



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.914 - PR (2009/0165356-5)

RELATOR : **MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO**
AGRAVANTE : GABRIEL HARMUCH
ADVOGADO : EVERSON SOUZA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : OS MESMOS

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CORREÇÃO MONETÁRIA. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA Nº 182/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL. HOMOLOGAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. APLICAÇÃO RETROATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. RECURSO REPETITIVO.

1. *"É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."* (Súmula do STJ, Enunciado nº 182).

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp nº 644.736/PE, decidiu pela inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que prevê a aplicação retroativa do seu artigo 3º, que reduz prazo prescricional, tratando-se, como se trata, de norma de natureza modificativa e, não, simplesmente interpretativa, cuja retroatividade importa em ofensa aos artigos 2º e 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

3. Em se tratando de norma que reduz prazo de prescrição, o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, regendo-se a prescrição, para os recolhimentos anteriores à sua vigência, pela lei antiga, segundo a qual, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação do lançamento, expressa ou tácita, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo.

4. Orientação reafirmada pela Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp nº 1.002.932/SP, sob o rito dos recursos repetitivos.

5. Agravo regimental do particular não conhecido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Agravo regimental da Fazenda Nacional improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do agravo regimental do particular e negar provimento ao da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.

Brasília, 18 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro *Hamilton Carvalho*, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.914 - PR (2009/0165356-5)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravos regimentais interpostos por Gabriel Harmuch e pela Fazenda Nacional contra decisão que conheceu em parte do recurso especial do autor e, nessa parte, deu-lhe provimento para afastar o reconhecimento da prescrição quinquenal.

Alega o autor que *"No julgamento da Apelação, o r. Acórdão entendeu pela vedação da atualização das contribuições vertidas pelo autor à previdência complementar no período de 1989 a 1995 (denominada poupança) pela SELIC, sob o argumento de que tais contribuições não possuem natureza tributária. Tal decisão fora objeto do presente Recurso Especial, que em decisão monocrática assinada pelo Nobre Relator Ministro Hamilton Carvalhido, deixou de apreciar o mérito quanto à utilização do índice de correção monetária - SELIC, tendo em vista a suposta ausência de prequestionamento da matéria no Tribunal a quo. Como se vê no decisum, o emérito Julgador fundamenta sua decisão única e exclusivamente na suposta ausência do prequestionamento da matéria ventilada no Especial, com o argumento de que a decisão recorrida deveria ainda ter sido objeto de embargos de declaração (...) Entretanto, não há se falar na falta de prequestionamento com relação ao art. 108 do CTN, tendo em vista que a matéria objeto de divergência entre as partes foi alvo de discussão em entrância anterior, pelo que o Tribunal a quo afastou expressamente a aplicação da SELIC, adotando o INPC como índice de correção monetária. Assim, considerando o prequestionamento da matéria suscitada pelo Recorrente no Tribunal a quo, vem requerer a reforma do r. Acórdão, a fim de que seja apreciado no Recurso Especial para o reconhecimento da aplicação da taxa SELIC na restituição/compensação dos valores recolhidos à tal tributo."* (fls. 308/309).

Doutro lado, afirma a Fazenda Nacional, de início, que o presente recurso *"(...) objetiva exaurir a instância para a interposição de recurso extraordinário,*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo que não pode ser considerado protelatório." (fl. 316).

Alega que "(...) afastar a aplicação, ao caso, da retroatividade do art. 3º da Lei Complementar n. 118/05, determinada pela última parte do art. 4º desse mesmo diploma, sob o fundamento da inadmissibilidade de leis retroativas em nosso Direito, revela-se dissociado do melhor entendimento a ser dado à matéria, levando-se em conta, especialmente, o posicionamento firmado pelo Excelso Pretório, intérprete maior de nossa Constituição." (fl. 320).

Aduz que "Não há, pois, dispositivo ou princípio constitucional que ampare a pecha de inconstitucionalidade a uma lei interpretativa desse jaez, tendo em mente que os arts. 168, inciso I; 165, inciso I; 156, inciso I; e 150, caput e § 1º, todos do CTN, são bem anteriores ao advento da Lei Complementar 118/05, dando pleno respaldo à interpretação veiculada neste último ato normativo." (fl. 329).

Afirma ser constitucional a norma inserta nos artigos 3º e 4º da referida lei complementar, não havendo, portanto, falar em ofensa aos princípios constitucionais da autonomia e da independência dos poderes, do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Por fim, busca o prequestionamento das questões, notadamente no tocante ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.157.914 - PR (2009/0165356-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, quanto ao recurso do autor, vale conferir a decisão agravada, no particular da aplicação da taxa SELIC:

"(...)

