

A contagem do prazo prescricional nos tributos declarados inconstitucionais pelo STF. Crítica ao entendimento do STJ à luz da Constituição Federal de 1988

Júlio Cesar Corrêa Santos \*

Atualmente, tem-se decidido reiteradamente no STJ, que o prazo prescricional para se pleitear a devolução de tributo pago indevidamente é de cinco anos contados da declaração de inconstitucionalidade, quando a ilegitimidade da cobrança houver se dado com fundamento em decisão da Suprema Corte, conforme se auffle da seguinte Ementa (1) colhida recentemente:

TRIBUTÁRIO. EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO SOBRE COMBUSTÍVEL. PRESCRIÇÃO.

1. Declarada a inconstitucionalidade da exação pelo Supremo Tribunal Federal, inicia-se o prazo para a restituição dos valores indevidamente recolhidos somente com a publicação do respectivo acórdão na Imprensa Oficial, meio por excelência de exteriorização dos atos do Poder Judiciário.

2. Agravo Regimental improvido.

Data venia, o entendimento da Corte Especial carece de constitucionalidade e de legalidade, por contrariar os dispositivos incertos nos artigos 2º, 5º, inc. II e 146, inc. III, "b", todos da Carta Política e, ainda, por negar vigência a dispositivos do Código

Tributário Nacional que regem especificamente a matéria debatida (arts. 156, 165 e 168).

A primeira vista destaca-se o fato do entendimento jurisprudencial pacificado no STJ provocar grave desrespeito ao Princípio Constitucional da Reserva Legal, pois, mesmo diante de expressa previsão legal criada pelo Poder competente especificamente para a tutela dos interesses do Contribuinte, o Poder Judiciário, negando vigência e força a dispositivos de Lei formalmente válida (Código Tributário Nacional) e contrariando a Constituição cria nova modalidade de prescrição completamente estranha ao ordenamento jurídico pátrio.

O prazo prescricional fixado na decisão colegiada supra transcrita que reflete o entendimento da Corte, não encontra respaldo em nenhum instrumento normativo da obra legislativa pátria, fato que acarreta profunda insegurança jurídica, culminando com o afastamento do campo da legalidade a regulamentação dos prazos de prescrição e decadência tributários, realidade diametralmente oposta com o fim objetivado com a criação dos institutos.

Para que a segurança almejada com a instituição dos prazos prescicionais e decadenciais seja efetivamente alcançada faz-se necessário que referidos lapsos temporais extintivos de direitos sejam providos de poder coercitivo, daí a necessidade de sua indispensável veiculação por meio de Lei, aqui considerada no sentido estrito.

O Ilustre civilista Washington de Barros Monteiro (2) afirma, enfaticamente, o seguinte: "A prescrição resulta exclusivamente de disposição legal".

Este também é o entendimento defendido por Palhares Moreira Reis, Advogado, Doutor em Direito, Professor Visitante da Universidade Moderna de Portugal e Membro da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas, em seu artigo "Decadência e Prescrição", publicado na Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Ano I, nº 4, mar-abr 2000, Síntese, Porto Alegre, onde afirma que "tanto o prazo de decadência como o da prescrição resultam expressamente da lei. Somente a lei é que pode fixar o prazo, uma vez que seus efeitos extinguem o direito ou obstam o exercício deste".

Segue o Doutor o brilhante raciocínio desenvolvido no artigo, concluindo que "na hipótese de omissão da lei quanto ao prazo tem-se o direito como imprescritível, sem falar no caso em que a própria norma o declara com este atributo".

Como já se pode perceber se trata aqui do princípio da legalidade, mais especificamente, conforme a distinção necessária que deve ser feita, do Princípio da Reserva Legal, que no dizer de Alexandre de Moraes, in Direito Constitucional, 9ª ed., Atlas, 2001, "incide tão-somente sobre os campos materiais especificados pela Constituição".

Pode afirmar o que foi dito pregressamente a redação dada a alínea b, do inc. III, do art. 146 da Constituição Federal de 1988, que se encontra redigido da seguinte maneira:

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Observa-se que o Poder Constituinte, antevendo a possibilidade de abusos por parte dos Poderes Tributantes e, na esteira das limitações estabelecidas em seu art. 150, impôs a necessidade de Lei Complementar para a regulamentação da decadência e da prescrição tributária.

Nesse passo, o texto constitucional é absolutamente claro, surgindo o Princípio da Reserva Legal como derivado e corolário do Princípio da Legalidade insculpido no art. 5º, inc. II da Carta Magna com o qual o excerto do texto constitucional acima reproduzido deve ser combinado para melhor compreensão.

Discorrendo sobre o Princípio da Reserva Legal, José Afonso da Silva (3), afirma o seguinte:

"É absoluta a reserva constitucional de lei quando a disciplina da matéria é reservada pela Constituição à lei, com exclusão, portanto, de qualquer outra fonte infralegal, o que ocorre quando ela emprega fórmulas como: 'a lei regulará', 'a lei disporá', 'a lei complementar organizará', 'a lei criará', 'a lei poderá definir' etc". (original sem destaque)

O desacerto das decisões proferidas pelo STJ encontra-se no fato seus fundamentos negarem vigência ao diploma legal previsto no art. 146 da CF/88 - que determina o tratamento da matéria de prescrição e decadência tributários por Lei Complementar, fazendo incidir sobre estas matérias o Princípio da Reserva de Legal - para, afastando a aplicação de seus dispositivos aplicar a contagem de prazos prescricionais que termina por criar, contrariando os dispositivos constitucionais até aqui destacados.

