



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.107.046 - RS (2008/0221516-5)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : EPCOS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : RAFAEL LACERDA PAIANI E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : OS MESMOS

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL A CONTAR DE CADA PAGAMENTO INDEVIDO. APLICAÇÃO RETROATIVA IMPRÓPRIA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO NOVO PRAZO ÀS AÇÕES AJUIZADAS A PARTIR DE 9.6.2005. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC.

1. O egrégio STF concluiu o julgamento de mérito do RE 566.621/RS em repercussão geral, em 4.8.2011, afastando parcialmente a jurisprudência do STJ fixada no REsp 1.002.932/SP (repetitivo).

2. O STF ratificou a orientação do STJ, no sentido de ser indevida a retroatividade do prazo de prescrição quinquenal, com base na LC 118/2005, para o pedido de repetição do indébito relativo a tributo lançado por homologação. Entretanto, em relação ao termo e ao critério para que incida a novel legislação, entendeu "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 9.6.2005", afastando o óbice à incidência sobre pagamentos realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.

3. No presente caso, a demanda foi ajuizada após o início de vigência da LC 118/2005, devendo, portanto, ser aplicado o prazo prescricional quinquenal contado a partir do pagamento indevido na forma do seu art. 3º.

4. Juízo de retratação nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC. Mantido o acórdão da Segunda Turma em relação às demais matérias.

5. Agravo Regimental da contribuinte não conhecido. Agravo Regimental da Fazenda provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental de Epcos do Brasil Ltda; deu provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 26 de junho de 2012(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.107.046 - RS (2008/0221516-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : EPCOS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : RAFAEL LACERDA PAIANI E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : OS MESMOS

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravos Regimentais interpostos contra decisão monocrática (fls. 151-154) que determinou: a) a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins; e b) a aplicação da tese dos "cinco mais cinco" à contagem do prazo prescricional na repetição de indébitos tributários.

A EPCOS DO BRASIL LTDA. argumenta que "o valor do ICMS destacado na nota fiscal não pode ser incluído na base de cálculo do Pis e da Cofins" (fl. 164).

A Fazenda Nacional alega ser constitucional a retroação do art. 3º da LC 118/2005, expressamente prevista em seu art. 4º.

A Segunda Turma, em um primeiro julgamento, negou provimento ao Agravo Regimental, aplicando entendimento fixado no REsp 1.002.932/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC, no que se refere à chamada "tese do cinco mais cinco".

Foi interposto Recurso Extraordinário, e, após o julgamento do RE 566.621/RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11/10/2011), submetido ao regime da repercussão geral, a Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça determinou-me a remessa dos autos para os fins do § 3º do art. 543-B do Código de Processo Civil.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.107.046 - RS (2008/0221516-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Como relatado, a Segunda Turma julgou o presente Recurso Especial nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 3º DA LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

1. Conforme decidido pela Corte Especial, é inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do disposto em seu art. 3º.

2. O critério para a aplicação da novel legislação é a data do pagamento indevido, e não a do ajuizamento da ação ou da ocorrência do fato gerador.

3. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.

4. Agravo Regimental não provido.

De fato, aplicou entendimento fixado no REsp 1.002.932/SP, na sistemática do art. 543-C do CPC, no que se refere à chamada "tese do cinco mais cinco".

Ocorre que o egrégio STF concluiu o julgamento de mérito do RE 566.621/RS, em repercussão geral, em 4.8.2011, afastando parcialmente a jurisprudência do STJ fixada no REsp 1.002.932/SP (repetitivo), conforme a seguinte 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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 provido.

(RE 566621/RS, 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)

Assim, percebe-se que a Suprema Corte ratificou o entendimento do STJ, no sentido de ser indevida a aplicação retroativa do prazo prescricional quinquenal para o pedido de repetição do indébito relativo a tributo lançado por homologação. Entretanto, em relação ao termo e ao critério para aplicação da novel legislação, o egrégio STF entendeu "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 9.6.2005", e não aos pagamentos indevidamente realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.

No presente caso, a ação foi proposta após o início de vigência da LC 118/2005, devendo, portanto, ser aplicado o prazo prescricional quinquenal contado a partir do pagamento indevido na forma do seu art. 3º.

Quanto ao Agravo Regimental da contribuinte, o acórdão proferido pela Segunda Turma, pelo não conhecimento, fica mantido por seus próprios fundamentos:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em relação à exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da COFINS, a decisão monocrática está assim fundamentada:

A discussão em torno da possibilidade de inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da COFINS tem caráter constitucional. Com efeito, discute-se o conceito de faturamento a que se refere o art. 195, I, da Constituição da República.

Nessa linha, forçoso reconhecer que a questão não foi dirimida pela instância de origem à luz dos dispositivos de lei federal apontados como violados (o art. 2, § 2º, da Lei 9.317/1996; o art. 1º da Lei 10.637/2002; o art. 1º da Lei 10.833/2003; e o art. 110 do CTN).

Assim, ante a ausência de prequestionamento, é inviável o conhecimento do recurso nesse ponto. Aplicação, por analogia, da Súmula 282/STF.

Quanto à alínea "c" do permissivo constitucional, verifica-se que os acórdãos apontados como paradigmáticos têm fundamento constitucional. Na verdade, os precedentes mencionados no Recurso Especial analisam o alcance do art. 195, I, da CF/1988.

Ora, não cabe ao STJ dirimir dissídio jurisprudencial referente a normas constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída ao STF.

Assim, se a parte não demonstra que o acórdão recorrido e o paradigmático conferiram interpretação divergente a determinada lei federal, não há como admitir o apelo com base no art. 105, III, "c", da Constituição.

A leitura do Agravo Regimental da empresa evidencia que não foram atacadas as razões da decisão monocrática. Com efeito, a recorrente deixou de combater as teses de que a matéria é de cunho constitucional e de que os dispositivos legais tidos por violados não foram objeto de prequestionamento.

De fato, a agravante limitou-se a adentrar o mérito do Recurso Especial, sem demonstrar o preenchimento dos requisitos de admissibilidade.

Da mesma forma, em relação à alínea "c" do permissivo constitucional, não houve combate ao fundamento da decisão vergastada: "não cabe ao STJ dirimir dissídio jurisprudencial referente a normas constitucionais, sob pena de usurpação da competência atribuída ao STF".

Assim, não se pode conhecer do Agravo Regimental da empresa. Aplicação da Súmula 182/STJ.

Dessa forma, aplico em juízo de retratação a jurisprudência fixada pelo egrégio Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC, e dou provimento ao Agravo Regimental da Fazenda, mantendo o acórdão na parte que não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conheceu do Agravo Regimental da contribuinte.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2008/0221516-5 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgRg no**
1.107.046 / RS

Números Origem: 200771000033557 200804000267015

PAUTA: 26/06/2012

JULGADO: 26/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : EPCOS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : RAFAEL LACERDA PAIANI E OUTRO(S)
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : EPCOS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : RAFAEL LACERDA PAIANI E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : OS MESMOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, não conheceu do agravo regimental de Epcos do Brasil Ltda; deu provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.