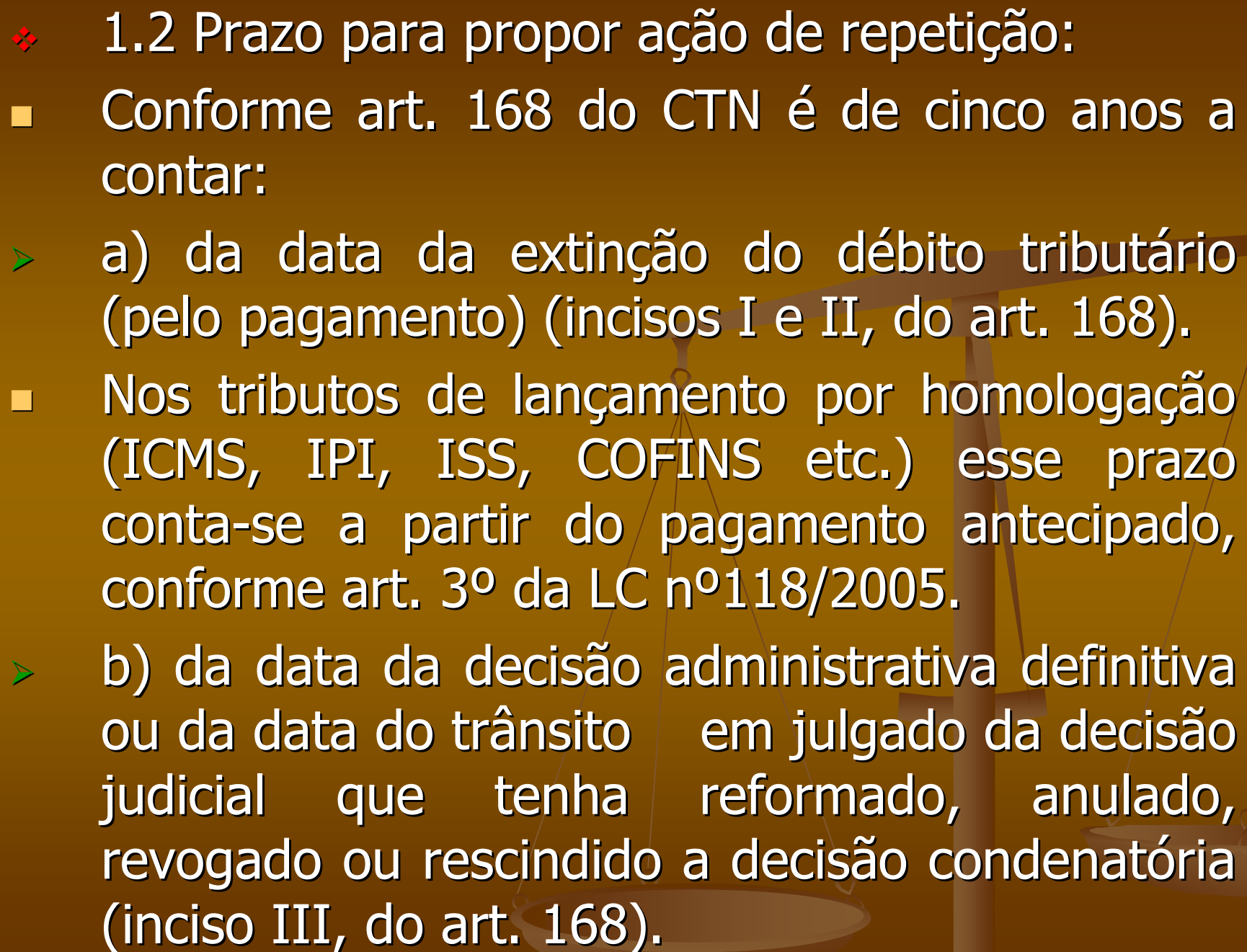


REPETIÇÃO DE TRIBUTOS DECLARADOS INCONSTITUCIONAIS

Prof. Kiyoshi Harada

1. Noções Gerais

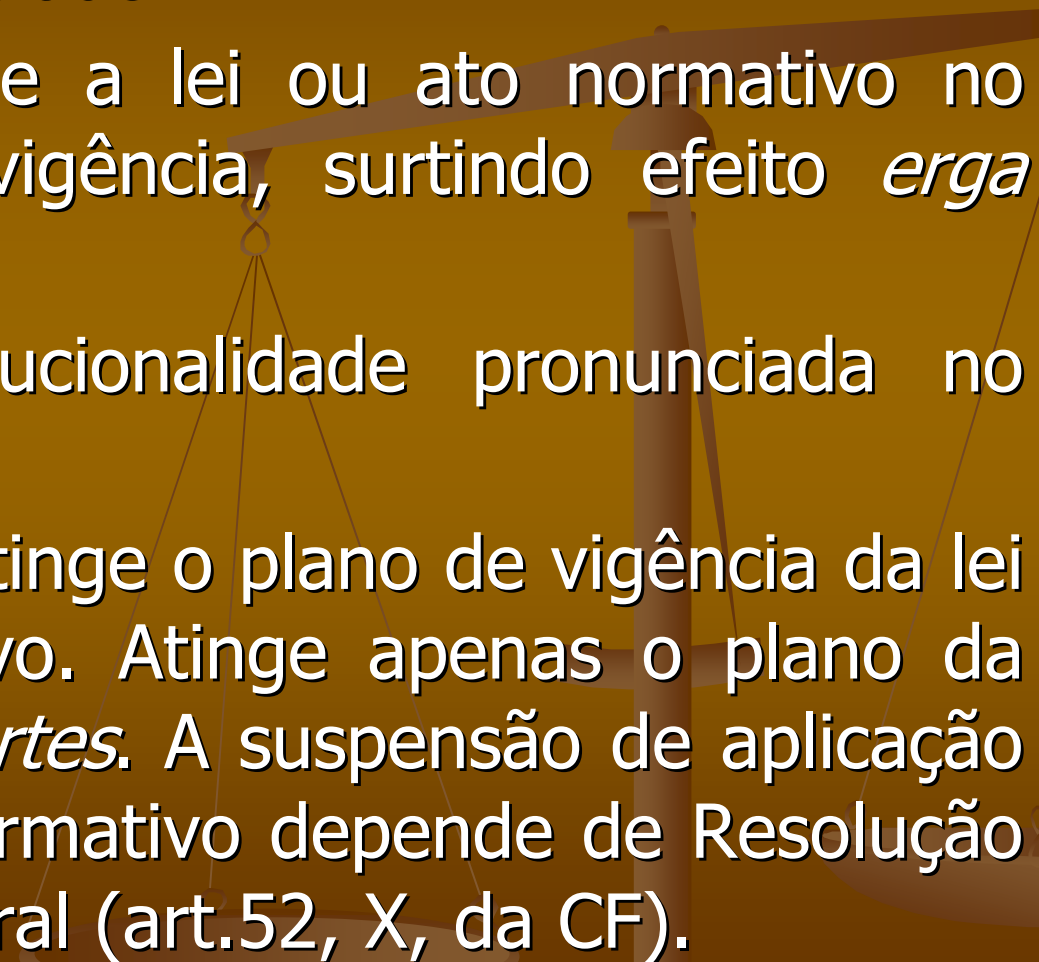
- ❖ 1.1 Fundamento da ação de repetição – princípio da legalidade tributária.
- Daí a irrelevância da repercussão econômica do encargo financeiro do tributo prevista no art. 166 do CTN em relação aos chamados tributos indiretos: RTJ 132/370; RTJ 149/870; RE nº 170.830, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 30-05-1997.

