



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.254 - SP (2009/0090371-5)

RELATOR : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**
REVISOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA E
OUTRO(S)
RÉU : SOBAR S/A AGROPECUÁRIA
ADVOGADO : AFONSO HENRIQUE ALVES BRAGA - SP122093

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". OFENSA LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI. ART. 97 DA CF. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A decisão rescindenda adotou entendimento consolidado no STJ sobre a prescrição decenal dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

2. A violação da lei, para justificar a procedência da demanda rescisória, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade, o que não ocorreu no caso dos autos, uma vez que privilegiou entendimento consolidado no âmbito da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 435.835/SC em 24.3.2004, posteriormente convalidado, em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.002.932/SP.

3. Como a ação de repetição de indébito foi ajuizada em 20.5.1997, anteriormente à vigência da LC 118/2005, é plenamente aplicável, pois, a tese jurisprudencial dos "cinco mais cinco".

Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Herman Benjamin, Assusete Magalhães e Regina Helena Costa, julgou improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator." Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 28 de setembro de 2016(Data do Julgamento)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.254 - SP (2009/0090371-5) (f)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA E OUTRO(S)
RÉU : SOBAR S/A AGROPECUÁRIA
ADVOGADO : AFONSO HENRIQUE ALVES BRAGA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de ação rescisória ajuizada pela FAZENDA NACIONAL, com fundamento no art. 485, inciso V, do CPC, para desconstituir acórdão da Primeira Turma do STJ que se debruçou sobre o tema "prescrição – tese dos cinco mais cinco". Eis a ementa do julgado rescindendo (fl. 171):

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DAS MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA.PRESCRIÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DOS ERESP 435.835/SC.

1. A decisão agravada está em perfeita consonância com a orientação consolidada no julgamento dos EREsp 435.835/SC, no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a compensação ou a restituição do que foi indevidamente pago somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, contados a partir da homologação tácita.

2. A LC 118/2005 não se limitou a esclarecer dúvida advinda da interpretação do art. 168, I, do CTN. Com efeito, o art. 3º da mencionada lei objetiva alterar a orientação consagrada nesta Corte Superior.

3. A Primeira Seção desta Corte, concluindo o julgamento dos Embargos de Divergência 327.043/DF, na sessão do dia 27.4.2005, entendeu por negar-lhes provimento, firmando a orientação de que a LC 118/2005, ao estabelecer que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado, inovou no plano normativo.

4. Por esse motivo, afastou-se a assertiva de que a referida norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se a sua aplicabilidade, em atenção ao princípio da anterioridade tributária, às situações verificadas após a sua vigência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. *Agravo regimental a que se nega provimento*" (AgRg no Ag 692.892/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 24/10/2005, p. 194.);

Afirma a autora que o *decisum* acima transcrito, ao afastar a incidência dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005, violou o art. 97 da CF/88, em desrespeito à Cláusula de Reserva de Plenário.

Defende a inaplicabilidade da Súmula 343/STF quando a discussão na rescisória envolve matéria de cunho constitucional.

Alegações finais apresentadas pelo autor (fls. 331/333) e pela ré (fls. 355/363).

Parecer do MPF (fls. 345/353), no sentido de que sejam julgados improcedentes os pedidos da ação rescisória.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.254 - SP (2009/0090371-5) (f)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". OFENSA LITERAL A DISPOSITIVO DE LEI. ART. 97 DA CF. NÃO OCORRÊNCIA.

1. A decisão rescindenda adotou entendimento consolidado no STJ sobre a prescrição decenal dos tributos sujeitos a lançamento por homologação.

2. A violação da lei, para justificar a procedência da demanda rescisória, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade, o que não ocorreu no caso dos autos, uma vez que privilegiou entendimento consolidado no âmbito da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 435.835/SC em 24.3.2004, posteriormente convalidado, em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.002.932/SP.

3. Como a ação de repetição de indébito foi ajuizada em 20.5.1997, anteriormente à vigência da LC 118/2005, é plenamente aplicável, pois, a tese jurisprudencial dos "cinco mais cinco".

Ação rescisória improcedente.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

As hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas de plano, sob pena de indeferimento da inicial e extinção do processo sem julgamento do mérito.

