípio da segurança jurídica; o segundo caminho seria o de alegar que não havia entendimento consolidado ou uniformizado no STJ, e que, portanto, nada mais consentâneo à segurança jurídica que o legislador fornecesse uma interpretação autêntica a um tema controverso e duvidoso, restando incólume - com maior razão - o art. 5º, XXXVI da Constituição. A diferença básica entre a primeira e a segunda estratégia é que a primeira desafia claramente a capacidade técnica e a competência jurisdicional do

STJ, ao passo que a segunda estratégia busca evitar o confronto aberto com o referido tribunal.

Na sustentação oral realizada pela Procuradoria da Fazenda Nacional na sessão de julgamento do RE 566.621, adotou-se a segunda estratégia. Negou-se que houvesse jurisprudência consolidada no STJ a respeito da tese dos cinco mais cinco; afirmou-se que a jurisprudência era “contraditória”, que havia entendimentos díspares e “em choque”. Buscando dar realismo a tal afirmação, aduziu-se que a Fazenda Nacional nunca deixara de interpor recursos buscando a reversão do entendimento dos cinco mais cinco e a prevalência da tese dos cinco anos contados do pagamento.

É completamente inverídica essa premissa da não existência de jurisprudência consolidada no STJ, à época da edição da LC 118, em favor da tese dos cinco mais cinco. Desde o ano de 1995, a tese do prazo de cinco anos a partir do pagamento (tese contida no art. 3º da LC 118) vinha sendo francamente rechaçada pela 1ª Seção do STJ⁸. O que permaneceu controverso até março de 2004, quando terminou o julgamento do EREsp 435.835 (acórdão publicado em 4.6.2007, Relator o Ministro José Delgado), foi a possibilidade de o prazo dos cinco mais cinco não ser aplicado quando a causa do indébito fosse a constitucionalidade de ato normativo, hipótese na qual seria aplicável o prazo de cinco anos a partir da declaração de constitucionalidade do ato normativo. No julgamento do EREsp 435.835, finalizado um ano antes da edição da LC 118, afastou-se expressamente a hipótese de aplicação do prazo de cinco anos a partir da declaração de constitucionalidade, prevalecendo em todo e qualquer caso o prazo dos cinco mais cinco.

Na verdade, em milhares de recursos de Embargos de Divergência em Recurso Especial, em que a Fazenda Nacional requeria a prevalência do prazo de cinco anos a partir do pagamento em detrimento do prazo de dez anos a partir do fato gerador, a União vinha sucumbindo, por força da já demonstrada pacificação jurisprudencial.

⁸ Há esparsos e episódicos acórdãos em que uma das duas Turmas da 1ª Seção deixa de aplicar a tese dos cinco mais cinco no caso específico de repetição de indébito proveniente de retenções na fonte de imposto de renda - pessoa física, como ocorreu no caso do REsp 250.204 (2ª Turma, Relator Ministro Franciulli Neto, acórdão publicado em 11.9.2000) e do REsp 291.309 (2ª Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, acórdão publicado em 6.4.2002). Contudo, em embargos de divergência esses entendimentos eram reformados, prevalecendo a tese dos cinco mais cinco.

A Lei Complementar 118 constituiu assim uma lamentável tentativa de, com a edição de uma lei pretensamente “interpretativa”, obrigar o STJ a reverter essas sucumbências. Com efeito, a partir da edição da LC 118, a União passou a defender em seus recursos especiais e embargos de divergência ainda em curso⁹ que já não era mais o caso de verificar qual era a linha jurisprudencial prevalecente, que o caso era puro e simplesmente de aplicar retroativamente o art. 4º da LC 118, que teria tratado de “dissipar as dúvidas e apaziguar a questão”.

Mas já se viu que não havia dúvidas a dissipar nem questão a apaziguar. Havia sim um problema de caixa a resolver: como estancar o fluxo de condenações à restituição de indébitos tributários oriundos da tese dos cinco mais cinco. A solução legislativa engendrada, claramente desafiadora e provocadora em relação ao STJ, foi unânime e prontamente rechaçada por este Tribunal. Já no STF, instalou-se intensa polêmica, como se verá a seguir.