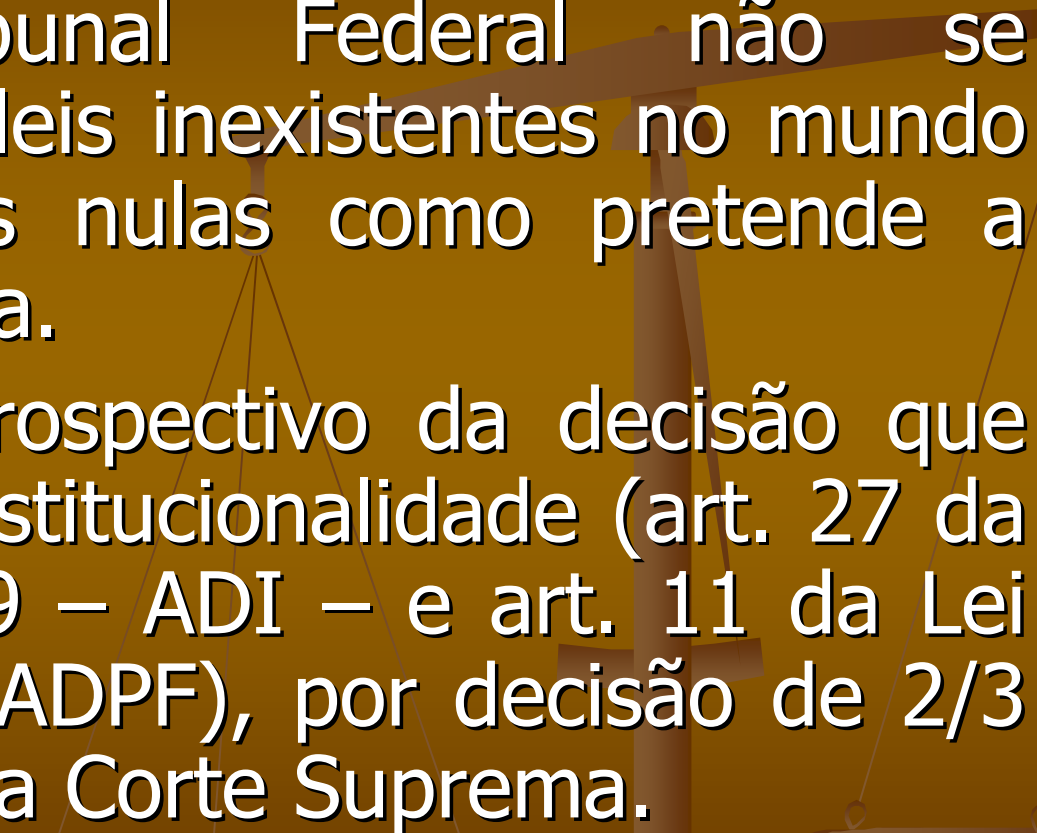
- 
- ❖ 1.2 Prazo para propor ação de repetição:
 - Conforme art. 168 do CTN é de cinco anos a contar:
 - a) da data da extinção do débito tributário (pelo pagamento) (incisos I e II, do art. 168).
 - Nos tributos de lançamento por homologação (ICMS, IPI, ISS, COFINS etc.) esse prazo conta-se a partir do pagamento antecipado, conforme art. 3º da LC nº118/2005.
 - b) da data da decisão administrativa definitiva ou da data do trânsito em julgado da decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória (inciso III, do art. 168).

2. Declaração de inconstitucionalidade pelo STF

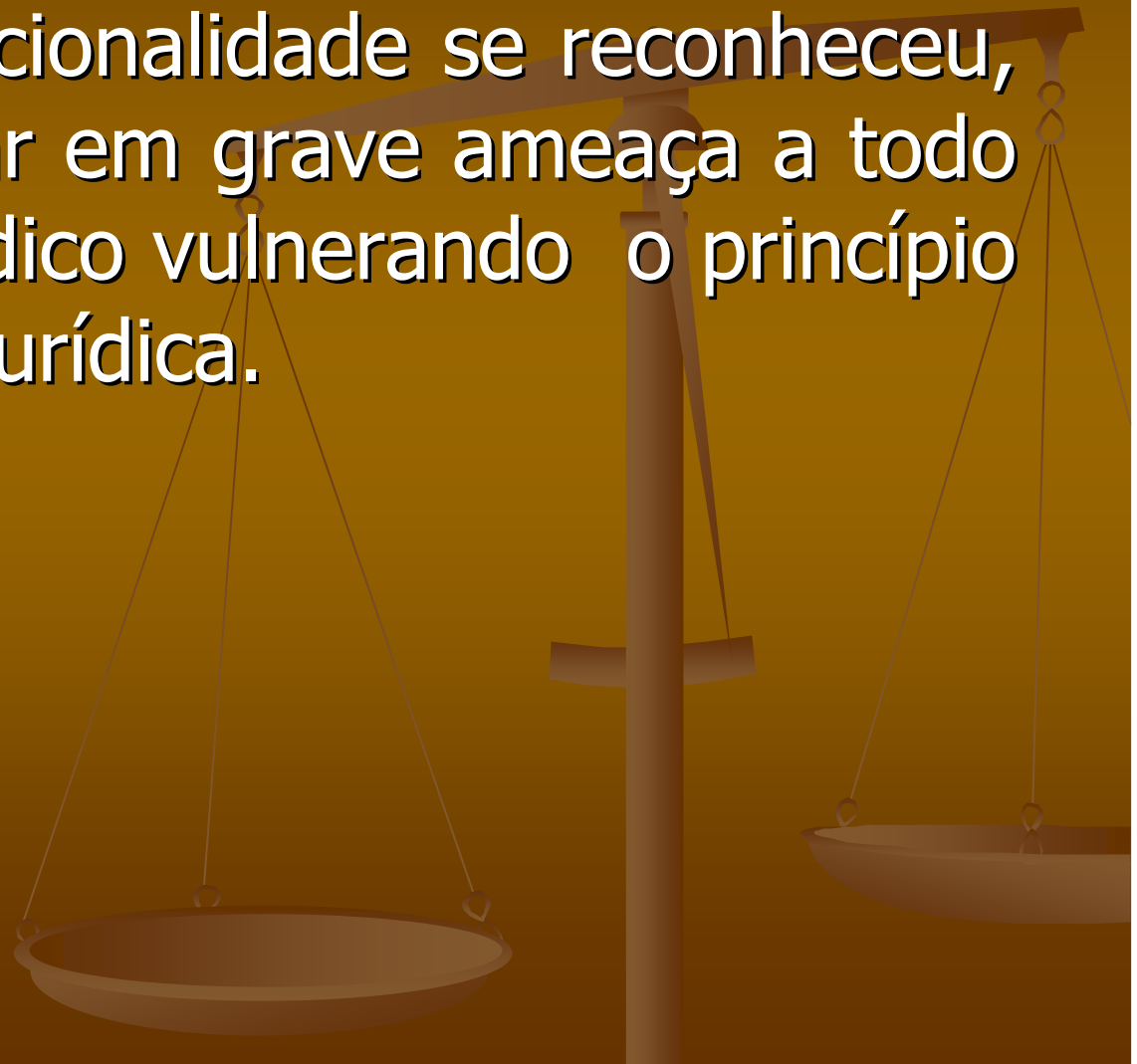
- ❖ 2.1 Natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade.
- ❖ 2.1.1 Doutrinadores clássicos com apoio na teoria norte-americana reconhecem a natureza meramente declaratória. Daí o efeito *ex tunc* por eles proclamado (Francisco Campos, Ruy Barbosa, Alfredo Buzaid e outros).

- ❖ 2.1.2 Para os que prestigiam a doutrina de Kelsen a decisão declaratória de inconstitucionalidade tem o caráter constitutivo negativo à medida que desconstitui o ato normativo acoimado de inconstitucional. Daí o efeito *ex nunc* por eles proclamado (José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Temístocles Brandão Machado e outros).

