
JURISPRUDÊNCIA

2012



Jurisprudência Comentada

A orientação jurisprudencial derradeira sobre a (in) constitucionalidade da Lei Complementar nº 118/2005 e o prazo prescricional para repetir tributos autolançados.

Fernando Merini¹

Recurso extraordinário nº 566.621/RS

EMENTA: “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

¹ Procurador do Estado do Paraná.

transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido”. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)

No recurso extraordinário nº 566.621/RS – de reconhecida *repercussão geral* – o Supremo Tribunal Federal apreciou, *incidenter tantum*, a constitucionalidade dos artigos 3º e 4º da Lei Complementar Federal nº 118/2005. Investigou se referido diploma *afirma* ou simplesmente *confirma* que o *pagamento antecipado*, e não a *homologação tácita*, é que inaugura o lustro prescricional² do direito de repetir o quanto pago, indevidamente, a título de tributo *lançado via homologação tácita*.³ Utilizou, como parâmetro, o princípio da *segurança jurídica*; descortinou a *eficácia temporal da norma*.

Não se objetiva discutir o acerto do acórdão. A questão está em esclarecer seu *conteúdo*, sua *importância* e sua *força*.

Primeiro, o *conteúdo* – não sem antes contextualizar toda a controvérsia.

² Há muita discussão sobre tratar-se de prazo *prescricional* ou *decadencial*. Será utilizado, sem maiores considerações, o termo *prescrição*, tal qual adotado pelo precedente em análise.

³ A controvérsia doutrinária e jurisprudencial aqui analisada circunscreve-se, perfeitamente, aos casos de *homologação tácita*, e não *expressa*.

Antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005, a doutrina dividia-se. O artigo 168, inciso I, Código Tributário Nacional, estabelecia (e ainda estabelece) que o “*direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados (...) da data da extinção do crédito tributário*”. Mas – e essa era a questão polêmica –, quando se operava a “*extinção do crédito tributário*” nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (tácita)?

Para uma primeira corrente,⁴ o lustro contava-se do dia do *pagamento antecipado*, na exata medida em que esse pagamento, nos termos do artigo 150, §1º, Código Tributário Nacional, “*extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do pagamento*”. Um segundo entendimento⁵ defendia a tese de que o *dies a quo* do prazo fatal correspondia ao momento da homologação tácita – ocorrida ao cabo do lapso de “*5 (cinco) anos, a contar do ocorrência do fato gerador*” – porque só então “*considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito*” (art. 150, §4º, CTN) – a famigerada tese dos “5+5”. Na prática, a primeira interpretação franqueava ao contribuinte o prazo de 5 (cinco) anos, contados do pagamento antecipado, para pleitear a restituição; a segunda, o prazo de 10 (dez) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

O Superior Tribunal de Justiça, após um período de maturação, acabou por adotar a solução mais favorável ao contribuinte.⁶ Popularizou-

⁴ Nesse sentido: AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “A posição do STJ quanto à decadência relativa aos tributos lançados por homologação e a sua inaplicabilidade à restituição e compensação tributárias”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 30. São Paulo: Dialética, mar/98; CARNEIRO, Daniel Zanetto Marques. “A Lei Complementar n.º 118 e a prescrição da pretensão de restituição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002; MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de Direito Tributário**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A aplicação da Lei Complementar n.º 118/05 no tempo: o problema das lei interpretativas no Direito Tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: Dialética, maio/2005.

⁶ EREsp 435.835/SC, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 04/06/2007; EREsp 421.727/GO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ 07/06/2004; REsp 221.073/SC, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins,

se e consolidou-se, a partir de então, a jurisprudência no sentido de que, “nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso esta não ocorra de modo expresse, o prazo para haver a restituição é de cinco anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos da data da homologação tácita”.⁷

Esse o contexto em que foi aprovada a Lei Complementar nº 118/2005. Seu artigo 3º, autoproclamando-se como meramente *interpretativo*, acolheu o primeiro entendimento:

“Art. 3º 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”.

E, como norma *interpretativa*, pretendeu retroagir, via artigo 4º:

“Art. 4º 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.

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;

(...)”

Essa lei – considerada por muitos como uma investida dos entes tributantes contra a jurisprudência consolidada⁸ – incendiou a controvérsia.