VI. O Surpreendente Disenso Aberto entre os Ministros do STF, demonstrando a cada vez mais “Delicada Convivência” entre o STF e o STJ

Como se viu acima, nenhum dos Ministros do STJ ou do TRF da 4ª Região que votaram nas Arguições de Inconstitucionalidade admitiu a aplicação retroativa do art. 4º da LC 118. Mais do que isso: no STJ foi geral o clima de consternação contra o que se considerou um grave desrespeito ao Tribunal, bastando lembrar a afirmativa do Ministro Franciulli Neto (STJ) de que não podia concordar com que “queiram nos introduzir isso goela abaixo” (EREsp 327.043, DJ 11.5.2009).

Diante desse quadro, não se esperava que no STF a tese da constitucionalidade do caráter retroativo do art. 4º da LC 118 fosse angariar apoios. Mas angariou o apoio de nada menos do que quatro dos nove ministros que até o presente momento votaram no julgamento do RE 566.621. Tampouco se esperava que o STJ fosse tão criticado no voto dos Ministros que apoiaram o caráter retroativo da medida legislativa. Mas assim se deu: se no julgamento ocorrido no STJ o Executivo esteve todo o tempo na berlinda, no julgamento em curso no STF é o STJ que vem ocupando essa posição incômoda.

⁹ Vide acórdãos da AI nos EREsp 644.736 e do REsp 770.858, em ambos Relator o Ministro Teori Zavascki, publicados respectivamente em 27.8.2007 e 3.4.2006.

Vejamos os principais argumentos das duas correntes que se formaram no plenário do STF.

A corrente liderada pelo substancioso voto da Ministra Ellen Gracie, Relatora, adotou uma linha de raciocínio que nos parece rigorosamente correta. Em primeiro lugar, asseverou-se que a interpretação autêntica e as leis interpretativas são válidas, mas absolutamente excepcionais em nosso ordenamento jurídico. Em segundo lugar, reconheceu-se que cabe ao STJ a uniformização da interpretação da legislação federal, e que, à época da edição da LC 118, sua jurisprudência estava consolidada no sentido da tese dos cinco mais cinco, não podendo portanto ser tida como *interpretativa* - e sim como *inovadora* - a norma do art. 3º da LC 118.

Até aí, o voto da Ministra Ellen Gracie em muito se parecia com o voto do Ministro Teori Zavascki, dado três anos antes no STJ. O ponto em que o voto da Ministra Ellen Gracie aduziu novos e excelentes argumentos em prol da inconstitucionalidade do art. 4º foi aquele relativo à necessidade de interpretar o princípio constitucional da segurança jurídica fora da literalidade do art. 5º, XXXVI da Constituição. Não obstante a retroatividade da LC 118 não viole qualquer coisa julgada, direito adquirido (não há direito adquirido a determinado regime jurídico ou a determinado prazo processual) ou ato jurídico perfeito, há que se reconhecer que a segurança jurídica seria mera retórica vazia se consentisse que o legislador fulminasse retroativamente, pelo vício da prescrição, pretensões ajuizadas conforme o prazo então em vigor nos termos de mansa e pacífica jurisprudência do tribunal, a quem cabe a última palavra sobre o referido prazo. A Ministra Ellen Gracie andou muito bem ao afirmar que a proteção da confiança no tráfego jurídico é aspecto essencial do direito fundamental do acesso à justiça, e que a retroatividade da LC 118 age no sentido de frustrar as legítimas expectativas dos jurisdicionados que ajuizaram suas pretensões nos termos da legislação e jurisprudência então em vigor.

O voto da Relatora, portanto, negou provimento ao Recurso Extraordinário da União, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da LC 118, e determinou a aplicação do novo prazo de prescrição - 5 anos após o pagamento - somente às ações ajuizadas após a *vacatio legis* de 120 dias, prevista na própria LC 118. Acompanharam o voto da Ministra Ellen Gracie os Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Celso de Mello e Cezar Peluso. Na

condição de Presidente da Corte, o Ministro Peluso foi muito feliz em insistir e enfatizar que não se trata de o STF julgar o mérito ou o acerto da tese dos cinco mais cinco, contrastando-o com a tese dos cinco anos a partir do pagamento; trata-se, isto sim, de constatar que o STJ, como órgão constitucional competente para a uniformização da interpretação do Direito federal, bem ou mal derivou dos dispositivos do CTN a norma dos cinco mais cinco, norma que, após sua consolidação na jurisprudência do STJ, a LC 118 modificou.