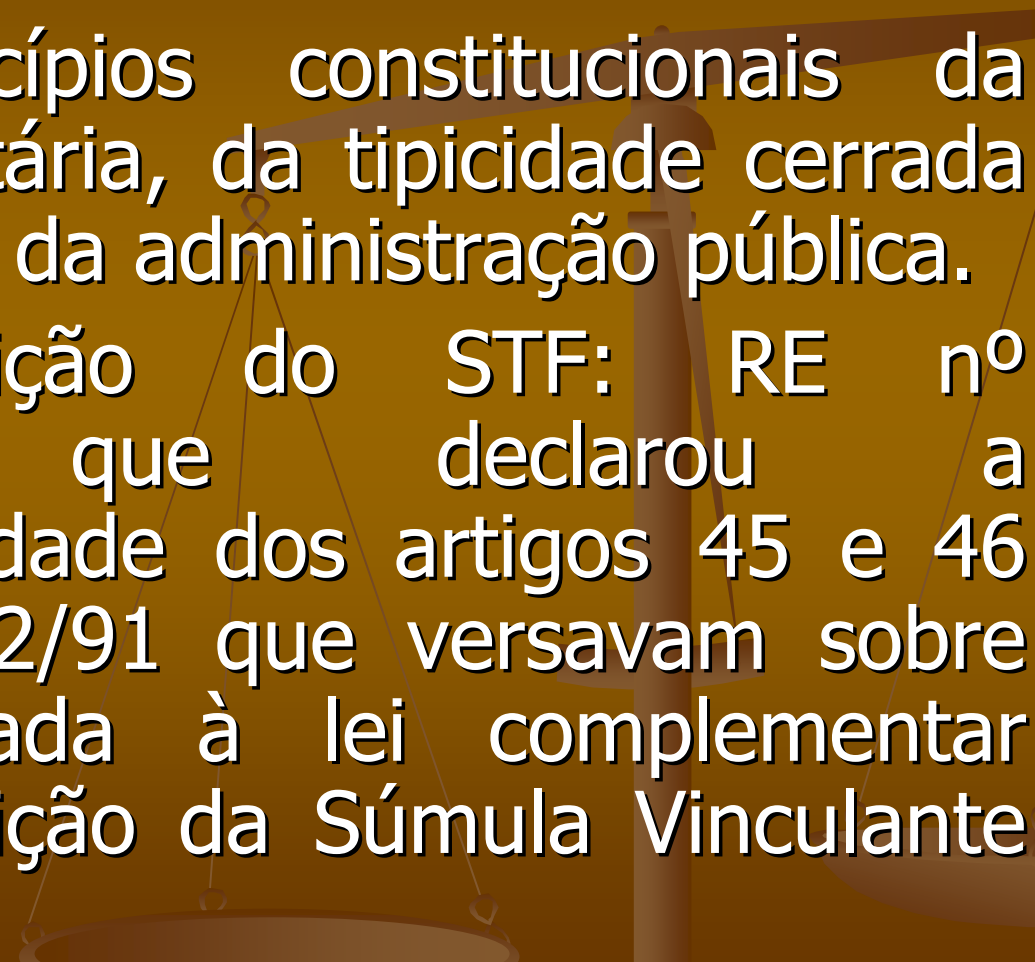
- 
- ❖ 2.2 Declaração de inconstitucionalidade.
 - ❖ 2.2.1 Inconstitucionalidade pronunciada no controle concentrado.
 - A decisão atinge a lei ou ato normativo no plano de sua vigência, surtindo efeito *erga omnes*.
 - ❖ 2.2.2. Inconstitucionalidade pronunciada no controle difuso.
 - A decisão não atinge o plano de vigência da lei ou ato normativo. Atinge apenas o plano da eficácia *intra partes*. A suspensão de aplicação da lei ou ato normativo depende de Resolução do Senado Federal (art.52, X, da CF).

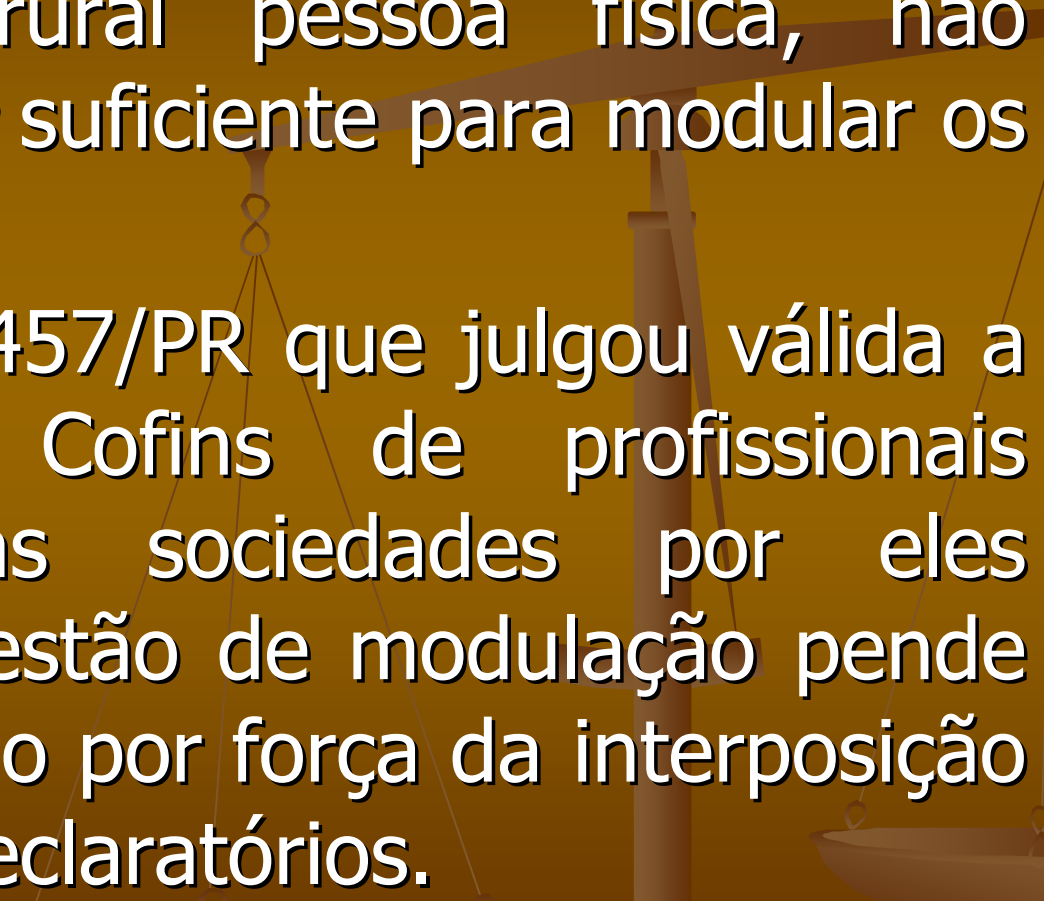
- 
- ❖ 2.2.3. Em ambos os casos leis consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal não se confunde com leis inexistentes no mundo jurídico ou leis nulas como pretende a doutrina clássica.
 - Daí o efeito prospectivo da decisão que declara a inconstitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868/99 – ADI – e art. 11 da Lei nº 9.882/99 – ADPF), por decisão de 2/3 dos membros da Corte Suprema.

- ❖ 2.2.4. A modulação se impõe apenas nos casos em que a inaplicação de preceito, cuja inconstitucionalidade se reconheceu, poderia resultar em grave ameaça a todo o sistema jurídico vulnerando o princípio de segurança jurídica.