Diga-se, de início, que a violação de dispositivos constitucionais constitui matéria estranha ao âmbito de cabimento do recurso especial (Constituição da República, artigos 102, inciso III, e 105, inciso III).

Passo seguinte, no que se refere à utilização da SELIC para atualização dos valores correspondentes às contribuições vertidas à previdência complementar no período de 1989 a 1995, a insurgência especial não merece prosperar.

É que, além do óbice acima apontado - que se aplica, especificamente, à alegada violação do artigo 146, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, assim como dos princípios constitucionais da isonomia e da legalidade -, verifica-se que, quanto ao único dispositivo de lei federal mencionado nas razões do recurso especial para justificar a reforma do acórdão recorrido, qual seja, o artigo 108 do Código Tributário Nacional, falta o indispensável prequestionamento.

Para a certeza das coisas, é esta a letra do acórdão recorrido:

"Correção monetária

No que tange à correção monetária, imperativo distinguir duas situações de incidência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A primeira diz respeito à atualização das contribuições recolhidas pelos participantes à entidade de previdência privada no período compreendido entre 1989 e 1995, as quais, conforme fundamentado acima, formarão o crédito que será deduzido. Cada uma dessas contribuições deve ser corrigida desde o momento em que vertida ao fundo, até a data em que realizada a dedução do crédito das contribuições da base de cálculo do imposto de renda. Não se tratando de indébito tributário, devem ser aplicados os seguintes índices: OTN/BTN/INPC, com inclusão dos expurgos inflacionários previstos nas súmulas 32 e 37 do TRF/4ª Região.

Por outro lado, uma vez realizadas as deduções e apurado, nos termos da fundamentação precedente, o imposto de renda a ser restituído, sobre ele incidirá correção monetária pelos indexadores instituídos por lei para corrigir débitos e/ou créditos de natureza tributária. O termo inicial da atualização deve ser a data da retenção indevida do IR sobre as parcelas de complementação de aposentadoria, e não a data de entrega das declarações de ajuste, como ordinariamente entende a Fazenda Nacional. Já o termo final da incidência deve corresponder ao efetivo pagamento dos valores à parte exequente. Quanto ao indexador a ser utilizado, considerando que se configurará o indébito somente após a vigência da Lei nº 9.250/95, ou seja, a partir de 01/1996, ou após a concessão da aposentadoria complementar do participante (se em data posterior), aplica-se exclusivamente a taxa SELIC, nos termos do art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95." (fl. 229/230).

Dispõe, por sua vez, o único dispositivo de lei federal em que, no ponto, se ampara o recurso especial.

"Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará, sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - os princípios gerais do direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade;"

Ao que se tem, realizando-se o cotejo entre os fundamentos do acórdão recorrido, as razões do recurso especial e a norma contida no artigo 108 do Código Tributário Nacional, verifica-se que a questão, tal como suscitada pelo recorrente, não foi objeto de análise pelo Tribunal **a quo**, nem embargos de declaração para suprir-lhe a falta foram opostos.

À vista disso, inarredável a ausência do indispensável prequestionamento, o que inviabiliza, nessa parte, o conhecimento da insurgência especial, a teor do que dispõem os enunciados nº 282 e 356 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, **verbis**:

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada."

"O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento."

Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ADMINISTRADORES, AUTÔNOMOS E AVULSOS. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. I - A matéria constante dos dispositivos legais tidos como violados não foi analisada pelo acórdão hostilizado, sequer implicitamente, não tendo o recorrente, oposto embargos de declaração buscando debater a questão aqui suscitada. II - Incidência das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. III - Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 551922/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2003, DJ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22/03/2004 p. 240).

Lado outro, assinale-se que a afirmação do recorrente, de que "o acórdão fundamenta a vedação da aplicação da SELIC na atualização das contribuições na suposta inexistência de mora da entidade Estatal", encontra-se dissociada dos reais fundamentos invocados pelo Tribunal a quo, que, em momento algum, afirmou não incidir a SELIC para a atualização das contribuições recolhidas por ausência de mora da Fazenda Nacional.

*Tal deficiência, com sede na própria fundamentação da insurgência especial, inviabiliza a abertura da instância especial, a teor do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, **verbis**:*

"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."

Gize-se, em remate, que a jurisprudência desta Corte vem admitindo a incidência do citado enunciado nº 284 da Súmula do Pretório Excelso mesmo quando, não obstante a indicação dos dispositivos de lei federal tidos por violados, deficientes são as razões recursais.

Nesse sentido, por todos:

"PROCESSUAL CIVIL. (...) RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DISSOCIADAS DA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284 DO STF. NÃO CONHECIMENTO. (...). 1. Não pode ser conhecido o recurso cujas razões estão dissociadas dos fundamentos do acórdão recorrido. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF (...)" (REsp 727732/PB, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/03/2006, DJ 27/03/2006 p. 191).