A corrente em sentido contrário, aceitando a constitucionalidade do efeito retroativo da LC 118, foi liderada pelo voto do Ministro Marco Aurélio, proferido logo após o voto da Relatora. Apesar de o Procurador da Fazenda haver defendido da tribuna - contra a clara realidade dos fatos - que não havia entendimento consolidado no STJ no sentido do prazo dos cinco mais cinco, o voto do Ministro Marco Aurélio reconhece que havia sim jurisprudência consolidada no STJ. Reconhece mais: que a LC 118 foi uma forma de o Executivo afastar do cenário jurídico a jurisprudência do STJ, “não interpondo em si um recurso”, mas sim “buscando a solução no Congresso Nacional”. O Ministro Marco Aurélio admite o caráter retroativo da LC 118 como uma forma de corrigir o erro interpretativo que, influenciado pela “inteligência” dos “criativos advogados tributaristas” - e aqui a ironia fez-se explícita, o STJ perpetrhou quanto à interpretação da legislação federal. O voto do Ministro Marco Aurélio é dedicado a interpretar o CTN e demonstrar que o prazo de prescrição do indébito tributário seria de cinco anos do pagamento, atacando fortemente o mérito da tese dos cinco mais cinco adotada pelo STJ. Segundo ele, o STJ adotou “jurisprudência equivocada”, que teria sido corretamente afastada pela LC 118.

É curioso notar como a ótica do Ministro Marco Aurélio sobre a relação entre norma jurídica e jurisprudência é completamente distinta da concepção manifestada pela Relatora e pelo Ministro Cezar Peluso. Para o Ministro Marco Aurélio, é como se a norma contida no art. 168, I do CTN nada tivesse a ver com a jurisprudência consolidada no STJ sobre o referido dispositivo. O STJ é que teria se afastado da norma do CTN, com uma interpretação, digamos, *contra legem*, expressão não utilizada no voto do Ministro. Como a LC 118 simplesmente repetiu a norma por assim dizer *verdadeira* que por décadas restou violada pela jurisprudência do STJ, ter-se-ia sim um

preceito meramente interpretativo, cuja aplicação retroativa seria permitida.

Os votos dos Ministros Dias Toffoli, Cármem Lúcia e Gilmar Mendes aderiram ao voto do Ministro Marco Aurélio. A Ministra Cármem Lúcia acatou o argumento da Fazenda Nacional de que não haveria consolidação da jurisprudência do STJ quando da edição da LC 118. O Ministro Dias Toffoli não se pronunciou sobre a questão de haver ou não jurisprudência consolidada no STJ, nem sobre a questão da interpretação do STJ quanto ao art. 168, I do CTN ser ou não equivocada: o Ministro simplesmente afirmou que a retroatividade da LC 118 não violava coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido, deixando sem exame e sem resposta os excelentes argumentos do voto da Ministra Relatora no sentido de que a proteção da segurança jurídica não se resume à literalidade do art. 5º, XXXVI da Constituição, e que a retroatividade da LC 118 frustrou a confiança dos jurisdicionados no tráfego jurídico e no pleno acesso à justiça.

VII. Os Votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes: Reprimenda ao STJ e Saudosismo em Relação à Época em que o STF também uniformizava a Interpretação da Legislação Infraconstitucional

O voto do Ministro Gilmar Mendes foi dos mais interessantes e provocadores. O Ministro iniciou seu voto ironicamente, afirmando que seria necessário verdadeiro “malabarismo jurídico”¹⁰ para se chegar à tese dos cinco mais cinco, adotada pela jurisprudência do STJ.

Logo no início do voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio o interrompeu para afirmar que a LC 118 teve o mérito de “trazer a matéria ao Supremo”, possibilitando que fosse o STF

¹⁰ Ainda que consideremos equivocada a tese dos cinco mais cinco, consideramos um exagero caracterizar essa tese como “malabarismo jurídico” - tal como afirmou o Ministro Gilmar Mendes, ou como fruto da “inteligência” dos “criativos advogados tributaristas” - tal como afirmou com ironia o Ministro Marco Aurélio. Basta considerar que vários doutrinadores brasileiros de nomeada consideram que a interpretação do STJ é correta e científica, como por exemplo COÊLHO, Sacha Calmon Návarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 842-843; e MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional - Volume III, Arts. 139 a 218*. São Paulo: Atlas, 2005, pp. 446-452.