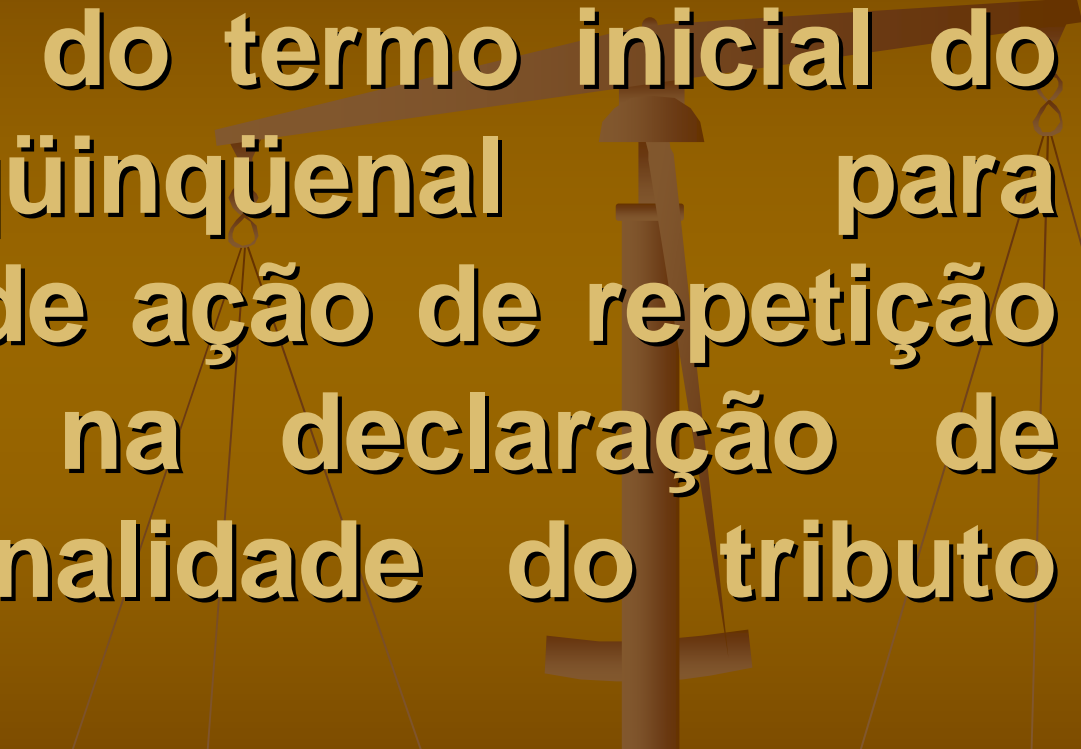


- Costuma-se citar o caso da inconstitucionalidade da composição da Câmara Municipal de Mira Estrela em que a Corte Suprema reconheceu a sua inconstitucionalidade, mas proclamou que aquela composição continuasse até o final da legislatura, quando, então, seriam realizadas as eleições em que se elegeria apenas o número de Vereadores permitido pela Constituição: RE nº 197.917/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004. No mesmo sentido em relação à Câmara de Vereadores de Porto Ferreira: RE nº 300.343/SP.

- 
- ❖ 2.2.4.1. Modulação de efeitos em matéria tributária.
 - ❖ 2.2.4.1.1. Princípios constitucionais da legalidade tributária, da tipicidade cerrada e da moralidade da administração pública.
 - ❖ 2.2.4.1.2. Posição do STF: RE nº 560.626/RS, que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 que versavam sobre matéria reservada à lei complementar (resultou na edição da Súmula Vinculante nº 8).

- 
- No RE nº 363.852/MG, que declarou a inconstitucionalidade do Funrural cobrado do produtor rural pessoa física, não houve *quorum* suficiente para modular os efeitos.
 - No RE nº 377.457/PR que julgou válida a cobrança da Cofins de profissionais liberais e das sociedades por eles formadas a questão de modulação pendente ainda de decisão por força da interposição de embargos declaratórios.

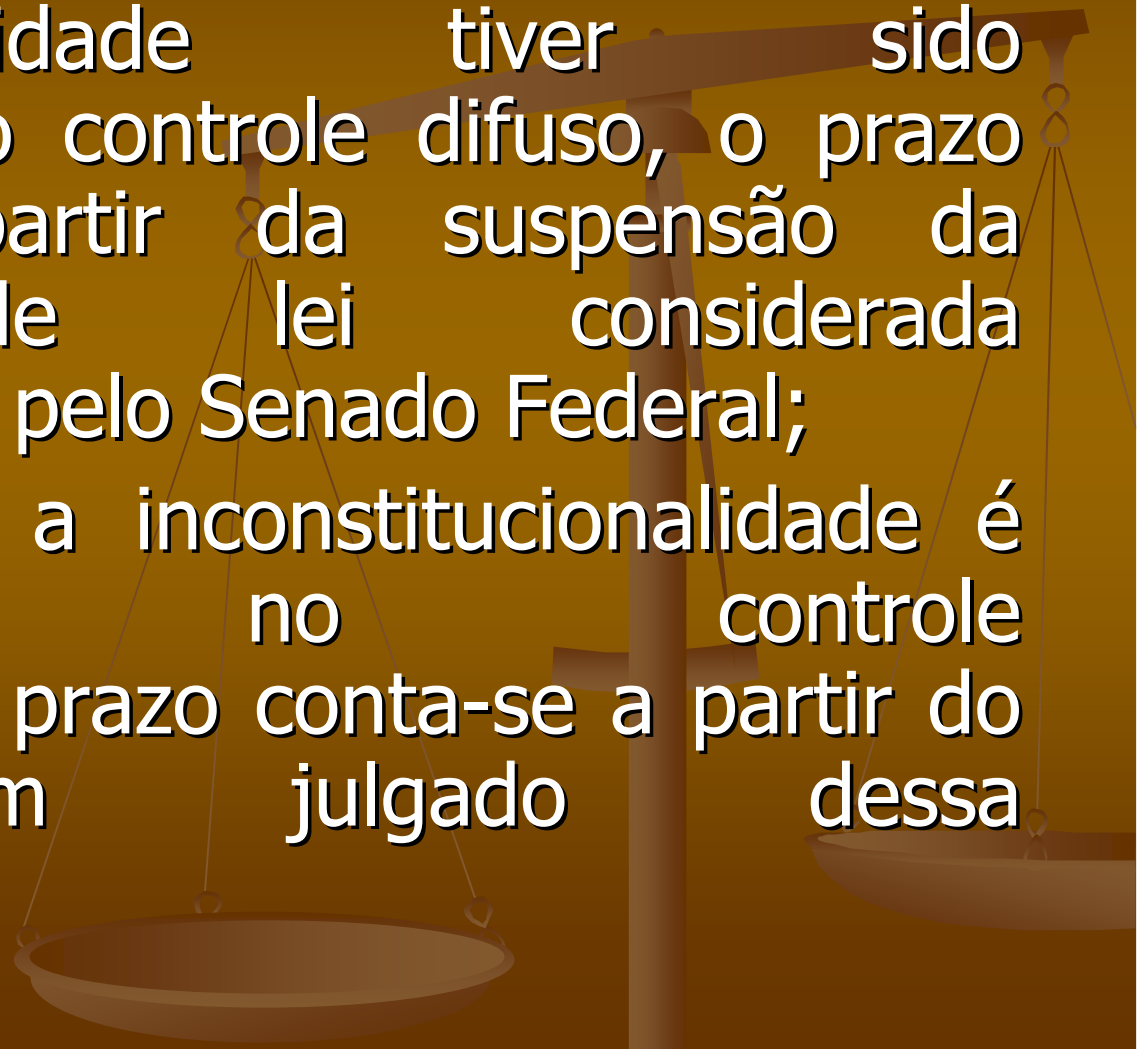
3. Contagem do termo inicial do prazo quinquenal para propositura de ação de repetição de fundada na declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo STF