Quanto ao termo *a quo* da prescrição, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 435.835/SC em 24.3.2004, adotou o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação, a prescrição do direito de pleitear a restituição ou compensação ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anos, a partir da homologação tácita.

Logo, não há falar em afronta ao art. 97 da Constituição Federal, pois a questão tratada nos autos foi decidida e fundamentada à luz da legislação federal, sendo que, nos termos em que foi editada a Súmula Vinculante 10 do STF, a violação da cláusula de reserva de plenário só ocorre quando a decisão, embora sem explicitar, afasta a incidência da norma ordinária pertinente à lide, para decidi-la sob critérios diversos alegadamente extraídos da Constituição.

Ademais, posteriormente, a Corte Especial, no julgamento da AI no EREsp 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, a qual estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, porquanto ofende os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

O entendimento de referidos precedentes foi reiterado pela Primeira Seção, em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.002.932/SP, oportunidade em que se reafirmou que, *"em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005), o prazo prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua observando a cognominada tese dos cinco mais cinco, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal (regra que se coaduna com o disposto no artigo 2.028, do Código Civil de 2002" e, bem assim, que "a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão 'observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional', constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos EREsp 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007)".*

Elucide-se que, no entanto, este entendimento foi superado quando, sob o regime de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária realizada em 4.8.2011, no julgamento do Recurso Extraordinário 566.621/RS (DJe 18.8.2011), pacificou a tese de que o prazo prescricional de cinco anos definido na Lei Complementar 118/2005 incidirá sobre as ações de repetição de indébito ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova lei (9.6.2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência.

Na ocasião, o Tribunal Pleno daquela Corte reconheceu, por maioria, nos termos do voto da relatora Ministra Ellen Gracie, a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, por violação do princípio da segurança jurídica, nos seus conteúdos de proteção da confiança e de acesso à Justiça, com suporte implícito e expresso nos arts. 1º e 5º, XXXV, da CF, o que veda a aplicação retroativa do prazo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

prescricional quinquenal.

De outra feita, reconheceu que o art. 4º da LC 118/2005, na parte em que estabeleceu *vacatio legis* alargada de 120 dias, teria cumprido com a função de conceder prazo suficiente para que os contribuintes tomassem conhecimento do novo prazo e pudessem agir, ajuizando ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Assim, concluiu a Corte Suprema que, vencida a *vacatio legis* de 120 dias, seria válida a aplicação do prazo de 5 anos às ações ajuizadas a partir de então, ficando inconstitucional apenas sua aplicação às ações ajuizadas anteriormente a essa data.

Ressalte-se que a Primeira Seção do STJ, na assentada de 23.05.2012, julgou o REsp 1.269.570-MG, Rel. Min. Mauro Campbell, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei n. 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC. No julgamento, prestigiou-se o entendimento do Pretório Excelso, tendo em vista que os Tribunais infraconstitucionais devem curvar-se ao Eg. STF, por força do art. 102, § 2.º, da Carta Magna, o qual impõe efeito vinculante às decisões definitivas de mérito proferidas em repercussão geral.

Todavia, como a ação de repetição de indébito foi ajuizada em 20.5.1997, anteriormente à vigência da LC 118/2005, plenamente aplicável, pois, a tese jurisprudencial dos "cinco mais cinco".

Com efeito, a decisão rescindenda adotou entendimento consolidado no STJ sobre a prescrição decenal.

A violação da lei, para justificar a procedência da demanda rescisória, nos termos do art. 485, V, do Código de Processo Civil, deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade, o que não ocorreu no caso dos autos, uma vez que a decisão privilegiou entendimento consolidado no âmbito da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos EREsp 435.835/SC em 24.3.2004, da Corte Especial AI nos EREsp 644736/PE, em 6.6.2007, posteriormente convalidado, em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do Recurso Especial repetitivo 1.002.932/SP.