(...)" (fls. 281/284).

O agravante, por sua vez, limitou-se a alegar que a matéria está devidamente prequestionada, olvidando-se, contudo, de impugnar,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

especificamente, os demais fundamentos da decisão agravada.

Tem incidência, assim, o enunciado nº 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, **verbis**:

"É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 182/STJ. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO.

1. Não se conhece de agravo regimental que deixou de impugnar especificamente o fundamento que embasou a decisão combatida, qual seja, a falta de prequestionamento da tese desenvolvida com lastro nos arts. 150, 156, 165 e 168 do CTN.

2. Aplicação da Súmula 182/STJ: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada".

3. Os argumentos expostos em torno do art. 3º, § 2º, III, da Lei 9.718/98 constituem descabida inovação recursal.

4. Agravo regimental não conhecido." (AgRg no REsp 1156312/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 27/11/2009).

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO QUE NÃO COMBATEU TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 182/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTS. 384 E 386, INCISO VI, DO CPP (ANTIGA REDAÇÃO). AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ART. 255/RISTJ. INOBSERVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Compete ao recorrente, nas razões do agravo regimental, infirmar especificamente os fundamentos expostos na decisão agravada.

Incidência do enunciado 182 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de que mesmo as questões de ordem pública, apreciáveis de ofício nas instâncias ordinárias, devem ser prequestionadas, para viabilizar o Recurso Especial.

3. Inviável o recurso especial pela alínea "c" quando não realizado o cotejo analítico e não comprovada a similitude fática entre os arestos trazidos à colação. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 700760/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJe 23/11/2009).

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO GOVERNADOR. SÚMULA 280/STF. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 182/STJ. PENSÃO POR MORTE DE MAGISTRADO. VALOR CORRESPONDENTE À TOTALIDADE DA REMUNERAÇÃO. RAZÕES RECURSAIS APOIADAS EM DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. No tocante ao óbice da Súmula 280/STF para apreciação da legitimidade da autoridade apontada coatora, o agravante não cuidou de impugná-lo, atraindo ao ponto a Súmula 182/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. *No tocante ao valor do benefício da pensão por morte, as razões de recurso especial apresentam nítida fundamentação constitucional.*

3. *Agravo regimental a que se nega provimento.*"
(AgRg no REsp 513799/PI, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 30/11/2009).

De tanto, não conheço do agravo regimental do autor.

Diga-se, aliás, que o recurso especial também não mereceria ser conhecido na parte da correção monetária, uma vez que tal matéria encontra-se preclusa, por só impugnada a sentença no tocante à prescrição (cf. apelação - fls. 199/208).

Passo seguinte, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade suscitada nos autos dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 644.736/PE, decidiu pela inconstitucionalidade da parte final do artigo 4º da Lei Complementar nº 118/2005, que determina que, relativamente ao seu artigo 3º, seja observado "*o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional*", aplicando a lei nova, que reduz prazo prescricional, inclusive aos atos ou fatos pretéritos, à motivação de que se trata de norma de natureza modificativa e, não, simplesmente interpretativa, cuja retroatividade importa em ofensa aos artigos 2º (autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo) e 5º, inciso XXXVI (resguarda, da aplicação da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), todos da Constituição Federal.

Na ocasião, consignou o Ministro Teori Albino Zavascki, Relator:

"(...)

5. *Nesse contexto, a edição, pelo legislador, de lei*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretativa, com efeitos retroativos, somente é concebível em caráter de absoluta excepcionalidade, sob pena de atentar contra os dois postulados constitucionais já referidos: o da autonomia e independência dos Poderes (art. 2º, da CF) e o do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Lei interpretativa retroativa só pode ser considerada legítima quando se limite a simplesmente reproduzir (= produzir de novo), ainda que com outro enunciado, o conteúdo normativo interpretado, sem modificar ou limitar o seu sentido ou o seu alcance. Isso, bem se percebe, é hipótese de difícil concreção, quase inconcebível, a não ser no plano teórico, ainda mais quando se considera que o conteúdo de um enunciado normativo reclama, em geral, interpretação sistemática, não podendo ser definido isoladamente. 'Interpretar uma norma', escreveu Juarez Freitas, 'é interpretar um sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito' (FREITAS, Juarez. A Interpretação Sistemática do Direito, SP, Malheiros, 1995, p. 47). Ora, lei que simplesmente reproduz a já existente, ainda que com outras palavras, seria supérflua; e lei que não é assim, é lei que inova e, portanto, não pode ser considerada interpretativa e nem, conseqüentemente, ser aplicada com efeitos retroativos.