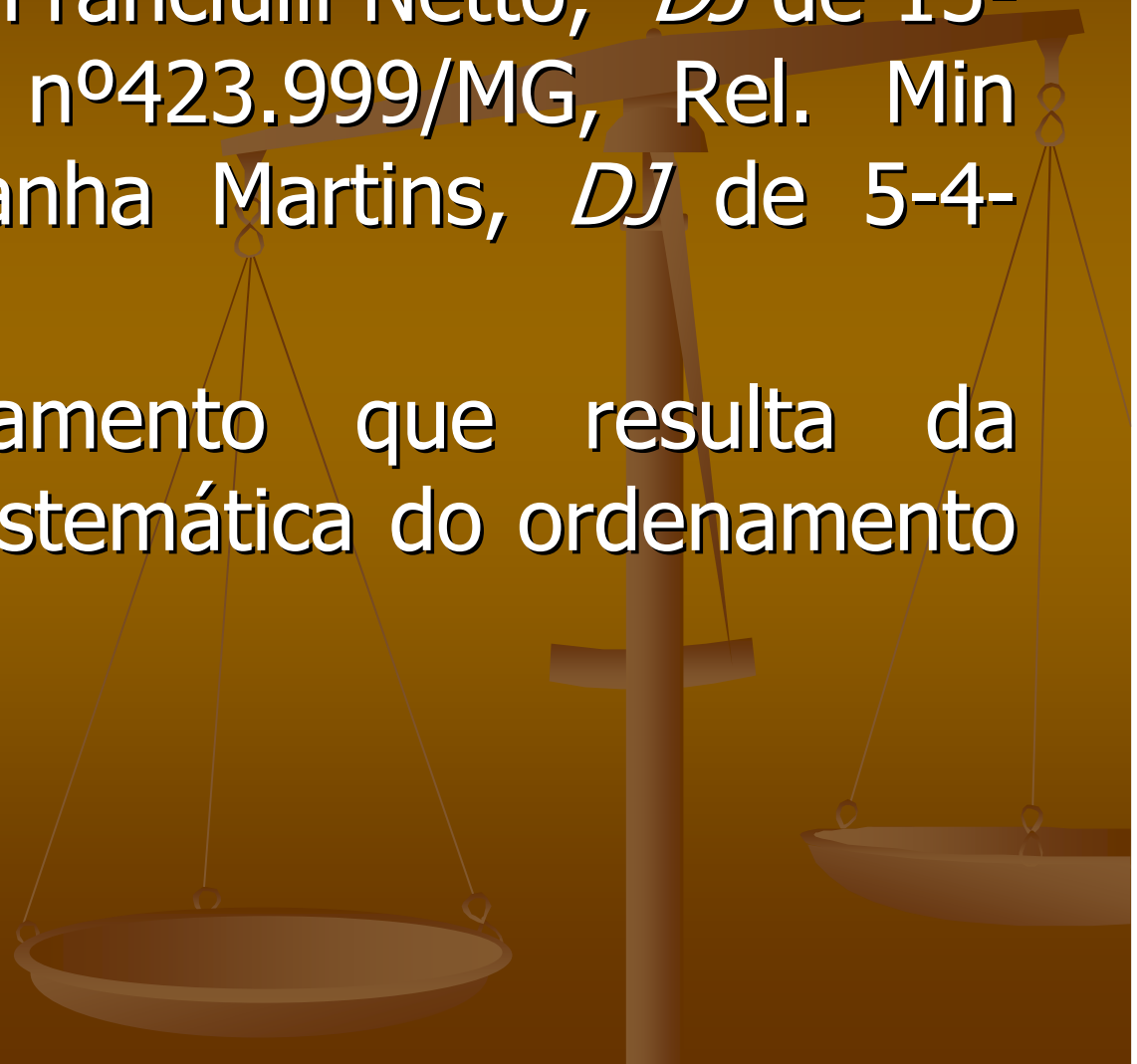
❖ 3.1 Antiga posição do STJ:

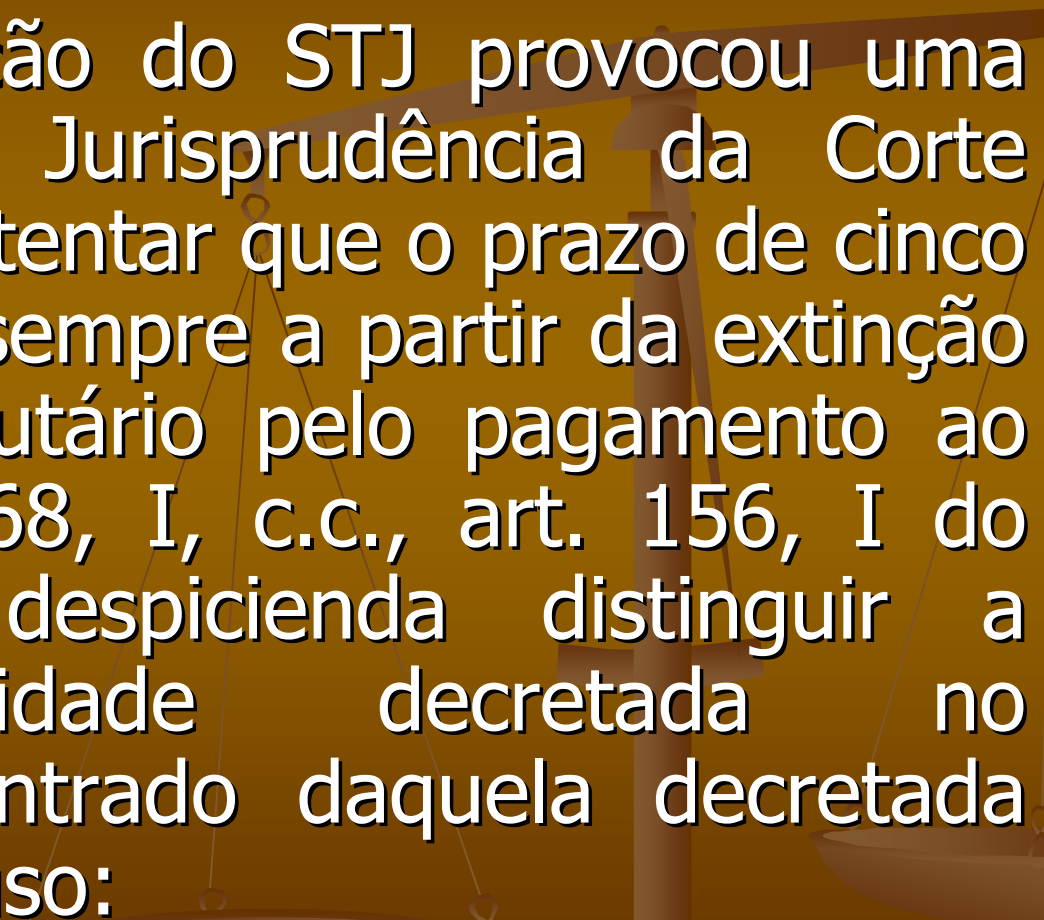
❖ 3.1.1. Quando a decisão de inconstitucionalidade tiver sido pronunciada no controle difuso, o prazo conta-se a partir da suspensão da aplicação de lei considerada inconstitucional pelo Senado Federal;

❖ 3.1.2. Quando a inconstitucionalidade é pronunciada no controle concentrado, o prazo conta-se a partir do trânsito em julgado dessa decisão.



- Nesse sentido o REsp nº 534.986/SC, Rel. p/acórdão Min. Franciulli Netto, *DJ* de 15-3-2004; REsp nº423.999/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 5-4-2004.
- É o posicionamento que resulta da interpretação sistemática do ordenamento jurídico.



- 
- 3.2. Posição atual do STJ:
 - A Primeira Seção do STJ provocou uma reviravolta na Jurisprudência da Corte passando a sustentar que o prazo de cinco anos conta-se sempre a partir da extinção do crédito tributário pelo pagamento ao teor do art. 168, I, c.c., art. 156, I do CTN, sendo despicienda distinguir a inconstitucionalidade decretada no controle concentrado daquela decretada no controle difuso:

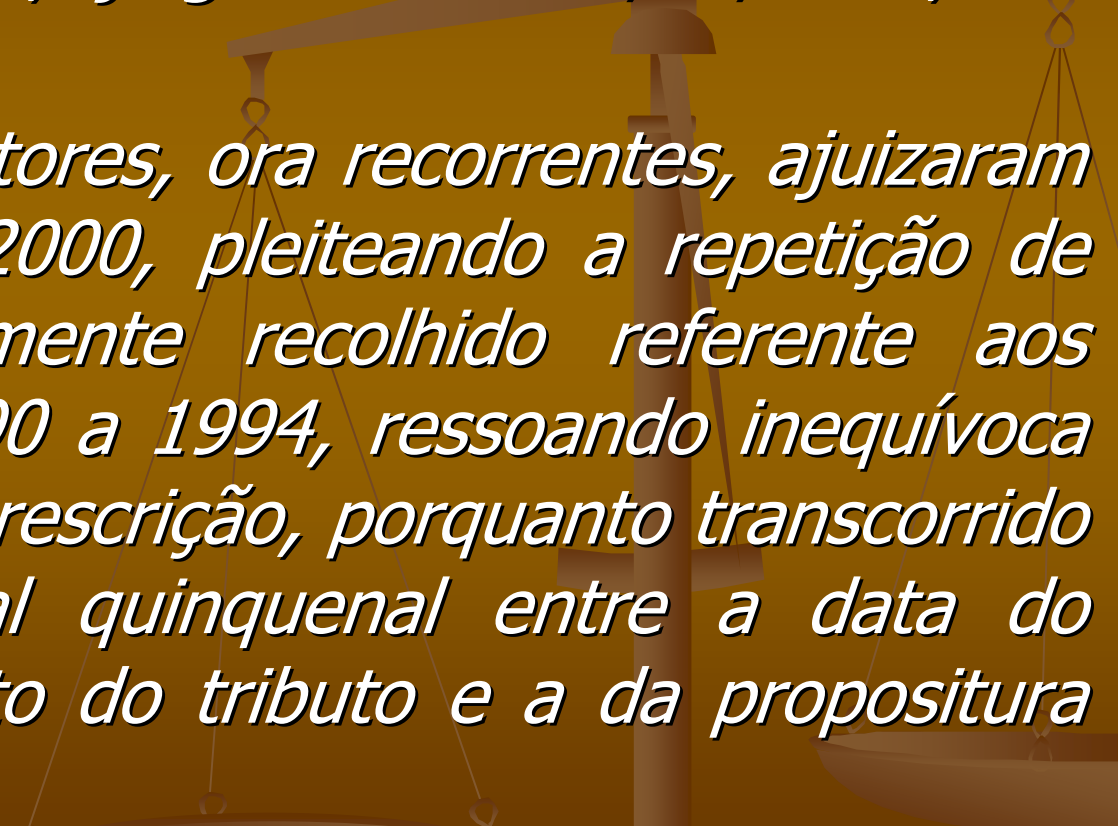
■ *"Ementa.*

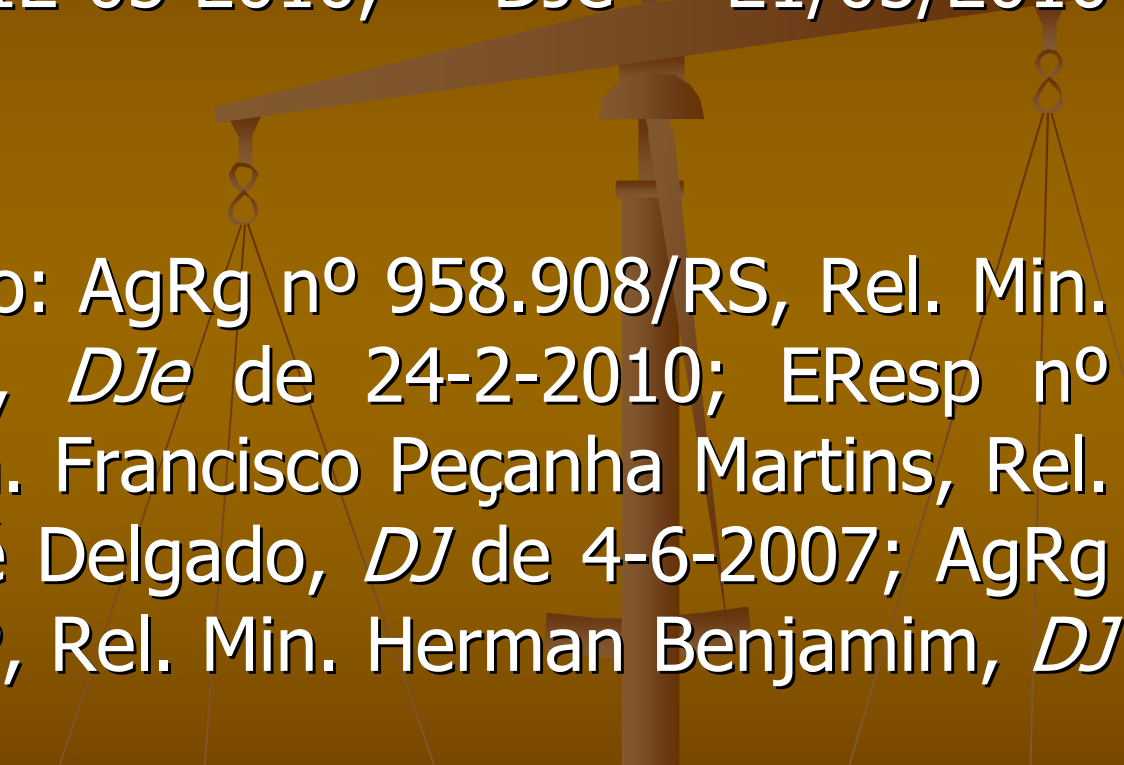
- *TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.*

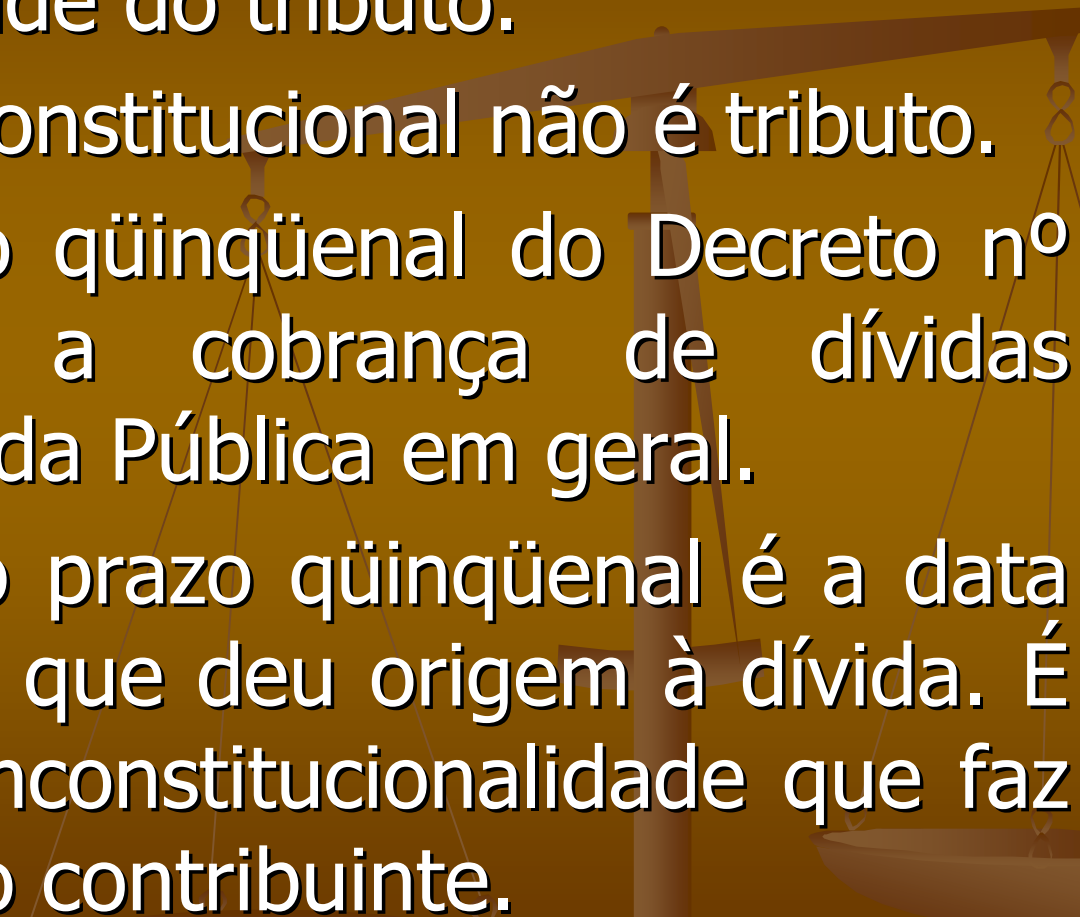
- *1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN. (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009;*

- *AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05)*

- *2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício. (Precedentes: EREsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ*

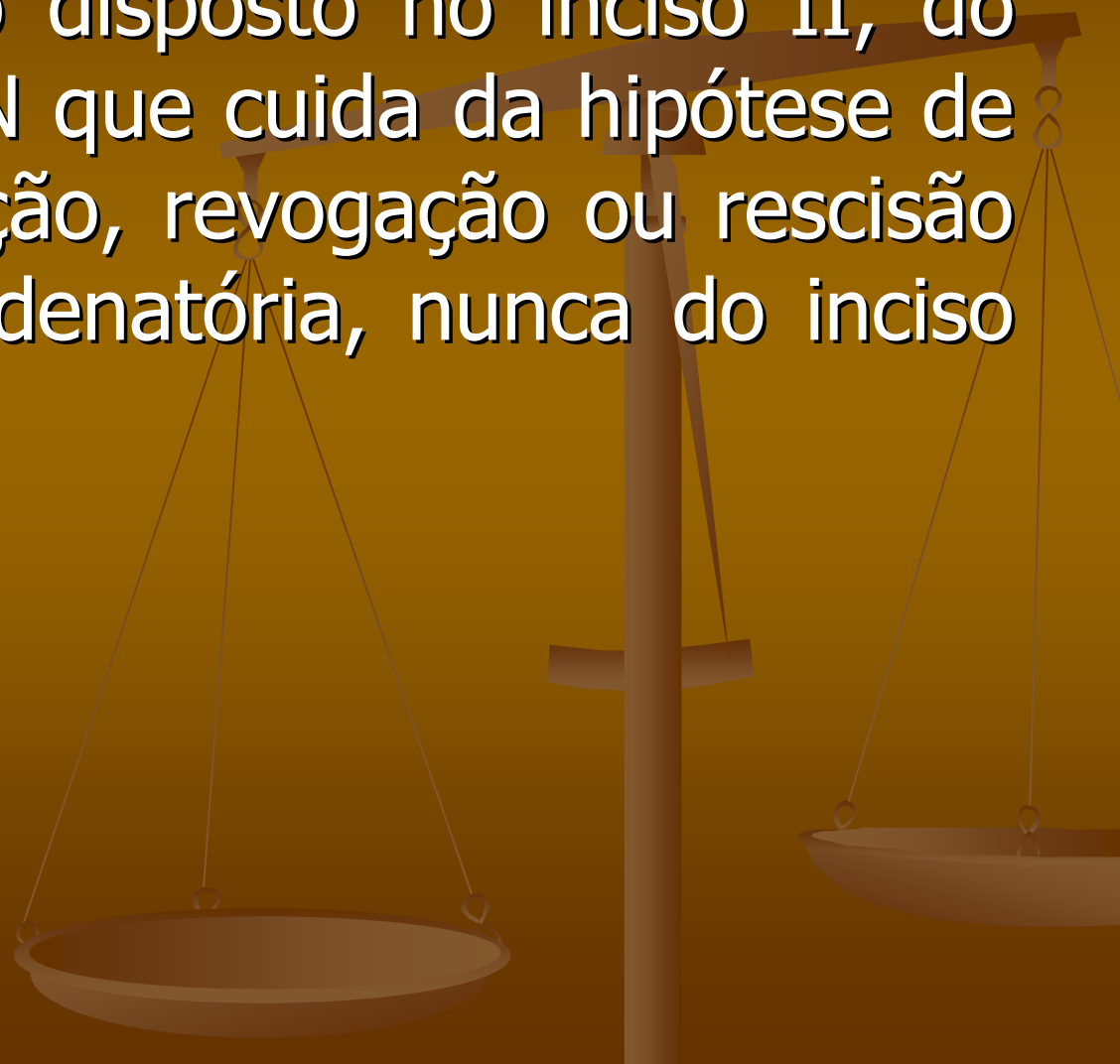
- 
- *DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007)*
 - *3. In casu, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação.*

- 
- *4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008". (REsp. 1110578/SP, Rel. Min. Luiz Fux, data do julgamento 12-05-2010, DJe 21/05/2010 RT vol. 900 p. 204)".*
 - Nesse mesmo sentido: AgRg nº 958.908/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, *DJe* de 24-2-2010; EResp nº 435.835/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ acórdão Min. José Delgado, *DJ* de 4-6-2007; AgRg no Ag nº 803.662/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJ* de 19-12-2007.

- 
- ❖ 3.3. Falta de previsão do CTN para regular a hipótese de declaração de inconstitucionalidade do tributo.
 - ❖ 3.3.1. Tributo inconstitucional não é tributo.
 - Aplica-se o prazo quinquenal do Decreto nº 20.910/32 para a cobrança de dívidas passivas da Fazenda Pública em geral.
 - O termo inicial do prazo quinquenal é a data do fato ou do ato que deu origem à dívida. É a declaração de inconstitucionalidade que faz nascer o direito do contribuinte.

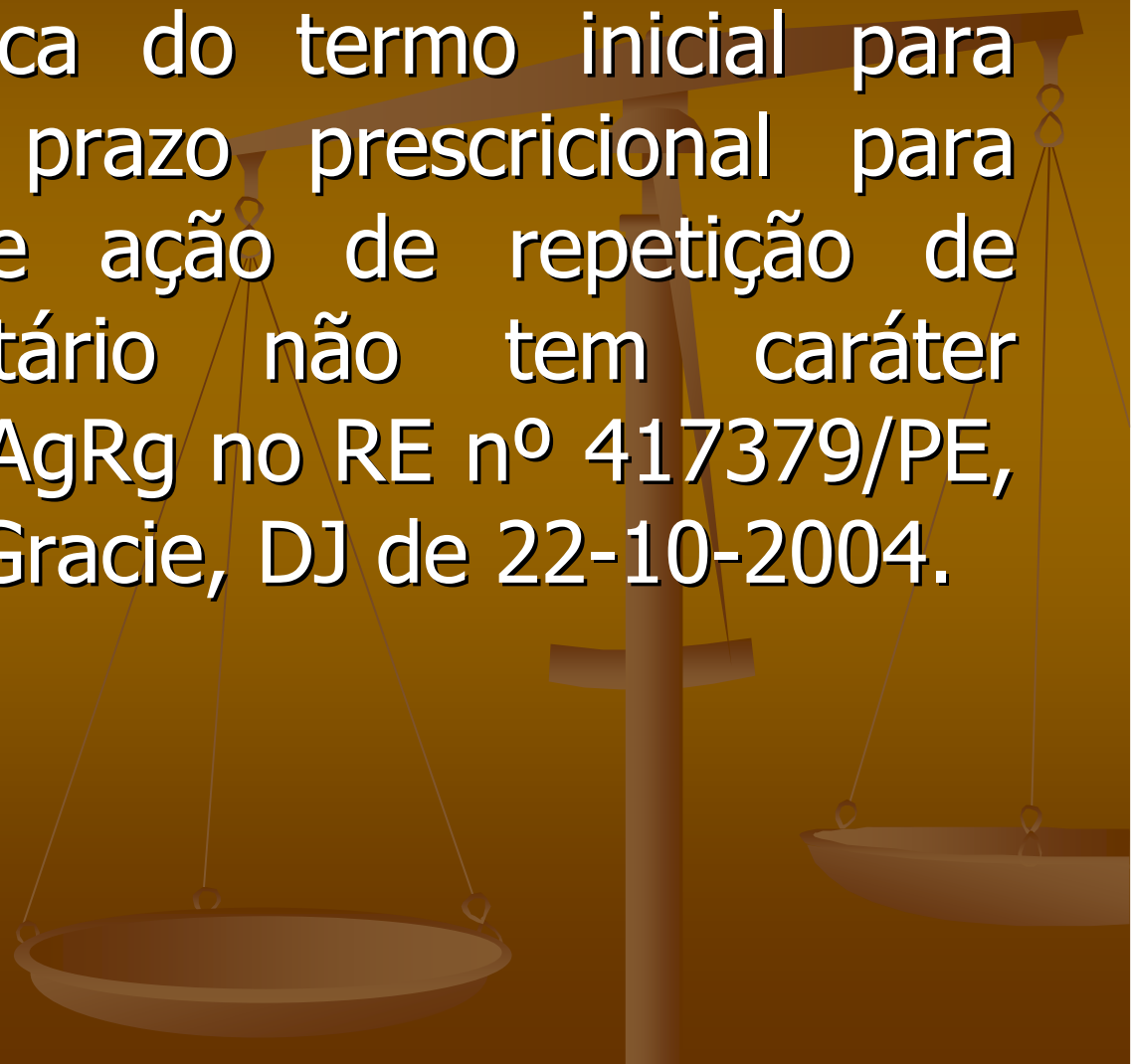
- Ainda que o indébito seja considerado de natureza tributária inaplicável é o inciso I, do art. 168 do CTN, que cuida da extinção do crédito tributário pelo pagamento de tributo legalmente instituído. A lei nasce com presunção de constitucionalidade, e enquanto não decretada a sua inconstitucionalidade cabe ao contribuinte continuar pagando o tributo sob pena de graves sanções pecuniárias, sem falar das sanções políticas, que apesar de proibidas pelo STF, continuam sendo aplicadas.