e não o STJ o órgão responsável por dar a última palavra a respeito do prazo de prescrição. Com toda sua cultura jurídica, o Ministro Gilmar Mendes não teria como deixar de reconhecer que, segundo a “doutrina pacífica de hermenêutica”, a norma “também é a sua interpretação”, e a norma que o STJ “homogeneizou” em sua jurisprudência foi no sentido da tese do prazo dos cinco mais cinco. O Ministro Gilmar Mendes então afirmou que o entendimento do STJ sobre o prazo de prescrição levava a um “resultado desmedido ou desproporcional”, engendrando uma “inconstitucionalidade”, e que a “interpretação constitucional” sobre o prazo de prescrição para a ação de repetição do indébito seria exatamente a interpretação da LC 118. Mas como seria muito difícil a Fazenda conseguir que o STF conseguisse de recursos extraordinários contra o entendimento jurisprudencial do STJ, o Ministro Gilmar Mendes afirmou que a edição da LC 118 foi o meio eficaz de fazer alçar a matéria ao STF.

A nosso ver, o Ministro Gilmar Mendes não aduziu no seu voto qualquer argumento de peso no sentido de demonstrar por que seria “inconstitucional” ou “desproporcional” a tese dos cinco mais cinco consolidada no STJ. Para isso, não nos parecem relevantes os argumentos de política legislativa que o Ministro incluiu na discussão, segundo os quais o prazo de cinco anos seria mais do que “suficiente”, e que a ação de que se trata é de “repetição de indébito”, que tem “graves consequências para a própria higidez, solidez tributária”, devendo-se ter “responsabilidade fiscal” e evitar o risco de “abrir as veias tributárias para uma hemorragia”.

No voto do Ministro Gilmar Mendes, já se insinuara o conflito entre a competência do STF como guardião da Constituição e do STJ como uniformizador da interpretação da legislação federal. Mas a questão aflorou com toda intensidade nos debates que se seguiram ao voto do Ministro Celso de Mello, que acompanhou o voto da Relatora. Esses debates provocados pelos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes tiveram sabor de saudosismo da época em que o STF uniformizava a interpretação da legislação federal. Os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes lembraram que, quando o STF detinha essa competência, a interpretação da Corte sempre fora no sentido de que o prazo era de cinco anos a partir do pagamento, e que “se nós pudéssemos sem essa lei [LC 118] interpretar o Código Tributário Nacional, a nossa conclusão seria única: cinco anos a partir do pagamento indevido”. O Ministro Marco Aurélio reconheceu as-

sim que, por vias indiretas, o que a LC 118 e sua retroatividade vieram a permitir foi que, em sede de Recurso Extraordinário, o STF voltasse a dar a última palavra sobre a interpretação do CTN.

Nesses debates, o Ministro Gilmar Mendes fez menção ao que chamou de “delicada convivência” entre o STF e o STJ. Temos para nós que o raciocínio que o Ministro Gilmar Mendes pareceu aprovar em seu voto contribui para tornar ainda mais *delicada* essa convivência. O Ministro reconheceu que o STF não admitiria um recurso extraordinário da União contra um acórdão do STJ simplesmente interpretando o CTN no sentido da tese dos cinco mais cinco. Mas se o Ministro assume que a jurisprudência do STJ era “homogênea” e que não haveria possibilidade de alçar ao crivo do STF, por meio de um recurso extraordinário, essa interpretação do STJ sobre o CTN, como pôde o Ministro aceitar a estratégia de se editar uma lei pretensamente interpretativa para que, no recurso extraordinário versando sobre a constitucionalidade de seus efeitos retroativos, o STF tomasse para si a tarefa de interpretar a legislação federal?

Após as intervenções dos Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio, que em seus votos admitiram expressamente que a edição da LC 118 permitia ao STF avançar sobre uma seara jurisdicional que em princípio caberia ao STJ, o Ministro Celso de Mello lembrou os prognósticos pessimistas que o Ministro Oscar Corrêa formulara, tão logo promulgada a Constituição de 1988, a respeito das relações entre o STF e o STJ no que diz respeito a competências interpretativas. Segundo o Ministro Oscar Corrêa, a “guerra entre as cortes” constitucional e de cassação italiane tendia a se repetir no contexto brasileiro. Seguindo no mote bélico levantado pelo Ministro Celso de Mello, parece-nos que os votos dos Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes nada têm de *pacifistas*, pois placitaram o que eles mesmos enxergaram como um subterfúgio para tentar fazer chegar ao crivo do STF uma questão que pelas vias normais seria julgada de forma definitiva pelo STJ.