No mesmo sentido, confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ISS. PRESCRIÇÃO. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE APLICA A TESE DOS CINCO MAIS CINCO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL CONTROVERTIDA. SÚMULA 343/STF. ACÓRDÃO RESCINDENDO EM SINTONIA COM A ATUAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO EVIDENCIADA. ALEGAÇÃO DO MUNICÍPIO AUTOR DE QUE A LEI LOCAL DETERMINA A HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA DO ISS. FATO DESINFLUENTE, PORQUANTO O ACÓRDÃO RESCINDENDO LIMITOU-SE À APLICAÇÃO DA TESE JURÍDICA, SEM INDICAR A ESPÉCIE DE HOMOLOGAÇÃO E OS PERÍODOS PRESCRITOS. QUESTÃO QUE PODERIA SER DIRIMIDA EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA.

1. Ação rescisória pela qual o município autor, com supedâneo no inciso V do art. 485 do CPC, busca desconstituir o acórdão rescindendo ao argumento de que a homologação do Imposto Sobre Serviços (ISS) no Município do Rio de Janeiro, em face de norma local, é sempre expressa, motivo por que não é possível aplicar a tese denominada "cinco mais cinco" à contagem do lapso prescricional para a repetição de indébito.

2. O Superior Tribunal de Justiça, depois de algumas oscilações, consolidou seu entendimento de que o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação é de cinco anos contados da homologação, que, se tácita, ocorre depois de transcorridos cinco anos do fato gerador; essa é a denominada de tese dos "cinco mais cinco" que veio a ser firmada no julgamento do EREsp 435.835/SC, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 04/06/2007.

3. Com o advento da LC 118/05, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral reconhecida nos autos do RE 566.621/RS, proclamou que a prescrição quinquenal, na acepção disciplinada na Lei Complementar n. 118/2005, ou seja, contada do pagamento, somente se aplica às ações ajuizadas após 9/6/2005. Para as ações pretéritas a essa data, portanto, deve ser aplicada a jurisprudência já então sedimentada no âmbito do STJ, concernente à tese dos "cinco mais cinco" para o prazo de prescrição das ações de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação. Na espécie, a demanda foi ajuizada no ano de 2001 (fl. 52), data anterior à vigência da LC n. 118/2005, sendo aplicável, in casu, a tese jurisprudencial dos "cinco mais cinco". Não há, portanto, falar em flagrante violação à literal disposição de lei a respaldar o pedido de mitigação da coisa julgada.

4. Ademais, no caso em apreço, a decisão rescindenda restringiu-se apenas a aplicar a mencionada tese jurídica, sem, contudo, especificar a espécie de homologação procedida e os períodos atingidos pela prescrição. Cabia, desse modo, às partes zelarem pela correta aplicação dessa tese jurídica por ocasião da liquidação da sentença, indicando, aí sim, a espécie de homologação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e os recolhimentos já então prescritos, sob pena de preclusão.

5. *Ação rescisória inadmissível*" (AR 4.533/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 15/08/2012.).

Em suma, a violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo, que não ocorreu no caso dos autos.

Ante o exposto, julgo improcedente a ação rescisória e condeno o autor ao pagamento de honorários no importe de R\$1.000,00.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0090371-5 PROCESSO ELETRÔNICO AR 4.254 / SP

Números Origem: 199903990890472 200501161510

PAUTA: 24/08/2016

JULGADO: 24/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Revisor

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA E OUTRO(S)
RÉU : SOBAR S/A AGROPECUÁRIA
ADVOGADO : AFONSO HENRIQUE ALVES BRAGA

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Finsocial

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro Relator julgando improcedente a ação rescisória, pediu vista o Sr. Ministro Herman Benjamin (Revisor). Aguardam os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF da 3a. Região)."

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.254 - SP (2009/0090371-5)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Senhor Presidente, o voto do Senhor Ministro Herman Benjamin demonstrou que, embora a conclusão acabe sendo a mesma, quanto ao Agravo Regimental, a fundamentação é diversa. Na segunda etapa do julgamento da Rescisória, Sua Excelência demonstra que houve ofensa ao art. 97 da Constituição Federal e à Súmula Vinculante 10, do STF.

Em função disso, acompanho a divergência parcial, do Ministro Herman Benjamin.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.254 - SP (2009/0090371-5)

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA E OUTRO(S)
RÉU : SOBAR S/A AGROPECUÁRIA
ADVOGADO : AFONSO HENRIQUE ALVES BRAGA

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO À CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PARA REPETIÇÃO DO INDÉBITO. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE PARA, EM JUÍZO RESCISÓRIO, DESCONSTITUIR O ACÓRDÃO ANTERIOR, MAS, EM NOVO JULGAMENTO, CHEGAR AO MESMO RESULTADO.

HISTÓRICO DA DEMANDA

1. Ação Rescisória ajuizada com base no art. 485, V, do CPC/1973 com o fito de desconstituir acórdão que teria afastado a aplicabilidade dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005 com inobservância da cláusula da reserva de plenário, pelo que teria sido violada a literalidade do art. 97 da Constituição.

DECADÊNCIA

2. *"Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência"* (Súmula 106/STJ).

JUÍZO RESCINDENDO

3. O art. 3º da LC 118/95 buscou alterar o entendimento consolidado no STJ sobre o prazo decadencial para repetição de indébito nos tributos lançados por homologação, e o art. 4º da mesma lei, a pretexto de ser interpretativa a lei, pretende que seja aplicada a casos pretéritos.

4. *"Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"* (Súmula Vinculante 10/STF).

5. O acórdão rescindendo, embora não tenha declarado a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005, afastou a aplicabilidade de sua parte final. Assim, violada a literalidade do art. 97 da Constituição, deve ser rescindido o acórdão.

JUÍZO RESCISÓRIO

6. A controvérsia sobre a aplicação dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/95 foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, sob o regime da repercussão geral, do RE 566.621, de relatoria da Min. Ellen Gracie.

7. Essa orientação foi acatada pelo STJ, em novo julgamento da questão sobre a sistemática dos recursos repetitivos: *"3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN. 4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009. 5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 1269570/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012).

8. No caso concreto, a Ação Ordinária foi proposta pela ré em 20-5-1997, muito antes da vigência da LC 118/2005. Assim, o Regimental não merece provimento.

CONCLUSÃO

9. Divirjo do eminente Relator e julgo parcialmente procedente a Ação Rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão proferido no AgRg no AI 692.892, mas, em juízo rescisório, chegar à mesma conclusão do julgamento anterior e negar provimento ao Agravo Regimental.

VOTO-REVISÃO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN:

1. Histórico da demanda

Trata-se de Ação Rescisória ajuizada com base no art. 485, V, do CPC/1973 com o fito de desconstituir acórdão que teria afastado a aplicabilidade dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005 com inobservância da cláusula da reserva de plenário, pelo que teria sido violada a literalidade do art. 97 da Constituição.

O acórdão rescindendo tem a ementa:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DAS MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA.

PRESCRIÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA PRIMEIRA SEÇÃO NO JULGAMENTO DOS ERESP 435.835/SC.

1. A decisão agravada está em perfeita consonância com a orientação consolidada no julgamento dos ERESP 435.835/SC, no sentido de que, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a compensação ou a restituição do que foi indevidamente pago somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- acrescidos de mais cinco, contados a partir da homologação tácita.
2. A LC 118/2005 não se limitou a esclarecer dúvida advinda da interpretação do art. 168, I, do CTN. Com efeito, o art. 3º da mencionada lei objetiva alterar a orientação consagrada nesta Corte Superior.
3. A Primeira Seção desta Corte, concluindo o julgamento dos Embargos de Divergência 327.043/DF, na sessão do dia 27.4.2005, entendeu por negar-lhes provimento, firmando a orientação de que a LC 118/2005, ao estabelecer que a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado, inovou no plano normativo.
4. Por esse motivo, afastou-se a assertiva de que a referida norma teria natureza meramente interpretativa, limitando-se a sua aplicabilidade, em atenção ao princípio da anterioridade tributária, às situações verificadas após a sua vigência.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no Ag 692.892/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/09/2005, DJ 24/10/2005, p. 194)

A ré alega inicialmente a decadência do direito de a autora propor a ação, uma vez que sua citação só se deu quase um ano após a propositura da ação. No mérito, defende a improcedência do pedido.

O Ministério Público Federal opinou pela procedência da ação, mas, em juízo rescisório, pelo desprovimento do recurso de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento.

2. Decadência do direito de ação

O trânsito em julgado do acórdão rescindendo aconteceu em 14-5-2007 (fl. 47) pelo que, tendo sido a ação sido ajuizada em 13-5-2009 (fl. 2), ela o foi antes do decurso do prazo de 2 anos que era estabelecido no art. 495 do CPC/1973.

A demora na citação não altera essa conclusão, pois *"proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência"* (Súmula 106/STJ).

3. Juízo rescindendo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O art. 3º da LC 118/95 buscou alterar o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça sobre o prazo decadencial para repetição de indébito nos tributos lançados por homologação, e o art. 4º da mesma lei, a pretexto de ser interpretativa a lei, pretende que seja aplicada a casos pretéritos:

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.

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.

O acórdão rescindendo, embora não tenha declarado a inconstitucionalidade do referido art. 4º, afastou a aplicabilidade de sua parte final. Assim fazendo-o, violou a literalidade do art. 97 da Constituição, conforme a Súmula Vinculante 10/STF, que estabelece que *"viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"*.

Assim, violada a literalidade do art. 97 da Constituição, devendo ser rescindido o acórdão.

4. Juízo rescisório

Em juízo rescisório, deve ser feito novo julgamento do Agravo Regimental decidido pelo acórdão rescindido. O relatório originalmente elaborado pela eminente Min. Denise Arruda sintetiza perfeitamente a questão (fl. 165):

Trata-se de agravo regimental (fls. 91-96) interposto em face de decisão monocrática sintetizada na seguinte ementa:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FINSOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DAS MAJORAÇÕES DE ALÍQUOTA. PRESCRIÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO NO JULGAMENTO DO ERESP 435.835/SC.

1. Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para pleitear a compensação ou a restituição do que foi indevidamente pago somente se encerra quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco, contados a partir da homologação tácita.
2. Agravo de instrumento conhecido para, desde logo, negar seguimento ao recurso especial."

A agravante aduz, em síntese, que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos de que dispõe o contribuinte para pleitear a restituição do indébito tributário começa a fluir no momento da extinção do crédito tributário, ou seja, a partir do dia em que ocorre o pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN, nos termos do art. 3º da LC 118/2005, de caráter meramente interpretativo. Sustenta, ainda, que as leis interpretativas podem ser aplicadas retroativamente, a teor do que dispõe o art. 106, I, do CTN.

Ora, a controvérsia sobre a aplicação da Lei Complementar 118/95 foi dirimida pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário 566.621, de que foi relatora a eminente Ministra ELLEN GRACIE, que assim ficou ementado:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 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)

Esse posicionamento, naturalmente, foi acatado pelo Superior Tribunal de Justiça, inclusive em recurso representativo de controvérsia:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n.

1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012)

Assim, o entendimento é de que a Lei Complementar 118 aplica-se às ações ajuizadas após a sua vigência, ou seja, a partir de 09-6-2005. Às anteriores, aplica-se a tese dos "cinco mais cinco".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No caso concreto, a Ação Ordinária foi proposta pela ré em 20-5-1997 (fl. 6 do apenso), muito antes da vigência da LC 118/2005. Assim, o Regimental não merece provimento.

5. Conclusão

Divirjo do eminente relator e julgo parcialmente procedente a Ação Rescisória para, em juízo rescindendo, desconstituir o acórdão proferido no AgRg no AI 692.892, mas, **em juízo rescisório, chegar à mesma conclusão do julgamento anterior e negar provimento ao Agravo Regimental.**

Tratando-se de ação anterior ao CPC/2015 e tendo em vista a sucumbência recíproca, considero os honorários advocatícios compensados.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0090371-5 PROCESSO ELETRÔNICO AR 4.254 / SP

Números Origem: 199903990890472 200501161510

PAUTA: 24/08/2016

JULGADO: 28/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Revisor

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

AUTOR : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : RAFAEL VASCONCELLOS DE ARAÚJO PEREIRA E OUTRO(S)
RÉU : SOBAR S/A AGROPECUÁRIA
ADVOGADO : AFONSO HENRIQUE ALVES BRAGA - SP122093

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Finsocial

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Herman Benjamin, Assusete Magalhães e Regina Helena Costa, julgou improcedente a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sérgio Kukina e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.