Primeira Seção, DJ 02/08/2004; EREsp 289.398/DF, Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, DJ 02/08/2004; EREsp 48.089/SC, Rel. Ministro Garcia Vieira, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, DJ 18/09/1995; EREsp 44.260/PR, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes De Barros, Primeira Seção, DJ 22/05/1995.

⁷ EREsp 479.728/MG, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Primeira Seção, DJ 04/10/2004.

⁸ Nas palavras amenas do Ministro Marco Aurélio Mello, “o surgimento dessa lei (...), já anunciei, foi uma tentativa de afastar do cenário jurídico a óptica do Superior Tribunal de Justiça”. (RE n.º 566.621, p. 303). Mais incisivo, Hugo de Brito Machado: “com ela [LCI 118/05] foram feitas alterações que na verdade nada tiveram a ver com esse objetivo, valendo-se o governo de obter do Congresso nacional a aprovação de dispositivos que se destinaram a modificar entendimentos jurisprudenciais desfavoráveis à Fazenda Pública” (A questão da lei interpretativa na Lei Complementar n.º 118/2005: prazo para repetição de indébito. **Revista Dialética de Direito Tributário** I 16. São Paulo: maio/2005).

Se não bastasse a questão de fundo, tributária e espinhosa, a discussão passou a ser permeada por outros institutos jurídicos de difícil assimilação prática, próprios do direito intertemporal: irretroatividade das normas e princípio da segurança jurídica. Se, antes da Lei Complementar nº 118/2005, dois eram os entendimentos, após, surgiram três.⁹

Uma primeira corrente,¹⁰ *pró-fisco*, sustenta que o prazo para repetir sempre foi de 5 (cinco) anos (art. 168, I, CTN), sempre contado do dia do pagamento indevido (art. 150, §1º, CTN). A norma do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005, representa, de fato, simples *interpretação autêntica*; apenas *confirmou* o já estatuído pelo Código Tributário Nacional. Deve, por isso mesmo, *retroagir* para alcançar todos os litígios – tenha ou não havido o pagamento antecipado; levados ou não levados ao Poder Judiciário. De forma que a regra do artigo 4.º, estatuidora de eficácia *retroativa*, é plenamente constitucional.

O segundo e o terceiro entendimento partem de pressupostos comuns: o prazo para repetir era, antes da Lei Complementar nº 118/2005, de 10 (dez) anos, contados do fato gerador – de acordo com a jurisprudência consolidada pela exegese dos artigos 150, §4º, e 168, inciso I, Código Tributário Nacional. A norma do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005,

⁹ Três eram os entendimentos *mais* defendidos. Outros haviam, tal como o que apregoava a inconstitucionalidade do artigo 3.º, Lei Complementar n.º 118/2005, que, ao pretender, via “interpretação”, reduzir prazo prescricional, violara o princípio da separação dos poderes (MACHADO, Hugo de Britto. “A questão da lei interpretativa na Lei Complementar n.º 118/2005: prazo para repetição de indébito”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: maio/2005; GARCIA, Plínio Gustavo Prado. “Insubsistência da ‘norma interpretativa’ do art. 3.º da Lei Complementar n.º 118/2008 e o lançamento por homologação”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 118. São Paulo, jul./2005); ou o que defendia a total inocuidade das normas em discussão: “se o referido art. 3.º é vazio de normatividade e a interpretação que dita não tem prevalência no Judiciário, não pode valer quanto ao passado, o presente e o futuro” (COELHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões sobre o art. 3.º da Lei Complementar n.º 118. Segurança Jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito brasileiro”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jul./2005, p. 123).

¹⁰ Nesse sentido: CARNEIRO, Daniel Zanetto Marques. “A Lei Complementar n.º 118 e a prescrição da pretensão de restituição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.

por isso mesmo, não é meramente interpretativa e não pode, pois, *retroagir* – de modo que a regra do artigo 4º, *in fine*, é inconstitucional. As doutrinas diferem quanto ao alcance temporal do novo prazo de 5 (cinco) anos: para uma delas, *intermediária*,¹¹ o novo prazo se aplica às ações ajuizadas após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005 (em 09 de junho de 2005); para uma última corrente,¹² *pró-contribuinte*, o novo prazo rege apenas os pagamentos antecipados efetuados após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005.

A controvérsia alcançou, novamente, o Poder Judiciário. No que interessa, chegou ao Supremo Tribunal Federal via recurso extraordinário amparado na alínea “b”, do artigo 102, inciso III, Constituição Federal. Impugnação da União Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, amparado em incidente de declaração de inconstitucionalidade, adotara o segundo entendimento recém enunciado, segundo o qual, é bom frisar, o *novo* prazo de 5 (cinco) anos rege todas *ações ajuizadas* após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 118/2005.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria.¹³ E, numa escalada de conclusões, estabeleceu: (a) a norma do

¹¹ REsp 741272/PE, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 21/03/2006.

¹² Com algumas variantes, adotam esse entendimento: CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “Leis interpretativas e o prazo para repetição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 147. São Paulo: Dialética, dez./2007; MELO, Omar Augusto Leite. “A LC 118/05 e a contagem inicial do prazo para pleitear a restituição e compensação de indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005; PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A aplicação da Lei Complementar n.º 118/05 no tempo: o problema das lei interpretativas no Direito Tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo: Dialética, maio/2005; MACHADO, Hugo de Britto. “A questão da lei interpretativa na Lei Complementar n.º 118/2005: prazo para repetição de indébito”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 116. São Paulo, maio/2005.

¹³ A repercussão geral, a bem da verdade, fora reconhecida no RE n.º 561.908-7: “surge com repercussão geral controvérsia sobre a inconstitucionalidade, declarada na origem, da expressão ‘observado, quanto ao artigo 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional’, constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar n.º 118/2005”. (RE 561908 RG, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe-157, publicado em 07.12.2007)

artigo 3º, Lei Complementar, ao investir pesadamente contra a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, não é meramente interpretativa; inovou no sistema jurídico ao *afirmar*, pela primeira vez, que o prazo para repetição é de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido;¹⁴ (b) em respeito ao *princípio da segurança jurídica* (art. 5º, XXXV, CF) – nos conteúdos implícitos da *confiança no tráfego jurídico* e do *acesso à Justiça* –, referida norma, porque nova, não pode *retroagir*, nem, igualmente, ser *imediatamente* aplicada;¹⁵ (c) o artigo 4º, segunda parte, que previa a *retroação*, é, pois, inconstitucional;¹⁶ (d) de todo o modo, a nova norma deve ter aplicação prospectiva tão logo seja possível;¹⁷ (e) o prazo de *vacatio legis* de 120 dias, tal qual previsto no artigo 4º, primeira parte, é razoável e plenamente compatível com o princípio da segurança jurídica (art. 5º,

¹⁴ Do voto da relatora, Ministra Ellen Gracie: “dos repertórios de jurisprudência, extraem-se aleatoriamente as referências que confirmam que não se tratava de um ou outro precedente, mas de jurisprudência pacífica, no sentido mais denso de consolidação de um entendimento mediante a reiteração de precedentes em determinado sentido (...) assim, considerando-se que o STJ havia consolidado entendimento no sentido de que o CTN fixara o prazo para repetição ou compensação de indébito tributário em 10 anos contados do fato gerador quando se tratasse de tributo sujeito a lançamento por homologação, é preciso reconhecer que a interpretação imposta pela LC 118/05 implicou redução do prazo, de 10 para 5 anos. Impõe-se considerar a LC 118/05, pois, como lei nova e, assim, analisá-la” (pp. 285; 287-288)

¹⁵ Do voto da relatora, Ministra Ellen Gracie: “é certo que a alteração de prazo, indubitavelmente, não ofende direito adquirido, porquanto inexistente direito adquirido a regime jurídico (...) 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 (...). É que isto, ainda que não viole estritamente ato jurídico perfeito, direito adquirido ou coisa julgada, atenta contra outros conteúdos do princípio da segurança (...). Há, efetivamente, conteúdos do princípio da segurança jurídica que se encontram implícitos no texto constitucional (...). 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” (pp. 292-294).

¹⁶ “reconheço, pois, a inconstitucionalidade da aplicação retroativa da redução do 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. 5º, inciso XXXV, da Constituição” (p. 295)

¹⁷ “diante da inconstitucionalidade reconhecida, cabe, ainda, verificar a partir de quando e com que efeito o novo prazo pode ser validamente aplicado.” (p.295)

XXXV, CF);¹⁸ (f) é “*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*” (p. 301).

Adotou o entendimento *intermediário*, acima apontado.

Interessante notar que o resultado do julgamento foi obtido por *maioria*. Acompanharam a relatora – a Ministra Ellen Gracie – os Ministros Ricardo Lewandowsky, Ayres Britto, Celso de Mello, Cezar Peluso e Luiz Fux. Os Ministros Marco Aurélio,¹⁹ Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, vencidos, entendiam que a norma do artigo 3º, porque, de fato, meramente interpretativa, deveria, sim, ter aplicação retroativa; que o artigo 4º, *in fine*, ao pretender a retroação, não se inquiriria de inconstitucionalidade alguma.

O julgado é paradigmático. De *importância* ímpar. Marca um ponto de inflexão da jurisprudência.

É que o Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial representativo da controvérsia nº 1.002.932/SP,²⁰ havia firmado posição diversa. Fixara, também, a inconstitucionalidade do artigo 4º, *in fine*, Lei Complementar nº

¹⁸ “Este Supremo Tribunal, conforme destacado no julgado do TRF da 4.ª Região, já considerou válida a aplicação de lei que reduziu o prazo às prescrições em curso quando da sua vigência nos processos a partir de então ajuizados, conforme o enunciado 445 da Súmula deste Tribunal, que transcrevo: ‘A Lei n.º 2.437, de 07.03.1955, que reduz prazo prescricional, é aplicável às prescrições em curso na data de sua vigência (01.01.56), salvo quanto aos processos então pendentes’. (...) considerou, ademais, o Tribunal como regra de transição suficiente, a observância da alargada *vacatio legis*, permitindo a aplicação irrestrita da lei nova a todas as ações posteriores ao início da vigência do prazo reduzido. A solução do presente caso deve ser a mesma. (...) Se, de um lado, como já afirmado, a aplicação retroativa e a aplicação imediata às ações ajuizadas em seguida à sua publicação implicariam violação à segurança jurídica, de outro, é certo que não há direito adquirido a regime jurídico e que, como visto no caso da súmula 445, não ofende a Constituição a aplicação do prazo reduzido às pretensões pendentes nas ações ajuizadas após a *vacatio legis*’. (pp. 297-299)

¹⁹ De seu voto: “o artigo 3.º reafirmou – e com toda vênua do Superior Tribunal de Justiça, conhecia o dom da multiplicação, não da dobre de prazo prescricional –, buscou redirecionar esse jurisprudência, no que – volto a frisar – criativos tributaristas chegaram à tese de que não são cinco anos para o ajuizamento da ação, mas são dez anos, afastando o tratamento igualitário contemplado no Código de 1966, presente Fazenda e contribuinte. Então, continuo, para ressaltar que não houve inovação normativa alguma”.

²⁰ Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/12/2009.

118/2005. Mas – e é aí que reside o descompasso – estabelecera que o novel prazo de 5 (anos) deveria reger os casos de *pagamento indevido* posteriores a 09 de junho de 2005 – adotara, pois, o terceiro entendimento, mais favorável ao tributado.

A reviravolta é patente. O Superior Tribunal de Justiça entendia que o divisor de águas deveria ser o momento do *pagamento antecipado*; o Supremo Tribunal Federal firmou como marco divisório a data do *ajuizamento da ação*. Ganharam os entes tributantes, perderam os sujeitos tributados.²¹

E a mudança jurisprudencial é acentuada porque a *força do precedente*²² em análise é vultosa. O recurso extraordinário em comento foi julgado segundo o regime dos artigos 543-A e 543-B, Código de Processo Civil; o Supremo Tribunal Federal reconheceu a *repercussão geral* da questão e adotou o procedimento dos recursos *representativos de controvérsia*. Tanto que, é bom lembrar, o próprio Superior Tribunal de Justiça se rendeu ao entendimento da Corte Constitucional: “a *Primeira Seção deliberou, no dia 24.8.2011, pela imediata adoção da jurisprudência do STF*”^{23 24}.

²¹ Para ilustrar: aqueles que anteciparam indevidamente o pagamento nos anos de 1997, 1998, 1999 e 2000 e ingressaram com ação de repetição de indébito apenas em 2006 são, de acordo com o STF, alcançados pela prescrição; segundo o STJ, não o são.

²² A palavra precedente tem sentido preciso: “*precedente é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos*” (DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia, JusPODIVM, 2009, p. 381). Difere *quantita* e *qualitativamente* da jurisprudência: o precedente é dotado, *individualmente*, de autoridade, ao passo que a jurisprudência depende de uma *pluralidade* de decisões; os *atos* a respeito dos quais se forma o *precedente* são mais valorizados do que os *atos* que originam a jurisprudência. Para maiores esclarecimentos a respeito da diferença entre precedente e jurisprudência: TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011.

²³ EDcl no AgRg no AREsp 6.327/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/03/2012.

²⁴ Apesar do Superior Tribunal de Justiça ter passado a adotar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o acórdão proferido no recurso especial representativo da controvérsia nº 1.002.932/SP – que coroava a doutrina *pró-contribuinte* – não foi, nem está sendo, objeto de reforma. O recurso extraordinário contra ele interposto foi, curiosamente, julgado prejudicado: “o *acórdão recorrido está em conformidade com o entendimento firmado pela e. Corte Suprema, razão pela qual julgo prejudicado o recurso extraordinário*” (DJe de 14.05.2012).

O sistema jurídico pátrio, assim como outros sistemas de *civil law*, caminha ao encontro de algumas figuras da *common law*.²⁵ O *precedente* judicial brasileiro tem ganhado bastante corpo. O *fundamento necessário* de julgados do órgão pleno do Supremo Tribunal Federal, como que enunciativo de uma regra apta a ser universalizada,²⁶ vem sendo comparado, segundo o seu papel, à *ratio decidendi* dos precedentes norte-americanos e ingleses. A *teoria do precedente* está sendo, aos poucos, assimilada pelos operadores do direito.

Nesse inaugural momento de reflexão, parece indesejável *classificar* o *precedente* em questão – e todos os proferidos, da mesma forma, pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em julgamento de recurso extraordinário representativo de controvérsia. Enquadrá-lo como *vinculante*, *obstativo de recursos* ou *meramente persuasivo*, seria pouco conclusivo. Ou até enganoso – os conceitos ainda são muito controvertidos.²⁷

²⁵ Apontando o fenômeno global, Michele Taruffo anota: “*pesquisas desenvolvidas em vários sistemas jurídicos têm demonstrado que a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos da common law, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo de civil law*” (TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011, p. 140). Nesse sentido: THEODORO JR. Humberto. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*”. **Revista de Processo** 189. São Paulo: RT, nov./2010. Lembrando o papel do constitucionalismo, Luiz Guilherme Marinoni esclarece: “*a evolução do civil law, particularmente em virtude do impacto do constitucionalismo, deu ao juiz um poder similar ao do juiz inglês submetido à common law e, bem mais claramente ao poder do juiz americano, dotado do poder de controlar a lei a partir da Constituição*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009). Indicando, especificamente, o *writ of certiorari* norte-americano como a inspiração do recurso extraordinário julgado segundo a sistemática dos artigos 543-A e 543-B, Código de Processo Civil: RAMOS, Carlos Henrique; CUNHA, Paulo Eduardo Ramos Mendes da. “*Perspectivas atuais acerca da repercussão geral no recurso extraordinário*”. **Revista Dialética de Direito Processual** 102. São Paulo: Dialética, set./2011.

²⁶ Anotando que “*ser universalizável*” é da essência do *precedente*, ou de sua *ratio decidendi*: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009. pp. 381-384; TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo** 199. São Paulo: RT, set./2011. p. 141.

²⁷ Há doutrinadores que classificam o *precedente* representativo da controvérsia como *vinculante* (ARAÚJO, José Henrique Mouta. “O julgamento de recursos especiais por amostragem:

Melhor situar a *força*²⁸ do precedente em questão, representativo de controvérsia, entre a de outros mecanismos decisórios do Supremo Tribunal Federal a que o legislador atribuiu o papel de *uniformizar* e *acelerar* a tutela jurisdicional.

No topo da cadeia, a *súmula vinculante* e o *precedente resultante do controle concentrado de constitucionalidade*.²⁹ Os *mais fortes*. O procedimento abstrato que lhes é comum legitimou o legislador a expressamente estatuir a sua eficácia *vinculante*. Sem entrar no mérito de qualquer discussão terminológica, fato é que a Constituição Federal (arts. 102, §2º e 103-A) expressamente impõe, a todos administradores e demais magistrados, o *dever* de observar o precedente. E o controle de subordinação é severo e concentrado: realizado pelo próprio Supremo Tribunal Federal, via reclamação (arts. 102, I, I, e 103-A, §3º).

notas sobre o art. 543-C, do CPC”. **Revista Dialética de Direito Processual 65**. São Paulo: Dialética, ago./2008; RAATZ, Igor. “Considerações históricas sobre as diferenças entre common law e civil law”. **Revista de Processo 199**. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011; SABINO, Marco Antônio da Costa. “O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil”. **Revista Dialética de Direito Processual 85**. São Paulo: Dialética, abril/2010; há os o consideram não-vinculante (DECOMAIN, Pedro Roberto. “O recurso especial representativo de controvérsia e a súmula vinculante do STJ”. **Revista Dialética de Direito Processual 101**. São Paulo: Dialética, ago./2011; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. “Recursos especiais repetitivos – recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”. **Revista de Processo 191**. São Paulo: RT, jan./2011). É sobretudo a fluida definição de *vinculação* que opõe doutrinadores: num extremo, há quem considere não-vinculante a própria súmula vinculante (FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. “Súmula Vinculante: limitações e possibilidade”. **Revista Dialética de Direito Processual 70**. São Paulo: Dialética, jan./2009); noutro, há quem veja vinculação nas súmulas não-vinculantes (SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. “Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro”. **Revista de Processo 160**. São Paulo: RT, jun./2008).

²⁸ Seguindo, aliás, a lição de Michele Taruffo: “*parece bem mais apropriado falar de força do precedente para indicar o grau ou a intensidade com o qual ele consegue influir sobre decisões sucessivas*” (TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo 199**. São Paulo: RT, set./2011, p. 146).

²⁹ Sem questionar a respeitável doutrina que tem apontado, com razão, a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade.

Na base, *a súmula não-vinculante*. O *mais fraco* dos mecanismos. Fruto da *jurisprudência* consolidada, pode³⁰ ser contrariada pelos magistrados.³¹ Por determinação legal,³² apenas facilita a entrega *célere e uniforme* da tutela jurisdicional – permite a improcedência liminar da demanda (art. 285-A, CPC); dispensa do reexame necessário (art. 475, §3º, CPC); não-recebimento da apelação (art. 518, §1º, CPC); resolução monocrática do recurso (arts. 544 e 557, *caput* e §1º-A, CPC). Não goza de mecanismo próprio e direto de controle de aplicação.

Nem tão *forte*, nem tão *fraco*, eis o precedente representativo da controvérsia. Goza das mesmas aptidões da *súmula não-vinculante* – que permitem a *celeridade* e a *uniformidade* da tutela (arts. 475, §3º, 518, §1º, 544 e 557, *caput* e 1º-A, CPC) – e, a elas, soma a qualidade de obstar a admissão dos recursos de estrito direito: o recurso especial ou extraordinário que investir contra a *ratio decidendi* de precedente desse jaez será, pela presidência do órgão *a quo*, julgado prejudicado (arts. 543-B, §3º, e 543-C, §7º, I, CPC) – por decisão, segundo a jurisprudência atual, impugnável

³⁰ A contrariedade, contudo, é extremamente indesejável e requer veemente repreensão: “precisamos perceber e estabelecer bases científicas para a mixagem brasileira (convergência), com a construção de uma teoria dos precedentes que compreenda e critique a tendência dos Tribunais, especialmente superiores, de produzir decisões ‘em grau zero’, como se o próprio direito, tradição e história de aplicação do instituto jurídico sob comento ou aplicação, no caso concreto, pudessem ser desprezados pelo voluntarismo (decisionismo) do julgador” (THEODORO JR. Humberto. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo** 189. São Paulo: RT, nov./2010). Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun/2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009.

³¹ Salvo pelos magistrados do tribunal de autoria da súmula, que normalmente são compelidos, pelo regimento interno, a observá-la (SABINO, Marco Antônio da Costa. “O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil”. **Revista Dialética de Direito Processual** 85. São Paulo: Dialética, abril/2010).

³² Interpretação *a contrario sensu* do artigo 8.º da Emenda Constitucional n.º 45/2004: “as atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

apenas via agravo regimental.³³ Por outro lado, o precedente representativo de controvérsia não goza da *imperatividade* da *súmula vinculante*. A lei não impõe, aos magistrados, o dever de observância; os Tribunais e as Turmas Recursais podem decidir – embora não seja nada recomendável nem lógico – contra o *precedente* do Supremo Tribunal Federal e, uma vez interposto o recurso extraordinário, o órgão *a quo* tem liberdade para manter o resultado de julgamento (arts. 543-B, §3º e 543-C, §§7º, II, e 8º, CPC).³⁴ E o Supremo Tribunal Federal não admite, não até o momento, o uso da reclamação constitucional para fazer valer a *ratio decidendi* do precedente representativo da controvérsia.³⁵

Já se denota a autoridade do precedente em questão. Resulta de recurso extraordinário representativo de controvérsia, instituto do direito

³³ “EMENTA: Questão de Ordem. Repercussão Geral. Inadmissibilidade de agravo de instrumento ou reclamação da decisão que aplica entendimento desta Corte aos processos múltiplos. Competência do Tribunal de origem. Conversão do agravo de instrumento em agravo regimental. 1. Não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, aplica decisão de mérito do STF em questão de repercussão geral. 2. Ao decretar o prejuízo de recurso ou exercer o juízo de retratação no processo em que interposto o recurso extraordinário, o tribunal de origem não está exercendo competência do STF, mas atribuição própria, de forma que a remessa dos autos individualmente ao STF apenas se justificará, nos termos da lei, na hipótese em que houver expressa negativa de retratação. 3. A maior ou menor aplicabilidade aos processos múltiplos do quanto assentado pela Suprema Corte ao julgar o mérito das matérias com repercussão geral dependerá da abrangência da questão constitucional decidida. 4. Agravo de instrumento que se converte em agravo regimental, a ser decidido pelo tribunal de origem” (AI 760358 QO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-027, publicado em 12.02.2010). Nas Reclamações n.º 11.408 e n.º 11.427, os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal estão questionado esse entendimento.

³⁴ Vide, mais uma vez, AI 760358 QO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe-027, publicado em 12.02.2010.

³⁵ O precedente representativo de controvérsia interfere sobretudo nos poderes dos jurisdicionados, não na (relativa) liberdade do julgador. Sua superação – ou *overruling* – só pode ser “provocada” pelo próprio Poder Judiciário, não pelas partes. É que, se, de um lado, o recurso extraordinário contrário ao precedente está fadado à negativa de seguimento (arts. 543-B, §3.º, e 543-C, §7.º, I, CPC) – daí a *impotência* das partes –, por outro, o Poder Judiciário pode “questioná-lo” via negativa de retratação (arts. 543-B, §3.º e 543-C, §§7.º, II, e 8.º, CPC) – eis o “poder” dos magistrados. Mesmo a restrição do alcance de sua *ratio decidendi* – ou *restrictive distinguishing* – depende da boa atuação da presidência da Corte *a quo* (já que é ela quem tem, segundo a atual jurisprudência, o controle último de adequação do caso concreto à orientação firmada no julgamento do representativo de controvérsia).

pátrio que, talvez, mais se aproxime do *precedente* da anglo-saxônica doutrina do *stare decisis*; que goza de mais força do que as súmulas não-vinculantes e alcança a tutela *homogênea* mais *celeremente* do que os mecanismos da súmula vinculante. E, para realçar sua força, foi proferido em sede de controle difuso de constitucionalidade – cujo procedimento, segundo abalizada doutrina, autoriza que a *eficácia* da decisão seja equiparada à da exarada em controle concentrado.³⁶

Feito esse breve apanhado, não é leviano concluir que o Supremo Tribunal Federal extirpou, das contendas judiciais, maiores elucubrações sobre o assunto. Abordando a questão via recurso extraordinário representativo de controvérsia, decidiu que todas as demandas judiciais propostas a partir de 09 de junho de 2005 se submetem ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados do pagamento indevido; se submetem, pois, à regra do artigo 3º, Lei Complementar nº 118/2005. Infirmou, com isso, o entendimento anterior do Superior Tribunal de Justiça – e o próprio Superior Tribunal de Justiça já reconheceu esse fato. A força do precedente do Supremo Tribunal Federal recomenda que as pretensões que lhe sejam contrárias se submetam: (i) à improcedência liminar da demanda (art. 285-A, CPC); (ii) ao não recebimento da apelação (art. 518, §1º, CPC); (iii) à resolução monocrática dos recursos ordinários (557, *caput* e §1º-A, CPC) e (iv) à negativa de seguimento dos recursos de estrito direito (arts. 543-B, §3º, e 543-C, §7º, I, CPC).

Esse é o conteúdo e esses são os mecanismos processuais para o resguardo de uma tutela jurisdicional *célere* e *homogênea* a respeito da questão de direito tributário em comento.

³⁶ “Perante o pleno do STF, são praticamente idênticos os procedimentos para a declaração de inconstitucionalidade nos modelos concentrado e difuso, não havendo qualquer razão para discriminar os efeitos das decisões tomadas no controle concentrado”. (MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009, pp.: 221-22). Nesse mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”. **Revista de Processo** 172. São Paulo: RT, jun./2009.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, José Henrique Mouta Araújo. “O julgamento de recursos especiais por amostragem: notas sobre o art. 543-C, do CPC”. **Revista Dialética de Direito Processual** 65. São Paulo:, Dialética, ago./2008.
- CARNEIRO, Daniel Zanetto Marques. “A Lei Complementar nº 118 e a prescrição da pretensão de restituição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jun./2005.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro; LOBATO, Valter. “Reflexões sobre o art. 3º da Lei Complementar nº 118. Segurança Jurídica e a boa-fé como valores constitucionais. As leis interpretativas no Direito brasileiro”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 117. São Paulo: Dialética, jul./2005.
- CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “Leis interpretativas e o prazo para repetição do indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 147. São Paulo: Dialética, dez/2007.
- CUNHA, Ricardo Almagro Vitoriano. “A posição do STJ quanto à decadência relativa aos tributos lançados por homologação e a sua inaplicabilidade à restituição e compensação tributárias”. **Revista Dialética de Direito Tributário** 30. São Paulo: Dialética, mar./98.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. “O recurso especial representativo de controvérsia e a súmula vinculante do STJ”. **Revista Dialética de Direito Processual** 101. São Paulo: Dialética, ago./2011.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**, v. 2, 4. ed. Bahia: JusPODIVM, 2009.
- FERREIRA NETO, Osly da Silva; FREITAS, Petruska Canal. “Súmula Vinculante: limitações e possibilidade”. **Revista Dialética de Direito Processual** 70. São Paulo:, Dialética, jan./2009.
- MACHADO, Hugo de Britto. **Curso de Direito Tributário**, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MACHADO, Hugo de Britto. “A questão da lei interpretativa na Lei Complementar nº 118/2005: prazo para repetição de indébito”. **Revista Dialética de Direito Tributário 116**. São Paulo: maio/2005.

MELO, Omar Augusto Leite. “A LC 118/05 e a contagem inicial do prazo para pleitear a restituição e compensação de indébito tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário 117**. São Paulo: Dialética, jun./2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil”. **Revista de Processo 172**. São Paulo: RT, jun./2009.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. “A aplicação da Lei Complementar nº 118/05 no tempo: o problema das lei interpretativas no Direito Tributário”. **Revista Dialética de Direito Tributário 116**. São Paulo: Dialética, maio/2005.

RAATZ, Igor. “Considerações históricas sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*”. **Revista de Processo 199**. São Paulo: Revista dos Tribunais, set./2011.

RAMOS, Carlos Henrique; CUNHA, Paulo Eduardo Ramos Mendes da. “Perspectivas atuais acerca da repercussão geral no recurso extraordinário”. **Revista Dialética de Direito Processual 102**. São Paulo: Dialética, set./2011.

SABINO, Marco Antônio da Costa. “O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil”. **Revista Dialética de Direito Processual 85**. São Paulo: Dialética, abril/2010.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. “Breve estudo sobre as decisões de efeito vinculante no sistema processual brasileiro”. **Revista de Processo 160**. São Paulo: RT, jun./2008.

TARUFFO, Michele. “Precedente e jurisprudência”. **Revista de Processo 199**. São Paulo: RT, set./2011.

TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. “Recursos especiais repetitivos – recursos fundados em idêntica questão de direito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça”. **Revista de Processo 191**. São Paulo: RT, jan./2011.

THEODORO JR. Humberto. “Breves considerações sobre a politização do Judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da *padronização decisória*”. **Revista de Processo 189**. São Paulo: RT, nov./2010.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*”. **Revista de Processo 172**. São Paulo: RT, jun./2009.