VIII. Análise Específica de Algumas Questões Contidas nos Votos dos Ministros

1. Relação entre texto ou dispositivo legal, jurisprudência e norma jurídica

Nos votos dos Ministros Ellen Gracie e Cezar Peluso, assim como no voto que o Ministro Teori Zavascki produziu no STJ, fica

explicitada a premissa teórica - que nos parece correta - de que a norma jurídica não se confunde com o texto ou o enunciado legal; norma jurídica é o sentido do texto ou dispositivo legal, sentido que ao longo do tempo, sob o influxo da doutrina, da academia e outros fatores, vai se consolidando ou cristalizando na jurisprudência. Se houvesse votado no RE 566.621, o Ministro Eros Grau provavelmente teria corroborado essa visão, pois é exatamente isso o que sua obra doutrinária defende, como se pode ver pelo seguinte excerto¹¹:

“Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos linguísticos escritos em um enunciado normativo. O produto do ato de interpretar, portanto, é o significado atribuído ao enunciado ou texto (preceito, disposição). (...) O significado (isto é, a norma) é o resultado da tarefa interpretativa. (...) Por isso as normas resultam da interpretação, e podemos dizer que elas, enquanto disposições, nada dizem - elas dizem o que os intérpretes dizem que elas dizem (...).”

Foi exatamente essa premissa teórica que permitiu aos referidos Ministros constatarem que a LC 118 buscava não *interpretar*, mas sim *alterar* uma norma preexistente, a norma dos cinco mais cinco, que o STJ derivara, ao longo dos anos, dos enunciados normativos do CTN.

No voto do Ministro Marco Aurélio, a premissa é bem outra. No pensamento do Ministro, é como se a norma fosse o sentido *verdadeiro* de determinado enunciado; caso a jurisprudência fixe um sentido distinto daquele sentido *verdadeiro*, a norma fica, por assim dizer, num limbo, e a jurisprudência o que faz é divulgar um *equívoco*, mas não uma *norma* propriamente dita. Por isso o Ministro Marco Aurélio pôde afirmar ao mesmo tempo que (a) a norma do art. 3º da LC 118 alterou a jurisprudência consolidada no STJ sobre o prazo de prescrição da ação de indébito tributário, e (b) a norma do art. 3º em nada inovou pois na *verdade* essa norma vigorava desde a edição do CTN, nada obstante o fato de a jurisprudência do STJ tê-la ignorado por toda a última década.

Parece-nos que a premissa teórica do Ministro Marco Aurélio não se sustenta. Não há uma instância ideal capaz de atestar de modo absoluto se determinada compreensão normativa cristalizada na ju-

¹¹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, pp. 78-80.

risprudência é ou não *verdadeira* ou *cientificamente correta*. Ainda que criticável sob diversos aspectos, a compreensão normativa cristalizada na jurisprudência é sim a norma jurídica em vigor. Com o passar do tempo, só ocorrer que outra compreensão normativa vá se cristalizando na jurisprudência, não obstante permaneça inalterado o texto ou dispositivo legal. Esse movimento deve ser visto como um movimento de alteração das normas jurídicas ao longo do tempo, e não como um movimento pelo qual uma *pseudonorma* (posto que errônea ou não verdadeira) é sucedida por uma *autêntica* norma jurídica.