- Na hipótese de decretação de inconstitucionalidade poder-se-ia aplicar, por analogia, o disposto no inciso II, do art. 168 do CTN que cuida da hipótese de reforma, anulação, revogação ou rescisão da decisão condenatória, nunca do inciso I, do art. 168.

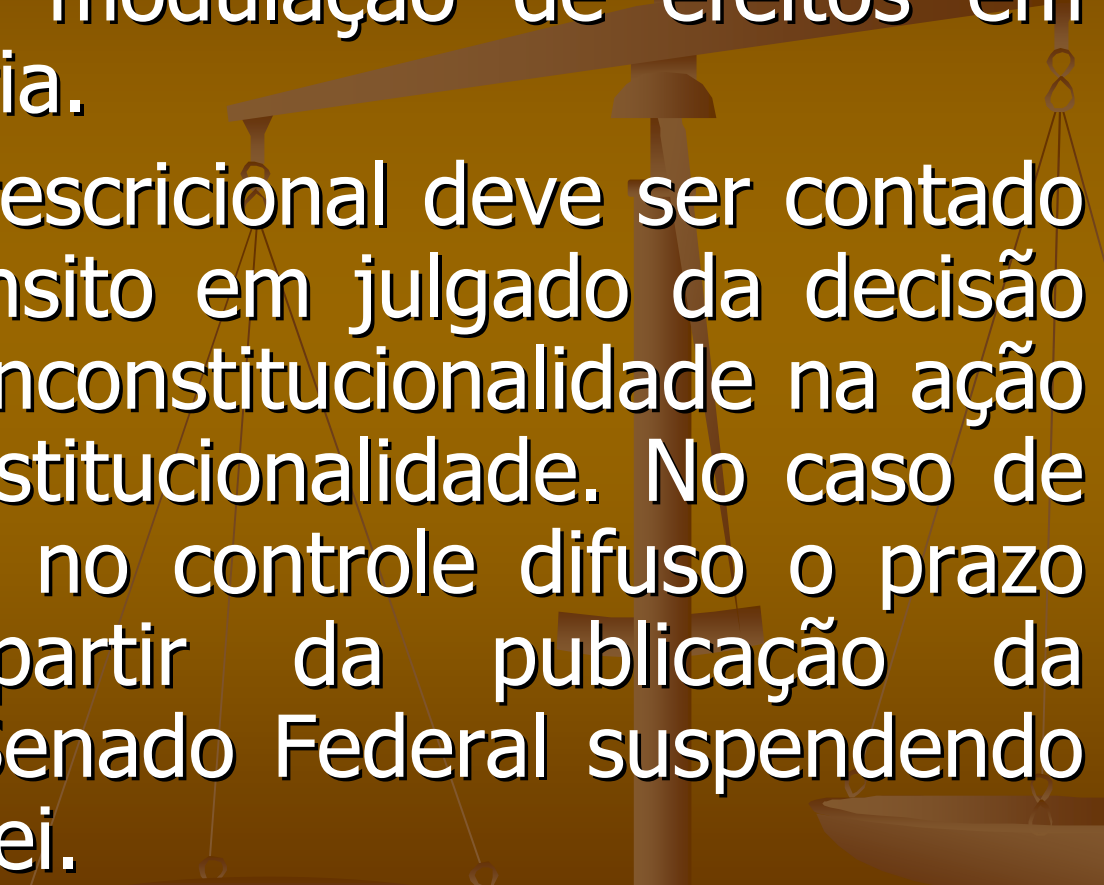


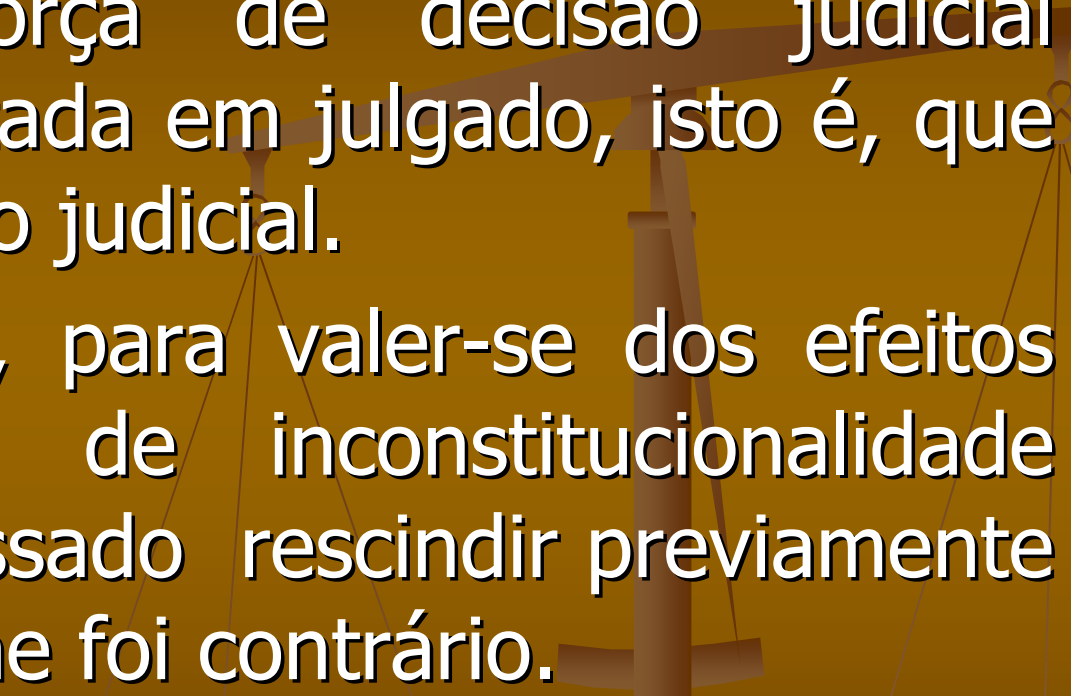
❖ 3.3.2. Posição do STF

- Discussão acerca do termo inicial para contagem do prazo prescricional para ajuizamento de ação de repetição de indébito tributário não tem caráter constitucional: AgRg no RE nº 417379/PE, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 22-10-2004.



4. Conclusões

- ❖ 4.1. Não cabe modulação de efeitos em matéria tributária.
 - ❖ 4.2. O prazo prescricional deve ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão que decreta a inconstitucionalidade na ação direta de inconstitucionalidade. No caso de sua decretação no controle difuso o prazo conta-se a partir da publicação da Resolução do Senado Federal suspendendo a aplicação da lei.
- 

- 
- ❖ 4.3. A atual jurisprudência do STJ só tem aplicação para contribuintes que pagaram o tributo por força de decisão judicial contrária transitada em julgado, isto é, que perderam a ação judicial.
 - Nessa hipótese, para valer-se dos efeitos da decretação de inconstitucionalidade deverá o interessado rescindir previamente o julgado que lhe foi contrário.