III - Natureza modificativa (e não simplesmente interpretativa) do art. 3º da LC 118/05

6. Ainda que se admita a possibilidade de edição de lei interpretativa, como prevê o art. 106, I, do CTN, mas considerando o que antes se disse sobre o processo interpretativo e seus agentes oficiais (= a norma é aquilo que o Judiciário diz que é), evidencia-se como hipótese paradigmática de lei inovadora (e não simplesmente interpretativa) aquela que, a pretexto de interpretar, confere à norma interpretada um conteúdo ou um sentido diferente daquele que lhe foi atribuído pelo Judiciário ou que limita o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu alcance ou lhe retira um dos seus sentidos possíveis.

É o que ocorre no caso em exame. Com efeito, sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

Essa jurisprudência certamente não tem a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes. Em muitos casos, eu mesmo já manifestei minha discordância pessoal em relação a ela, como, v.g., no voto vista proferido no ERESP 423.994, 1ª Seção, rel. Min. Peçanha Martins, onde apontei sua fragilidade por desconsiderar inteiramente 'um princípio universal em matéria de prescrição: o princípio da actio nata, segundo o qual a prescrição se inicia com o nascimento da pretensão ou da ação (Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado, Bookseller Editora, 2.000, p. 332)'. 'Realmente', sustentei, 'ocorrendo o pagamento indevido, nasce desde logo o direito a haver a repetição do respectivo valor, e, se for o caso, a pretensão e a correspondente ação para a sua tutela jurisdicional. Direito, pretensão e ação são incondicionados, não estando subordinados a qualquer ato do Fisco ou a decurso de tempo. Mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o direito, a pretensão e a ação nascem tão pronto ocorra o fato objetivo do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pagamento indevido. Sob este aspecto, pareceria mais adequado ao princípio da actio nata aplicar, inclusive em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o disposto art. 168, I, combinado com o art. 156, I, do CTN, ou seja: o prazo prescricional (ou decadencial) para a repetição do indébito conta-se da extinção do crédito (art. 168, I), que, por sua vez, ocorre com o pagamento (art. 156, I). Observe-se que, mesmo em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o pagamento antecipado também extingue o crédito, ainda que sob condição resolutória (CTN, 150, § 1º).'

Todavia, inobstante as reservas e críticas que possa merecer, o certo é que a jurisprudência do STJ, em inúmeros precedentes, definiu o conteúdo dos enunciados normativos em determinado sentido, e, bem ou mal, a interpretação que lhes conferiu o STJ é a interpretação legítima, porque emanada do órgão constitucionalmente competente para fazê-lo. Ora, o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele atribuído pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições normativas interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal. Se, como se disse, a norma é aquilo que o Judiciário, como seu intérprete, diz que é, não pode ser considerada simplesmente interpretativa a lei que atribui a ela outro significado. Em outras palavras: não pode ser considerada interpretativa a lei que tem o evidente objetivo de modificar a jurisprudência dos Tribunais. Somente a jurisprudência é que pode, legitimamente, alterar a jurisprudência.

IV - Inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. Não se nega ao Legislativo o poder de alterar a norma (e, portanto, se for o caso, também a interpretação formada em relação a ela). Pode, sim, fazê-lo, mas não com efeitos retroativos. Admitir a aplicação do art. 3º da LC 118/2005, sobre os fatos passados, nomeadamente os que são objeto de demandas em juízo, seria consagrar verdadeira invasão, pelo Legislativo, da função jurisdicional, comprometendo a autonomia e a independência do Poder Judiciário. Significaria, ademais, consagrar ofensa à cláusula constitucional que assegura, em face da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada. Portanto, o referido dispositivo, por ser inovador no plano das normas, somente pode ser aplicado legitimamente a situações que venham a ocorrer a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005, que ocorreu 120 dias após a sua publicação (art. 4º), ou seja, no dia 09 de junho de 2005.

Tratando-se de norma que reduz prazo de prescrição, cumpre observar, na sua aplicação, a regra clássica de direito intertemporal, afirmada na doutrina e na jurisprudência em situações dessa natureza: o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, salvo se a prescrição (ou, se for o caso, a decadência), iniciada na vigência da lei antiga, vier a se completar, segundo a lei antiga, em menos tempo. São precedentes do STF nesse sentido:

'Prescrição Extintiva. Lei nova que lhe reduz prazo. Aplica-se à prescrição em curso, mas contando-se o novo prazo a partir da nova lei. Só se aplicará a lei antiga, se o seu prazo se consumir antes que se complete o prazo maior da lei nova, contado da vigência desta, pois seria absurdo que, visando a lei nova reduzir o prazo, chegasse a resultado oposto, de ampliá-lo' (RE 37.223, Min. Luiz Gallotti, julgado em 10.07.58).