No caso concreto ora em questão, a norma jurídica que efetivamente vigorava quando da edição da LC 118 era aquela segundo a qual o prazo para ajuizar a ação de repetição do indébito era de 10 anos a partir do fato gerador (tese dos cinco mais cinco), visto que esse foi o sentido dos enunciados do CTN que se cristalizara no seio do tribunal a quem cabia e cabe a competência constitucional para uniformizar a legislação federal. O que os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes fizeram em seu voto foi negar reconhecimento à validade e efetividade de tal norma jurídica, sob o argumento de que se tratava de um entendimento “equivocado” (Ministro Marco Aurélio), “inconstitucional” (Ministro Gilmar Mendes) do STJ. Ao Ministro Marco Aurélio cabe indagar: mas compete ao legislador corrigir retroativamente equívocos do STJ quanto à interpretação da legislação federal, ficando nas mãos do STF decidir se realmente se trata ou não de um equívoco? Ao Ministro Gilmar Mendes cabe indagar: qual dispositivo da Constituição teria sido violado com a interpretação do CTN dada pelo STJ? Se em seu voto é reconhecido que não caberia interposição de recurso extraordinário contra os acórdãos do STJ que aplicaram referida tese na interpretação do direito infra-constitucional, como admitir que por vias indiretas o STF possa *corrigir* o entendimento do STJ, aceitando a retroatividade da LC 118?

2. Distinção entre o julgamento em curso sobre a constitucionalidade da retroatividade da LC 118 e o julgamento pelo STF da isenção da Cofins para as sociedades civis de profissão regulamentada (REs 377.457 e 381.964)

Na parte do voto do Ministro Gilmar Mendes em que se faz referência à “delicada relação entre o STF e o STJ”, mencionou-se o julgamento em que o STF reverteu o entendimento do STJ acerca da

revogação da isenção da Cofins para as sociedades civis de profissão regulamentada.

É certo que a reversão do entendimento do STJ (Súmula 276 - “As sociedades civis de prestação de serviços profissionais são isentas da Cofins, irrelevante o regime tributário adotado”) pelo STF foi vista por muitos - a nosso ver sem razão - como uma quebra do princípio da segurança jurídica¹². Nesse caso da Cofins, o STF agiu (REs 377.457 e 381.964, acórdãos publicados respectivamente em 19.12.2008 e 13.3.2009) estritamente no âmbito de suas atribuições jurisdicionais, conhecendo e negando provimento a recursos extraordinários em que o contribuinte requeria a inconstitucionalidade - não reconhecida nos acórdãos recorridos - do art. 56 da Lei 9.430/96, que revogara isenção anteriormente concedida pelo art. 6º da LC 70/91.

O STJ é que agira em desconformidade com o art. 97 da Constituição¹³, ao recusar aplicação ao art. 56 da Lei 9.430/96 sem declarar sua inconstitucionalidade, principalmente porque a recusa do STJ em aplicar o dispositivo partia da premissa de existência de superioridade hierárquica das leis complementares sobre as leis ordinárias, um tema eminentemente constitucional sobre o qual a jurisprudência do STF - negadora de tal superioridade - é antiga, de sabença geral e oposta ao entendimento que o STJ viera a aplicar ao caso.

Pode-se dizer o seguinte sobre a relação entre os dois casos. No caso da isenção da Cofins, o STJ avançou sobre matéria constitucional sem seguir o trâmite processual para tanto necessário (art. 97 da Constituição), contrariando jurisprudência consolidada no STF sobre o mérito da matéria (dispositivos de lei complementar somente em sentido formal podem ser alterados por lei ordinária superveniente); portanto, era mais do que provável que o STF viesse a marcar posição contrária ao decidido pelo STJ. No caso da LC 118, o STJ uniformizou a interpretação de um tema da legislação federal; o legis-

¹² Sobre nossa opinião acerca dessa questão, cfr. GODOI, Marciano Seabra de. “O Consequencialismo Jurídico e as Modulações dos Efeitos das Decisões do STF”. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário* - 13º Vol. São Paulo: Dialética, 2009, pp. 313-314.

¹³ Essa violação do art. 97 da Constituição praticada pelo STF foi reconhecida pelo STF em diversos acórdãos, como no AI AgR 615.686, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado em 30.11.2007.

lador complementar (conduzido pela mão do Executivo federal) buscou alterar tal interpretação e aplicar a novel interpretação sobre todas as ações em curso; e agora cabe ao STF decidir sobre a constitucionalidade dessa pretensão retroativa do legislador. A nosso ver, caso consinta com tal retroatividade e enxergue simples conteúdo interpretativo na medida legal, o STF estará desrespeitando a competência do STJ prevista no art. 105, III da Constituição, arvorando-se no direito de examinar se o STJ interpreta corretamente a legislação federal.