É certo que a Constituição Federal previu no art. 150, inc. I, a possibilidade de serem exigidos tributos, porém condicionou esta possibilidade à formulação de lei, instituindo o Princípio da Legalidade Tributária. Todavia, não é esta uma disposição solitária em defesa do patrimônio do cidadão.

Outros dispositivos constitucionais estão a protegê-lo, dentre os quais se destaca o Princípio da Reserva Legal insculpido no art. 146 da CF/88 referendado alhures.

Tendo o Constituinte originário declinado poderes ao poder constituído para produzir o instrumento normativo que servisse de instrumento ao cumprimento do plano constitucional, todas as vezes que restar configurado o desrespeito ou a negativa de vigência a estes dispositivos, fatalmente estaremos colocados diante de uma contrariedade à Constituição.

Afastar a aplicação do CTN consubstancia, conforme se reitera, fato contrário ao princípio constitucional da Legalidade e da Reserva Legal, e serve para legitimar a cobrança indevida do tributo, vez que evita a imposição de ordem àquele que recebeu o que lhe era indevido de recompor o patrimônio amealhado do contribuinte, afastando

o Estado Brasileiro, que pretende ser de Direito, dos objetivos traçados pelo Constituinte no art. 3º da Carta Magna.

Por isso tão importantes às lições do Mestre Palhares Moreira Reis, supracitadas, que afirmam que diante da ausência de Lei tem-se o direito imprescritível, de forma a evitar o perecimento do direito por forças estranhas àquelas que teriam o poder de fazê-lo, no caso, única e exclusivamente o Código Tributário Nacional, conforme dispostos nos arts. 5º, inc. II e 146, inc. III, b, da Constituição de 1988.

O absurdo é que, no caso, a lei existe e vem sendo escancaradamente ignorada para atender aos interesses do todo poderoso Estado Brasileiro.

Temos como correta a decisão proferida pela Segunda Tribunal Regional Federal da Quarta Região no julgamento da Apelação Cível nº 2000.71.00.016499-2/RS, com ementa publicada em 19/06/2002, que teve como Relator o Juiz Alcides Vettorazzi, que em seu voto deixou consignado o seguinte:

"Cuida-se de contribuição ao PIS no período 10/95 a 02/96.

PRELIMINARES. Prescrição & Decadência. As contribuições sociais, após a CF/88, têm natureza tributária consoante pacífica jurisprudência do STF. A prescrição e decadência tributária regem-se por lei complementar, a teor do art. 146-III-b da CF/88, que, no caso é o CTN. Dessarte, nos tributos sujeitos ao regime de homologação, como é o caso do PIS, o prazo prescricional (rectius: decadencial) para repetição de indébito é de cinco anos (CTN, arts. 168-I c/c 165-I) contados da data da extinção do crédito tributário que por sua vez ocorre com a antecipação do imposto e a homologação (CTN, art. 156-VII). Não havendo prova nos autos da existência de homologação expressa, vislumbra-se ocorrência de homologação tácita (CTN: art. 150, par. 4º) com a fluência de cinco anos da data do recolhimento. A partir daí, inicia-se a contagem do prazo prescricional quinquenal. Sendo a legislação de regência o CTN, afasta-se regras do Código Civil, do Decreto 20.910/32 ou pretense início da contagem do prazo prescricional a partir da data da publicação da Resolução do Senado n. 49 (DOU 10-10-95). Ajuizada a presente ação em 20-06-2000 não resta prescrito (rectius: decaído) direito a ressarcimento de valores atinentes às competências 10/95 a 2/96". (com destaques por nossa conta)

Roque Antonio Carrazza (4), ao discorrer sobre o Princípio da Legalidade, nos deixa a seguinte lição:

"O Legislador ao elaborar a lei, deve, obviamente, obedecer à Constituição. Não nos demoraremos, porém, em demonstrar esta acaciana verdade. O que queremos enfatizar é que, não é só ele que deve fazê-lo. Mais até que o legislador, o administrador público e o juiz – por não serem senhores, mas servidores da lei – estão intensamente subordinados à Constituição, inclusive a seus magnos princípios. É a ela, antes da própria lei, que devem mirar, enquanto desempenham suas relevantes funções".

Tal digressão mostra-se necessária ao passo que constatamos que as limitações constitucionais ao poder de tributar foram criadas com vistas a evitar que os entes tributante, possuídos pela voracidade arrecadatória, fossem longe demais na invasão do patrimônio do Contribuinte. Todavia, o que se observa na jurisprudência do STJ é que o Poder Judiciário, que seria responsável pela contenção dos abusos, hoje alimenta incessantemente a fome do Fisco, impossibilitando a devolução daquilo que foi pago indevidamente, terminando por validar o pagamento de tributo inconstitucional.

Destes argumentos, fica clara a impossibilidade de que o entendimento do STJ sobre a prescrição em matéria tributária venha a resistir a uma possível análise à Luz da Constituição, pelo que acreditamos que a Corte Especial, dentro em breve, deverá rever o seu posicionamento adequando-o ao entendimento que começa a germinar no Tribunal Regional da Quarta Região, como, a propósito, o tem feito ao longo dos anos quando sua jurisprudência se mostrou contrária ao melhor Direito e à Justiça.

---

Notas

01. STJ, 2ª T., AGA 491.889/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 30.06.2003, p. 307.

02. Curso de Direito Civil, 20ª ed., 1981, primeiro volume, parte geral, p. 288,

03. Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. rev. e atual., Malheiros, São Paulo, 1999. p. 423/4.

04. Curso de Direito Constitucional Tributário, 16ª ed. rev., amp. e atual., Malheiros, São Paulo, 2001. p. 212.

\* Advogado

Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4548> > Acesso em: 19 set. 2008.