'Ação Rescisória. Decadência. Direito Intertemporal. Se o restante do prazo de decadência fixado na lei anterior for superior ao novo prazo estabelecido pela lei nova, despreza-se



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

o período já transcorrido, para levar-se em conta, exclusivamente, o prazo da lei nova, a partir do início da sua vigência' (AR 905/DF, Min. Moreira Alves, DI de 28.04.78).

No mesmo sentido: RE 93.11000, Min. Xavier de Albuquerque, julgado em 05.11.80; AR 1.025-6/PR, Min. Xavier de Albuquerque, DI de 13.03.81.

É o que se colhe, também, de abalizada doutrina, como, V.g., a de Pontes de Miranda (Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 1998, Tomo VI, p. 359), Barbosa Moreira (Comentários ao Código de Processo Civil Forense, 1976, volume V, p. 205-207) e Galeno Lacerda, este com a seguinte e didática lição sobre situação análoga (redução do prazo da ação rescisória, operada pelo CPC de 1973):

'A mais notável redução de prazo operada pelo Código vigente incidiu sobre o de propositura da ação rescisória. O velho e mal situado prazo de cinco anos prescrito pelo Código Civil (art. 178, § 10, VIII) foi diminuído drasticamente para dois anos (art. 495). Surge, aqui, interessante problema de direito transitório, quanto à situação dos prazos em curso pelo direito anterior. A regra para os prazos diminuídos é inversa da vigente para os dilatados. Nestes, como vimos, soma-se o período da lei antiga ao saldo, ampliado, pela lei nova. Quando se trata de redução, porém, não se podem misturar períodos regidos por leis diferentes: ou se conta o prazo, todo ele pela lei antiga, ou todo, pela regra nova, a partir, porém, da vigência desta. Qual o critério para identificar, no caso concreto, a orientação a seguir? A resposta é simples. Basta que se verifique qual o saldo a fluir pela lei antiga. Se for inferior à totalidade do prazo da nova lei, continua-se a contar dito saldo pela regra antiga. Se superior, despreza-se o período já decorrido, para computar-se, exclusivamente, o prazo da lei nova, na sua totalidade, a partir da entrada em vigor desta. Assim, por exemplo, no que concerne à ação rescisória, se já decorreram quatro anos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pela lei antiga, só ela é que há de vigorar: o saldo de um ano, porque menor ao prazo do novo preceito construa a fluir, mesmo sob a vigência deste. Se, porém, passou-se, apenas, um ano sob o direito revogado, o saldo de quatro, quando da entrada em vigor da regra nova, é superior ao prazo por esta determinado. Por este motivo, a norma de aplicação imediata exige que o cômputo se proceda, exclusivamente, pela lei nova, a partir, evidentemente, de sua entrada em vigor, isto é, os dois anos deverão contar-se a partir de 1º de janeiro de 1974. O termo inicial não poderia ser, nesta hipótese, o do trânsito em julgado da sentença, operado sob lei antiga, porque haveria, então, condenável retroatividade' (O Novo Direito Processual Civil e os Feitos Pendentes, Forense, 1974, pp. 100-101).

Câmara Leal tem pensamento semelhante:

'Estabelecendo a nova lei um prazo mais curto de prescrição, esse começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga viesse a se completar em menos tempo, segundo essa lei, que, nesse caso, continuaria a regê-la, relativamente ao prazo' (Da Prescrição e da Decadência, Forense, 1978, p.90).

Assim, na hipótese em exame, com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

8. Ocorre que o art. 4º da Lei Complementar 118/2005, em sua segunda parte, determina, de modo expresso, que, relativamente ao seu art. 3º, seja observado 'o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1966 – Código Tributário Nacional', vale dizer, que seja aplicada inclusive aos atos ou fatos pretéritos. Ora, conforme antes demonstrado, a aplicação retroativa do dispositivo importa, nesse caso, ofensa à Constituição, nomeadamente ao seu art. 2º (que consagra a autonomia e independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo) e ao inciso XXXVI do art. 5º, que resguarda, da aplicação da lei nova, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

9. Ante o exposto, acolho o incidente para reconhecer 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 art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005. É o voto."

Esta, a propósito, a ementa do julgado:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito tributário, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) é no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita - do lançamento. Segundo entende o Tribunal, para que o crédito se considere extinto, não basta o pagamento: é indispensável a homologação do lançamento, hipótese de extinção albergada pelo art. 156, VII, do CTN. Assim, somente a partir dessa homologação é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

que teria início o prazo previsto no art. 168, I. E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Argüição de inconstitucionalidade acolhida."