3. Considerações contidas no voto da Ministra Ellen Gracie sobre o acórdão do STJ que julgou a arguição de constitucionalidade do art. 4º da LC 118

O substancioso voto da Ministra Ellen Gracie demonstrou com muita propriedade que de fato havia, à época da edição da LC 118, entendimento consolidado no STJ sobre o prazo de prescrição previsto no art. 168, I do CTN, que não cabe ao STF apreciar se tal entendimento era ou não o mais correto, e sim constatar que ocorreu uniformização da interpretação da legislação federal em determinado sentido normativo pelo órgão jurisdicional competente, que a norma da LC 118 alterou esse sentido normativo e que portanto não poderia ser aplicada retroativamente, sob pena de menoscabo do princípio da segurança jurídica, princípio que não se restringe à observância do art. 5º, XXXVI da Constituição e está umbilicalmente ligado ao acesso à justiça e à proteção das legítimas expectativas dos jurisdicionados com relação ao tráfego jurídico.

Contudo, cabe tecer alguns reparos sobre determinados aspectos do voto da Relatora. A Ministra Ellen Gracie afirmou que o acórdão do STJ na Arguição de Inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118 (AI no EREsp 644.736, Corte Especial, Relator Teori Zavascki, acórdão publicado em 27.8.2007), ao afirmar que o mencionado dispositivo atentara contra o princípio da autonomia e independência dos Poderes, estaria em contradição com o decidido pelo STF na Medida Cautelar na ADI 605 (Relator Ministro Celso de Mello, acórdão publicado em 5.3.1993). Não nos parece seja assim, como explicamos a seguir.

A Ministra Ellen Gracie afirmou que discordava da assertiva do STJ de que houvera violação à independência dos Poderes porque estaria dentro da competência do legislador alterar ou reduzir prazos

de decadência, mesmo que alterando entendimentos jurisprudenciais consolidados. Ocorre que o STJ viu violação da independência dos Poderes não no fato de se ter editado uma lei para alterar entendimento consolidado nos tribunais: a inconstitucionalidade apontada pelo STJ estava no fato de a lei determinar caráter retroativo a tal reversão de entendimento jurisprudencial, daí a inconstitucionalidade ter sido declarada em relação à parte final do art. 4º da LC 118. E essa conclusão do STJ - lei que altera entendimento jurisprudencial consolidado não pode ser validamente aplicada retroativamente de modo a alcançar todos os processos em curso - em nada se choca com o decidido pelo STF no julgamento da MC na ADI 605, e em nada se choca com a fundamentação do voto da própria Ministra Ellen Gracie.

Após reconhecer a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da LC 118, a Ministra Ellen Gracie examinou a questão de a partir de quando deve ser aplicada a nova norma. Segundo a Ministra, a solução correta é aplicar-se o novo prazo (cinco anos do recolhimento indevido) aos processos ajuizados após a *vacatio legis* de 120 dias prevista na própria LC 118 (primeira parte do art. 4º), ao passo que a solução adotada pelo STJ, de aplicar-se ao caso o art. 2.028 do Código Civil, seria errônea, visto que essa regra é interna ao Código Civil e não do mesmo jaez das regras da Lei de Introdução ao Código Civil, que têm aplicação geral a todo o ordenamento jurídico.

Estamos de acordo com as críticas dirigidas pela Ministra à solução de aplicar ao caso o art. 2.028 do Código Civil. Ocorre que no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118 (AI no EREsp 644.736, acórdão publicado em 27.8.2007), a Corte Especial do STJ deliberou aplicar ao caso a solução constante do voto do Relator Ministro Teori Zavascki, que nada mencionou acerca da aplicação ao caso do art. 2.028 do Código Civil. O Ministro Zavascki defendeu a aplicação da regra clássica de direito intertemporal segundo a qual o termo inicial do novo prazo será a data da entrada em vigor da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga vier a se completar, seguindo o prazo antigo, em menos tempo. Exemplificando: em relação a um tributo lançado por homologação recolhido indevidamente em 2003, o termo final da prescrição recairia em 9 de junho de 2010 (cinco anos após a LC 118), e não em 2013 (tal como ocorreria na ausência da LC 118). Já em relação a um tributo recolhido indevidamente em 1998, o termo final da prescri-

ção seria em 2008 (seguindo a tese dos cinco mais cinco), não havendo que esperar cinco anos contados da entrada em vigor da LC 118.

A tese de direito intertemporal defendida pelo Ministro Zavascki e respaldada pela Corte Superior do STJ no acórdão referido¹⁴ nada tem a ver com uma aplicação analógica do art. 2.028 do Código Civil. Como exposto pelo próprio Ministro Zavascki, a solução tem amplo respaldo doutrinário e jurisprudencial (inclusive do STF¹⁵), e sua aplicação ao caso concreto do art. 4º da LC 118 a nosso ver resguarda a segurança jurídica em maior medida do que a solução adotada no voto da Ministra Ellen Gracie¹⁶.

IX. Conclusão: a Possível Declaração de Constitucionalidade da Retroatividade da LC 118 e suas Consequências sobre a Divisão de Competências Jurisdicionais entre o STF e o STJ e sobre a Segurança Jurídica e o Acesso à Justiça

Caso os dois votos faltantes se alinhem com a dissidência liderada pelo Ministro Marco Aurélio e o plenário do STF dê provimento ao recurso extraordinário da União e considere constitucional a parte final do art. 4º da LC 118, a primeira consequência negativa é que o STJ terá todos os motivos para se sentir, no mínimo, *desvalorizado* pelo STF. Com efeito, o STF terá consentido que o Legislativo, como sempre inspirado pelo Executivo em se tratando de matéria tributária, corrija *erros* do STJ com relação à interpretação da legislação federal, imprimindo efeitos retroativos a tal corrigenda. Pa-

rece natural que isso resulte numa cada vez mais “delicada convivência” entre os dois tribunais, pois terá prevalecido a interpretação do STF - e não a do STJ - sobre a norma contida no art. 168, I do CTN, um tema nitidamente infraconstitucional.

A segunda consequência, tão grave quanto a primeira, é que o STF terá dado ao princípio da segurança jurídica um conteúdo muito mais retórico do que efetivo ou útil. Se a segurança jurídica não é capaz de proteger o jurisdicionado que ajuizou sua ação dentro do prazo de prescrição consolidado na jurisprudência mansa e pacífica do tribunal competente vigorante à época do ajuizamento da ação; se a segurança jurídica consente que esse jurisdicionado tenha frustrada a confiança em que sua causa seria julgada conforme as normas de direito material vigentes à época do ajuizamento da ação, então o direito fundamental do acesso à justiça revela-se facilmente manipulável pelo legislador, e a segurança jurídica continuará a ser uma garantia muito mais presente no temário erudito de congressos de direito constitucional do que na realidade concreta do tráfego jurídico em que tomam parte os cidadãos brasileiros. Como bem ressaltou o voto da Ministra Ellen Gracie, há conteúdos do princípio da segurança jurídica que estão fora da literalidade do art. 5º, XXXVI da Constituição. O direito fundamental do acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV da mesma Constituição, restará seriamente fragilizado caso o STF decida que é dado ao legislador mudar entendimentos consolidados no STJ sobre temas de direito material previstos na legislação federal e aplicar o novo entendimento retroativamente, de forma a atingir - e no caso concreto *fulminar* - ações já ajuizadas quando da edição da lei modificadora.

¹⁴ Quando começou a discutir a matéria, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 327.043 (o julgamento terminou em 27 de abril de 2005), a 1ª Seção do STJ aplicou ao caso a solução proposta pela Ministra Ellen Gracie, de aplicar o novo prazo de prescrição às ações ajuizadas após 9 de junho de 2005, ou seja, após a *vacatio legis* de 120 dias prevista no art. 4º da LC 118. Nessa primeira aproximação ao problema, a posição do Ministro Teori Zavascki restou vencida; mas no julgamento do tema pela Corte Especial, a posição do Ministro Teori Zavascki restou acatada unanimemente.

¹⁵ Vide Recurso Extraordinário 98.698 (DJ 27.2.1981) e Ação Rescisória 905 (DJ 28.4.1978).

¹⁶ No voto do Ministro Celso de Mello, defendeu-se que o novo prazo (5 anos a partir do pagamento indevido) somente poderia ser aplicado a pagamentos indevidos efetuados após o início da vigência da LC 118. Essa solução também nos parece ser mais respeitosa à segurança jurídica do que a solução adotada pela Ministra Ellen Gracie. De todo modo, mesmo a solução da Ministra Ellen Gracie mostra-se bastante razoável, visto que a *vacatio legis* prevista na LC 118 - 120 dias - é bem dilatada.