Em consequência, em se tratando de norma que reduz prazo de prescrição, o termo inicial do novo prazo será o da data da vigência da lei que o estabelece, regendo-se a prescrição, para os recolhimentos anteriores à sua vigência, pela lei antiga, segundo a qual, em se tratando de tributo sujeito a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação do lançamento, expressa ou tácita, salvo se a prescrição iniciada na vigência da lei antiga vier a se completar, segundo esta lei, em menos tempo.

Nesse sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. AUXÍLIO-CONDUÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º, DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA OBJETO DE POSSÍVEL RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REJEIÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC.

2. O princípio da irretroatividade implica a aplicação da LC 118/2005 aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas após a mesma, tendo em vista que a referida norma pertine à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação.

3. O advento da LC 118/05 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

4. Isto porque 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).

5. Deveras, a norma inserta no artigo 3º, da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada: 'Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da AFFOLTER (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual GABBA, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de VESCOVI (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere DUGUIT, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - 'os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente' (Traité de droit constitutionnel, 3a ed., vol. 2o, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio PAULO DE



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

LACERDA concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração.

(...) ... SAVIGNY coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: 'trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade' (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao n° 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como GABBA (Teoria della retroattività delle leggi, 3a ed., vol. 1o, 1891, pág. 29), que invoca MAILHER DE CHASSAT (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1o, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por LANDUCCI (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau, vol. 1o e único, 1900, pág. 675) e DEGNI (L'interpretazione della legge, 2a ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: 'Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa.' Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: 'Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito' (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275).' (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3a ed., págs. 294 a 296).

6. Consectariamente, 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, segundo o qual: 'Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.').

7. Por outro lado, ocorrido o pagamento antecipado do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o dies a quo do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

8. In casu, a demanda foi ajuizada em 08.06.2005 (antes da entrada em vigor da novel lei complementar, donde se infere que o pagamento indevido não ocorreu sob sua égide), com o objetivo de obter o direito à repetição de valores indevidamente recolhidos a título de tributo sujeito a lançamento por homologação (imposto de renda retido na fonte), o que, nos termos dos artigos 168, I, e 150, § 4º, do CTN, revela inequívoca a inoccorrência da prescrição dos valores retidos indevidamente a partir de 01º.01.1995, dado que os fatos imponíveis são considerados ocorridos em 31.12.1995, em virtude do fato gerador do imposto de renda retido na fonte aperfeiçoar-se no final do ano-base.

9. O inconformismo, cujo real objetivo é o prequestionamento de dispositivos e princípios constitucionais, não há como prosperar, porquanto evidentemente desborda dos estreitos limites previstos pelo artigo 535 do CPC.

10. Os embargos de declaração têm como requisito de admissibilidade a indicação de algum dos vícios previstos no art. 535 do CPC, constantes do decisum embargado, não se prestando, portanto, ao rejugamento da matéria posta nos autos, tampouco ao mero prequestionamento de dispositivos constitucionais, para a viabilização de eventual recurso extraordinário, porquanto visam unicamente completar a decisão quando presente omissão de ponto fundamental, contradição entre a fundamentação e a conclusão, ou obscuridade nas razões desenvolvidas.

11. Impõe-se a rejeição de embargos declaratórios que têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 708062/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 13.03.2006; EDcl no REsp n.º 415.872/SC, Rel. Min. Castro



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Meira, DJ de 24/10/2005; e EDcl no AgRg no AG n.º 630.190/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 17/10/2005).

12. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, tão-somente para esclarecer que o julgado da Corte Especial, que decidiu a arguição de inconstitucionalidade do ERESP 644736/PE, restou aplicado in casu, mantendo, no mais, o acórdão embargado." (EDcl no AgRg no REsp 961290/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 06/05/2009).

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO. DIREITO INTERTEMPORAL. AÇÃO AJUIZADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC N. 118/2005. FATOS GERADORES ANTERIORES À LC 118/2005. APLICAÇÃO DA TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO'.

1. Até a entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, o entendimento do STJ era no sentido de que se extinguiria o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação somente após decorridos cinco anos, a partir do fato gerador, acrescidos de mais 5 anos, contados da homologação tácita (EResp 435.835/SC, julgado em 24.3.04).

2. Esta Casa, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI nos ERESP 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar n. 118/2005, que estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, por ofender os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. De acordo com a regra de transição adotada pela Corte Especial no julgamento da AI no EREsp 644.736/PE, aplicar-se-á a tese dos 'cinco mais cinco' aos créditos recolhidos indevidamente antes da LC 118/2005, limitado, porém, ao prazo máximo de 5 anos, desde que, na data da vigência da novel lei complementar, sobejem, no máximo, cinco anos da contagem do lapso temporal.

4. É possível simplificar a aplicação da citada regra de direito intertemporal da seguinte forma: I) Para os recolhimentos efetuados até 8/6/2000 (cinco anos antes do início da vigência LC 118/2005) aplica-se a regra dos 'cinco mais cinco'; II) Para os recolhimentos efetuados entre 9/6/2000 a 8/6/2005 a prescrição ocorrerá em 8/6/2010 (cinco anos a contar da vigência da LC 118/2005); e III) Para os recolhimentos efetuados a partir de 9/6/2005 (início de vigência da LC 118/2005) aplica-se a prescrição quinquenal contada da data do pagamento. Conclui-se, ainda, de forma pragmática, que para todas as ações protocolizadas até 8/6/2010 (cinco anos da vigência da LC 118/05) é de ser afastada a prescrição de indébitos efetuados nos 10 anos anteriores ao seu ajuizamento, nos casos de homologação tácita.

5. In casu, a ação ordinária foi ajuizada em 12/1/2006 com o objetivo de restituir recolhimentos indevidos entre as competências de 2/1999 a 11/2002, ou seja, proposta dentro do quinquênio inicial de vigência da LC 118/2005, deve-se afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos do ajuizamento da ação.

6. Recurso especial provido, para afastar a prescrição dos recolhimentos indevidos efetuados em até dez anos pretéritos do ajuizamento da ação." (REsp 1086871/SC, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 02/04/2009).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. IMPOSTO DE RENDA. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. ART. 3º DA LC Nº 118/05.

1. Superada a prejudicial de prescrição, devem os autos retornar ao Tribunal a quo para que sejam resolvidas as demais questões suscitadas no recurso de apelação e pendentes de julgamento.

2. Sob pena de supressão de instância e de desrespeito à necessidade de prequestionamento, este Superior Tribunal de Justiça não se encontra autorizado a avançar no exame da matéria de fundo que não foi debatida no acórdão recorrido, ainda que se trate de "causa madura" (art. 515, § 3º, do CPC).

3. Extingue-se o direito de pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação, não sendo esta expressa, somente após o transcurso do prazo de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos contados da data em que se deu a homologação tácita (EREsp 435.835/SC, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJU de 04.06.07).

4. Na sessão do dia 06.06.07, a Corte Especial acolheu a arguição de inconstitucionalidade da expressão 'observado quanto ao art. 3º o disposto no art. 106, I, da Lei n. 5.172/1966 do Código Tributário Nacional', constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/05 (EREsp 644.736-PE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 27.08.07).

5. Na mesma assentada, firmou-se ainda o entendimento de que, "com o advento da LC nº 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição de indébito é de cinco a contar da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova".

6. *Agravos regimentais não providos." (AgRg no REsp 1063110/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/11/2008, DJe 01/12/2008).*

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005.

1. *Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, tem início, não na data do recolhimento do tributo indevido, e sim na data da homologação – expressa ou tácita - do lançamento. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.*

2. *A norma do art. 3º da LC 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, ao apreciar Incidente de Inconstitucionalidade no Eresp 644.736/PE, sessão de 06/06/2007, DJ 27.08.2007, declarou inconstitucional a 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 art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar.*

3. *No caso específico do imposto de renda, o fato*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

gerador tem-se por caracterizado no final do ano-base, tornando-se definitiva a homologação do lançamento, se tácita, após o transcurso de cinco anos, findos os quais se inicia o prazo quinquenal (CTN, art. 168, I) para pleitear a restituição dos valores indevidamente recolhidos. Havendo, todavia, homologação expressa, que se concretiza na notificação do ajuste entre o valor apurado na declaração anual de rendimentos e o valor retido pela fonte pagadora, tem início, a partir de então, o lustro prescricional. Precedentes da 1ª Seção: ERESP 504571/DF, Min. Luiz Fux, DJ 17.12.2004; ERESP 289.398/DF, Min. Franciulli Netto, DJ de 02.08.2004.

4. Recurso especial provido para afastar a prescrição." (REsp 674706/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 01/09/2008).

"IMPOSTO DE RENDA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INDENIZAÇÃO POR HORAS TRABALHADAS- IHT. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 6º DA LICC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05. ARTIGO 3º. LEI DE EFICÁCIA PROSPECTIVA. DIREITO INTERTEMPORAL. CRITÉRIO DE CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL. LEI ANTERIOR. SALDO REMANESCENTE MENOR QUE PRAZO DA LEI NOVA. PRESCRIÇÃO PELA TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO'. APLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. INAPLICABILIDADE.

I- Quanto à alegada violação ao artigo 6º da LICC, impõe-se destacar a ausência do prequestionamento viabilizador da instância especial, eis que a matéria inserta em tal dispositivo legal não foi apreciada pelo Tribunal de origem, não tendo os recorrentes oposto embargos declaratórios buscando declaração acerca da questão suscitada. Incidência, à hipótese, dos verbetes sumulares nºs



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

282 e 356 do STF.

II- Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo prescricional para se pleitear a compensação ou a restituição do crédito tributário somente se opera quando decorridos cinco anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais cinco anos, contados a partir da homologação tácita (EREsp 435.835/SC, Rel. Min. FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, DJ de 24/03/2004, p. 287).

III- A Primeira Seção desta Corte, na assentada do dia 27/04/2005, ao julgar os EREsp nº 327.043/DF, reconheceu que o art. 3º da LC nº 118/05 não tem caráter meramente interpretativo, não alcançando os processos ajuizados antes de sua vigência, sendo aplicado somente àqueles iniciados a partir de 09 de junho de 2005, quando passou a gozar de eficácia, não se afastando, in casu, a tese da prescrição decenal.

IV- No momento da aplicação da Lei Complementar nº 118/05, por se tratar de uma norma que veio a reduzir o prazo prescricional, conferindo-lhe um alcance diferente daquele dado pela jurisprudência do STJ (tese dos cinco mais cinco), é necessário que se observe a regra do direito intemporal, a fim de que sejam resguardados o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, preceitos consagrados pela Carta Magna.

V- No que concerne à regra de direito intertemporal aplicada à questão da prescrição, é imperioso salientar que, estabelecendo a nova lei um prazo prescricional menor, tal prazo começará a correr da data da nova lei, salvo se a prescrição que se iniciou sob a égide da lei anterior vier a se completar em menos tempo, conforme esta lei, que, em tal hipótese, continuará a reger a contagem do prazo prescricional. Precedente do STJ: EREsp nº 327.043/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKY, DJ de 16/04/2007. Precedentes do STF: RE nº 37.223, Rel. Min. LUIZ



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

GALLOTTI, julgado em 10/07/58; AR nº 905/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ de 28/04/78; RE nº 93.110/RJ, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, julgado em 05/11/80; AR nº 1.025-6/PR, Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, DJ de 13/03/81.

VI - *No caso concreto, cuida-se de valores pagos durante o ano de 1996, tendo a ação sido ajuizada em março de 2006. Assim sendo, à data do ajuizamento da ação, a contar pela lei nova, deveria esta ser aplicada à prescrição. Nada obstante, pelas razões já expostas, o prazo prescricional, in casu, há de ser contado pela lei antiga, aplicando-se a tese dos 'cinco mais cinco', de modo que se conclui ter a ação sido ajuizada, validamente, no último ano do prazo, afastada, portanto, a prescrição.*

VII- *Determina-se, pois, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que sejam decididas as demais questões pertinentes à lide.*

VIII - *Recurso especial provido."* (REsp 982022/SE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2007, DJ 19/11/2007 p. 213).

Vale gizar que a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, da relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil, reafirmou o entendimento de que "*O advento da LC 118/05 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a repetição do indébito é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.*"

In casu, como se decidiu, "*(...) a presente ação foi ajuizada em 11 de junho de 2008, reconhecendo-se a prescrição quinquenal com relação aos valores*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recolhidos antes de 11 de junho de 2003, por se entender que o artigo 3º da Lei Complementar nº 118/2005 passou a ser aplicável a todas as ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005. De se ressaltar, ademais, que o recebimento mensal da complementação da aposentadoria passou a ocorrer a partir de 31 de outubro de 2000 (fl. 187). Ocorre que, na linha dos precedentes deste Superior Tribunal anteriormente mencionados, não há falar, no caso, em prescrição quinquenal. Impõe-se, portanto, a reforma do acórdão recorrido, para também reconhecer o direito à restituição dos valores atinentes aos anos-base 2000, 2001, 2002 e 2003 (...)" (fl. 291).

Impõe-se, assim, a manutenção da decisão agravada.

Gize-se, de resto, que "(...) o prequestionamento para o RE não reclama que o preceito constitucional invocado pelo recorrente tenha sido explicitamente referido pelo acórdão, mas, sim, que este tenha versado inequivocamente a matéria objeto da norma que nele se contenha." (RE nº 141.788/CE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in* DJ 18/6/93).

Pelo exposto, não conheço do agravo regimental do particular e nego provimento ao agravo regimental da Fazenda Nacional.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0165356-5

**AgRg no
REsp 1157914 / PR**

Número Origem: 200870030020853

EM MESA

JULGADO: 18/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : GABRIEL HARMUCH
ADVOGADO : EVERSON SOUZA SILVA E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física - Incidência sobre Proventos de Previdência Privada

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : GABRIEL HARMUCH
ADVOGADO : EVERSON SOUZA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : OS MESMOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA 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 do particular e negou provimento ao da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Denise Arruda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 18 de fevereiro de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária