



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.533 - RJ (2010/0144530-9)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
REVISOR : MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
AUTOR : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO SILVA MOREIRA MARQUES E OUTRO(S)
RÉU : SH FORMAS ANDAIMES E ESCORAMENTOS LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

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 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

5. Ação rescisória inadmissível.

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, por unanimidade, julgar inadmissível a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Teori Albino Zavascki, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin.
Brasília (DF), 08 de agosto de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.533 - RJ (2010/0144530-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AUTOR : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **MARCELO SILVA MOREIRA MARQUES E OUTRO(S)**
RÉU : **SH FORMAS ANDAIMES E ESCORAMENTOS LTDA**
ADVOGADO : **ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de ação rescisória, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo Município do Rio de Janeiro, com fundamento no artigo 485, inciso V, do Código de Processo Civil, visando a desconstituição de acórdão da Segunda Turma, da relatoria da eminente Ministra Eliana Calmon, proferido nos autos do Recurso Especial de n.º 756.186-RJ, publicado no dia 5/8/2008, que rejeitou os embargos de declaração, mantendo a decisão monocrática confirmada em agravo regimental, que deu provimento ao recurso especial da ora requerida, para aplicar, à espécie, da denominada tese dos "cinco mais cinco".

Em suas razões, o requerente aduz, em síntese, que o acórdão rescindendo violou literais disposições de lei consubstanciadas nos artigos 150, § 4º e 168, inciso I, do Código Tributário Nacional, bem como no artigo 1º, do Decreto n. 20.910/32.

Defende que a ora requerida ajuizou ação declaratória cumulada com repetição de indébito, na qual buscou o reconhecimento da inexistência da relação jurídico tributária referente ao recolhimento do ISS incidente sobre a locação de bens móveis, tendo seu direito reconhecido em segunda instância, todavia, com a restituição dos valores limitada aos cinco anos anteriores à propositura da demanda.

Relata que o recurso especial interposto naquela ocasião pela ora ré, cujo acórdão se buscar rescindir, foi então provido, para reconhecer devida a restituição do tributo pago indevidamente durante os dez anos que antecederam ao início da lide, ou seja, entre 1991 e 2001, em razão da aplicação da denominada "tese dos cinco mais cinco".

Nesse sentido, alega que:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa ampliação de prazo decorreu da errônea suposição de que, por se tratar de ISS - imposto submetido ao chamado auto lançamento - teria havido homologação tácita dos pagamentos efetuados pela contribuinte, razão pela qual o prazo de cinco anos do art. 168, I do CTN somente começaria a fluir depois de decorridos os cinco anos de que dispõe a administração fazendária para a homologação expressa do pagamento.

No entanto, no Município do Rio de Janeiro há legislação específica que impõe a homologação expressa, ao menos anualmente, na medida em que obriga o contribuinte a, no ato de autenticação dos livros fiscais e autorização de emissão de notas fiscais, apresentar os comprovantes de pagamento referentes aos doze meses anteriores ao pedido (fls. 9 e 10).

Dessa forma, conclui que, apesar de todos os seus esforços destinados a demonstrar o *error in iudicando*, esta Corte, em razão de óbices regimentais próprios da instância especial, não chegou a examinar a circunstância específica do caso concreto que afastaria a ocorrência de homologação tácita e, portanto, de aplicação da "tese dos cinco mais cinco".

Sustenta ainda que deveria ser aplicado ao caso o prazo quinquenal previsto no Decreto 20.910/32, pois, em verdade, a demanda originária se destinaria ao cancelamento dos lançamentos referentes aos tributos.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pela decisão de fls. 2.496-2.498, confirmado pelo acórdão de fl. 2.523.

Em contestação (fls. 2.532-2.551), a empresa requerida defende, preliminarmente, que a presente ação rescisória não pode ser conhecida, pois: a) o norma local ora invocada pela requerente não foi analisada pelo acórdão rescindendo, carecendo de prequestionamento; b) as alegações do requerente exigem reapreciação de fatos e provas. Aduz, ainda, que: a) a aludida norma local apenas contempla uma possibilidade de homologação expressa do pagamento do tributo, não sua efetiva ocorrência; b) a prescrição para repetição de tributo sujeito a lançamento por homologação é de 10 anos, conforme firme jurisprudência do STJ; e c) é inaplicável o Decreto 20.910/32 para o caso em apreço.

Desatendida a decisão que deferiu a juntada da prova suplementar (fls. 2.590 e 2.595) e indeferida a produção da prova requerida pelo município autor (fl. 2.606).

Em alegações finais (fls. 2.625-2.629), o Município autor reitera que, em seu território, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ISS é homologado expressamente, sendo inaplicável a tese dos "cinco mais cinco". Insiste, ainda, na produção da prova documental suplementar e pericial para fins de comprovação da espécie de homologação realizada pelo Município do Rio de Janeiro .

A empresa requerida também apresentou suas razões finais (fls. 2.620-2.623), pelas quais, basicamente, assevera que o município não fez prova, *in concreto*, da homologação expressa alegada.

O Ministério Público opina pela improcedência da ação rescisória, em parecer assim ementado (fl. 2.632):

1. Tributário e Processual Civil. Ação Rescisória. ISS. Bens Móveis. Repetição de Indébito. Prazo Prescricional. Aplicação da "tese dos cinco mais cinco". Ação de Ocorrência de Homologação Expressa. Ofensa à Literal disposição dos artigos 150, § 4º e 168, I, do CTN. Matéria controvertida nos tribunais situação prevista na Súmula nº 343/STF - Requisitos da Verossimilhança das Alegações Autorais e do Risco de Dano não comprovados. Indeferimento da Tutela Antecipada. Tributo sujeito a Lançamento por Homologação. Precedente do Recurso Especial Repetitivo n. 1.002.932/SP.
2. Parecer do MPF pelo não conhecimento e improvimento da Ação rescisória para manter-se o acórdão rescindendo.

Os autos foram encaminhados à douta revisão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.533 - RJ (2010/0144530-9)

EMENTA

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

5. Ação rescisória inadmissível.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Conforme relatado, 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.

Afasto, desde logo, os óbices da Súmulas 7/STJ e 280/STF, suscitadas na contestação, porquanto inaplicáveis ao conhecimento de ação rescisória.

De pronto, é possível verificar que a insurgência do autor não se volta propriamente contra a tese jurídica assentada pelo acórdão rescindendo, que, como veremos a seguir, continua sendo prestigiada por esta Corte Superior, mas contra a espécie de homologação ocorrida na espécie.

A contagem da prescrição para as ações de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, em um passado recente, deu ensejo a muita controvérsia no âmbito dos tribunais acerca da correta interpretação dos dispositivos infraconstitucionais contidos no CTN que ainda disciplinam a matéria.

Não obstante, observo que, *in casu*, o entendimento adotado pelo acórdão rescindendo continua sendo prestigiado pela atual jurisprudência do STJ e do STF.

Com efeito, 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.

Com o advento da LC 118/05, a Primeira Seção, em sede de recurso especial



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

representativo de controvérsia (REsp 1.002.932/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18/12/2009), entendeu que o prazo prescricional de cinco anos do pagamento reclamado só seria aplicado aos recolhimentos realizados já na vigência da aludida lei complementar.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a repercussão geral da matéria no 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.

A esse respeito, confirmam-se os seguintes precedentes: REsp 853.881/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 26/10/2011; EDcl no AgRg no AREsp 6.406/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/10/2011; EDcl no AgRg no AREsp 8.122/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/09/2011.

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".

Observa-se, portanto, que não há falar em flagrante violação à literal disposição de lei a respaldar o pedido de mitigação da coisa julgada.

Embora a presente ação rescisória não tenha sido proposta pelo eventual erro de fato, tenho que as alegações relativas à espécie de homologação realizada no caso concreto são desinfluentes para o fim colimado.

Digo isso porque, conforme já asseverado, a tese dos "cinco mais cinco" nada mais é do que a adoção do entendimento de que o lapso prescricional deve ser contado a partir da homologação do pagamento realizado pelo fisco, seja tácito ou expresso. No caso concreto, 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. É o que se extrai da decisão que veio a ser confirmada pelo acórdão rescindendo (fl. 1.288):

Finalmente, no julgamento do EREsp 435.835/SC, cujo lançamento será



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

lavrado pelo Ministro José Delgado, consagrou-se definitivamente a tese dos "cinco mais cinco", diante das perplexidades causadas pela adoção de outras teses. Portanto, considerando-se que o tributo em tela está sujeito ao chamado "autolancamento", o Fisco pode homologá-lo expressa ou tacitamente. Não havendo prazo fixado em lei para a homologação, ela será de até 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4^a, do CTN). A extinção do crédito tributário ocorrerá com a homologação e não com o pagamento antecipado, quando então devera fluir o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 168, inciso I, do CTN.

[...]

Não obstante a entrada em vigor da LC 118/05, que tratou da prescrição prevista nos arts. 150, § 1º, e 168, I, do CTN, vem decidindo o STJ que a aplicação do art. 3º do mesmo diploma "só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir de sua vigência" (RESP 742.743/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/05/2005, DJ 06/06/2005 pág. 237).

[...]

Com essas considerações, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, aplicando a prescrição na forma acima explicitada.

Observa-se, consoante já adiantado, que o dispositivo da decisão rescindenda limitou-se à determinação de observância da tese jurídica a ser adotada. Assim, s.m.j., entendo que cabia às partes zelarem pela correta aplicação dessa tese jurídica por ocasião da liquidação da sentença, indicando, aí sim, a espécie de homologação e os recolhimentos já então prescritos, sob pena de preclusão.

Lado outro, a ação rescisória não pode ser utilizada para integrar acórdão quanto a questão de fato não apreciada pela decisão rescindenda e que poderia ser oportunamente dirimida na fase de liquidação.

Por fim e não menos importante, reedito os fundamentos já despendidos quando do indeferimento da antecipação de tutela de que a leitura do texto de lei local invocado para justificar a alegada ofensa a literal dispositivo de lei (artigo 47, incisos I e II e parágrafo único da Resolução da Secretaria Municipal da Fazenda Municipal) não leva à conclusão de que necessariamente ocorreu a homologação expressa do tributo a cada ano, mas sim de que ela poderia ter ocorrido. Eis o teor da norma municipal, reproduzida na exordial (fl. 10):

"Art. 47. No ato da autenticação de livros fiscais e da autorização de impressão de documentos fiscais, o contribuinte do ISS deverá apresentar à Divisão de Fiscalização competente, além dos documentos inerentes à instrução do pedido:

I - O Livro de Apuração do ISS - modelos 3,5,7 ou 8, conforme a atividade - com a escrituração fiscal dos últimos 12 (doze) meses anteriores ao pedido;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

II - os comprovantes de pagamento do ISS, referentes ao período indicado no inciso anterior.

Parágrafo Único. Caso seja verificada, em plantão fiscal, a existência de ISS a recolher, mediante apuração em livro fiscal, o contribuinte poderá requerer parcelamento da dívida, nos termos da legislação em vigor, concomitantemente com a solicitação referida no "caput" deste artigo (..)"

Verifica-se que os incisos I e II do mencionado artigo dizem respeito a documentação necessária à autenticação de livros fiscais e à obtenção de autorização para impressão de documentos fiscais, enquanto que o parágrafo único apenas prevê a **possibilidade** de a administração tributária, em plantão fiscal, analisar de imediato tais documentos e, se for o caso, recolher eventual débito apurado de ISS.

Ante o exposto, **declaro inadmissível a presente ação rescisória (art. 494 do CPC)**.
Condeno, outrossim, o Município autor ao pagamento de verba honorária de 5% sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4.533 - RJ (2010/0144530-9)

VOTO-REVISÃO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Trata-se de ação rescisória proposta pelo Município do Rio de Janeiro, com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, buscando rescindir acórdão proferido pela egrégia Segunda Turma do STJ no julgamento do Agravo Regimental no REsp n. 756.186-RJ, que foi assim ementado:

"PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL – ART. 47 DA RESOLUÇÃO 1.136/91 DA SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA DO RIO DE JANEIRO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – SÚMULA 282/STF – NECESSIDADE DE EXAME DE LEI LOCAL – SÚMULA 280/STF.

1. Não há como esta Corte emitir juízo de valor sobre tese que não foi objeto de prequestionamento pelo Tribunal de origem. Aplicação da Súmula 282/STF.

2. Descabe ao STJ analisar aplicação de legislação local (Súmula 280/STF).

3. Agravo regimental não provido."

Pretende rescindir, outrossim, decisão monocrática da eminente Ministra Eliana Calmon que antecedeu ao referido aresto. Esse decisório proveu o recurso especial da SH Formas Andaimos e Escoramentos Ltda., adotando o prazo prescricional de dez anos, "cinco mais cinco", para restituição de indébito relativo a ISS.

O autor da rescisória relata:

"O referido recurso especial, da SH Formas, veio a ser parcialmente provido por decisão monocrática da Eminente Ministra Eliana Calmon (doc. 25), para o fim de aplicar ao caso a tese da prescrição dos 'cinco mais cinco', considerando-se que o tributo em tela está sujeito ao chamado auto lançamento, podendo o fisco homologá-lo expressa ou tacitamente.

Nesse sentido, entendeu a Eminente relatora, não havendo prazo fixado em lei para a homologação, ela será de até 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 40, do CTN), vale dizer, a extinção do crédito tributário ocorrerá com a homologação e não com o pagamento antecipado, quando então deverá fluir o prazo prescricional de 5 (cinco) anos previsto no art. 168, I, do CTN.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Inconformada com a decisão acima, a Municipalidade interpôs agravo fundado no art. 557 do CPC (doc. 26) e apoiado nos termos da Resolução SMF n. 1136, de 2/1/91 (doc. 27), o qual, todavia, restou denegado (doc. 28), sobrevivendo, por fim, embargos de declaração (doc. 29), que também tiveram seu provimento negado (doc. 30). Por consequência, a decisão desta C. Corte, que deu parcial provimento ao recurso especial da SH Formas, aqui ré, veio a transitar em julgado em 09/09/2008, conforme certificado pelo próprio MT, em seu sítio na *internet* (doc. 31)" (fls. 5-6).

Sustenta ter havido ofensa à literalidade dos arts. 168, I, e 150, § 4º, do CTN, argumentando que houve ampliação do prazo prescricional de cinco para dez anos, sob a "errônea suposição de que, por se tratar de ISS - imposto submetido ao chamado auto lançamento - teria havido homologação tácita dos pagamentos efetuados pela contribuinte, razão pela qual o prazo de cinco anos do art. 168, I, do CTN somente começaria a fluir depois de decorridos os cinco anos de que dispõe a administração fazendária para a homologação expressa do pagamento" (fls. 9-10). Afirma que "no Município do Rio de Janeiro há legislação específica que impõe a homologação expressa, ao menos anualmente, na medida em que obriga o contribuinte a, no ato de autenticação dos livros fiscais e autorização de emissão de notas fiscais, apresentar os comprovante de pagamento referentes aos doze meses anteriores ao pedido" (fl. 10). Aduz que o acórdão rescindendo, não obstante alertado em agravo regimental e embargos de declaratórios, não chegou a examinar essa circunstância específica do caso concreto, que afasta a ocorrência de homologação tácita, e por conseguinte, a possibilidade de aplicação da tese dos "cinco mais cinco".

Alega também que a decisão rescindenda violou o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. No ponto, assevera:

"Já foi dito no item II da presente que o pedido formulado pela ora Ré, nos autos da ação originária, foi dúplice e sucessivo, no sentido de que o segundo só poderia vir a ser apreciado na hipótese de acolhimento do primeiro, que, desta forma, era seu antecedente lógico e necessário.

De fato, pleiteou a autora da ação originária, aqui ré, (i) a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária entre as partes, no que tange ao ISS sobre a locação de bens móveis, reconhecendo-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da norma complementar que o previa; e (ii) uma vez desconstituída a relação jurídico-tributária, a condenação da Municipalidade à repetição de tudo quanto tivesse sido pago pela autora a esse título.

Assim, levando-se em conta a forma como foi posta em Juízo a ação pela autora, ora ré, seu potencial direito à repetição só surgiria a partir da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desconstituição dos lançamentos.

Segundo o art. 1º do Decreto n. 20.910/32, recepcionado como lei ordinária federal, 'todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem'.

Sendo o ISS tributo sujeito a pagamento, referente aos serviços prestados no mês imediatamente anterior, e levando-se em conta que a ação originária foi ajuizada em 09/12/2001 (doc. 1), tem-se que os fatos geradores ocorridos nos cinco anos imediatamente anteriores, isto é, anteriores a 12/1996, não mais poderiam ser desconstituídos ou declaradas inexistentes as correspondentes relações jurídico-tributárias.

Assim permanecendo hígidas as referidas relações jurídico-tributárias, não surge o pretenso direito à repetição do que a este título foi pago, estabilizada que foi a situação jurídica pelo decurso da prescrição."

O feito foi processado pelo eminente Ministro Benedito Gonçalves, relator, sendo a mim encaminhado para indicação de dia para julgamento, nos termos do art. 237 do RISTJ.

É o breve relatório.

Ao que se verifica, a primeira questão posta nesta demanda, relativa à existência de lei específica que indicaria a ocorrência de homologação expressa, não foi apreciada pelo acórdão rescindendo, que afirmou a impossibilidade dessa análise em razão da ausência de prequestionamento e da incidência do verbete n. 280 da Súmula do STF.

Assim, a pretensão de apreciação do tema revela-se incabível no âmbito da ação rescisória, porquanto ausente "sentença de mérito" a viabilizá-la, conforme exigido pelo art. 485 do CPC.

Confirmam-se, por pertinentes, os seguintes julgados que tratam da impossibilidade da rescisória para afastar os requisitos de admissibilidade do recurso especial:

"AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. DECISÃO MONOCRÁTICA RESCINDENDA. EXAME DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DE RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO (ALÍNEA 'C' DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL). AUSÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO (ART. 485 DO CPC).

– Na linha da jurisprudência desta Corte, descabe ação rescisória proposta com o objetivo de impugnar julgado desta Corte no qual se discute, apenas, requisitos de admissibilidade de recurso especial, tendo em vista não se verificar decisão sobre o mérito do direito material.

Agravo regimental improvido" (AgRg na AR 4.728/SP, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, da minha relatoria, DJe de 6.9.2011).

"PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. DISCUSSÃO ACERCA DA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DE PRECEDENTE DA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ALEGAÇÃO DE ERRO DE FATO. DISCUSSÃO SOBRE O FATO PELO ACÓRDÃO QUE SE BUSCA RESCINDIR. AÇÃO IMPROCEDENTE.

1. Não cabimento de ação rescisória para discussão acerca do juízo de admissibilidade de recurso especial (AgRg na AR 1456/SP, 1ª Seção, Min. Humberto Martins, DJe de 22/02/2010).

[...]

5. Ação rescisória improcedente" (AR 3.097/DF, Segunda Seção, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 16.6.2011).

"AÇÃO RESCISÓRIA. PROCESSO DE INVENTÁRIO. ANULAÇÃO DE PARTILHA E AVALIAÇÃO DAS AÇÕES DE SOCIEDADE ANÔNIMA FAMILIAR FECHADA PELO SEU VALOR REAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DISPOSIÇÃO LITERAL DO ART. 993, PAR. ÚNICO, INC. II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

I – Inviável a rediscussão, em ação rescisória, da admissibilidade de recurso especial, ainda que conhecido. Precedentes.

[...]

V – AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA IMPROCEDENTE" (AR 810/RS, Segunda Seção, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 16.6.2011).

"AGRAVOS REGIMENTAIS. AÇÃO RESCISÓRIA. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO NA ORIGEM. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. VERBA HONORÁRIA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DESTA CORTE.

– A ação rescisória não é cabível para afastar a incidência do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte, por se cuidar de mera discussão a respeito da presença de requisitos de admissibilidade do recurso especial.

[...]

Agravos regimentais improvidos" (AgRg na AR 4.607/SC, Primeira Seção, da minha relatoria, DJe de 10.6.2011).

"PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO RESCISÓRIA – DISCUSSÃO SOBRE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE – NÃO-CABIMENTO – ERRO DE FATO NÃO CONFIGURADO – AÇÃO EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1. A ação rescisória somente tem cabimento contra decisões de mérito, dentre as quais se inclui a que aprecia o mérito do recurso especial. A *contrario sensu*, é inadmissível ação rescisória contra decisão que não conheceu do recurso especial, mormente quando tal ação busca rever juízo de admissibilidade do recurso.

[...]

Agravo regimental improvido" (AgRg na AR 1.456/SP, Primeira



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Seção, Ministro Humberto Martins, DJe de 22.2.2010).

"PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO-CABIMENTO. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO-OCORRÊNCIA. LEI 6.708/79. CÁLCULO DO MENOR E MAIOR VALOR-TETO DOS SALÁRIOS-DE-BENEFÍCIO. UTILIZAÇÃO DO FATOR DE REAJUSTAMENTO SALARIAL. DESVINCULAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

[...]

2. A ação rescisória não se presta para simples rediscussão da causa. Em outras palavras, não tem por finalidade, diante de inconformismo da parte, rever alegado equívoco quanto à adoção de orientação jurisprudencial relacionada à admissibilidade de recurso especial.

[...]

4. Pedido julgado improcedente" (AR 1.931/SP, Terceira Seção, Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 1º.2.2010).

Melhor sorte não encontra o autor no que tange ao Decreto n. 20.910/1932.

A argumentação, no ponto, não consegue demonstrar como ocorreu a violação literal da norma pelo aresto rescindendo. Ao contrário, mostra-se totalmente dissociada do que foi julgado, refletindo tese nova relativa ao desmembramento e à independência de pedidos não abordada no julgamento do recurso especial, tampouco cogitada nas razões lançadas no agravo regimental e nos embargos de declaração opostos à decisão da eminente Ministra Eliana Calmon.

Cito, a propósito, o seguinte trecho extraído da ementa da AR n. 459-SR, relatada pela eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura: "Na ação rescisória, fundada no inciso V do art. 458 do CPC, a violação de lei deve ser literal e direta, não admitindo inovação quanto à causa de pedir, sob pena de se aceitar o manejo da rescisória unicamente com o fim de se permitir novo julgamento à luz de um outro enforque."

Ademais, o prazo prescricional adotado pela decisão rescindenda está em absoluta consonância com a jurisprudência pacificada nesta Corte, consoante se verifica do seguinte precedente, que cito entre inúmeros outros:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TESE DOS 'CINCO MAIS CINCO'. INTERRUPTÃO. PRAZO DECADENCIAL PARA A HOMOLOGAÇÃO TÁCITA DO LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Repetição de Indébito Tributário, ajuizada em junho de 2002, com a pretensão de reaver os valores recolhidos a título de ICMS sobre prestação de serviços de transporte aéreo, no



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

período entre junho de 1989 a maio de 1994.

[...]

3. O STJ pacificou entendimento 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' (AI nos EREsp 644.736/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 6.6.2007, DJ 27.8.2007, p. 170).

4. No mencionado precedente, o STJ reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do art. 3º do mesmo diploma aos pagamentos indevidos realizados antes da vigência da norma. Esse dispositivo estabelece que, para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei 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, na ocasião do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

5. O egrégio STF, em 4.8.2011, concluiu o julgamento de mérito do RE 566.621/RS, em repercussão geral, afastando parcialmente a jurisprudência do STJ adotada no REsp 1.002.932/SP (repetitivo), para fixar a validade da nova sistemática às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9.6.2005.

6. A Primeira Seção do STJ deliberou, na sessão do dia 24.08.2011, pela imediata aplicação dessa orientação.

7. No caso dos autos, a Ação de Repetição do Indébito foi proposta anteriormente à vigência da LC 118/2005. Logo, não há dúvida de que a resolução da controvérsia deve ter como premissa a tese dos 'cinco mais cinco', de forma que a prescrição quinquenal tem início com a homologação tácita do lançamento, que se dá após cinco anos do fato gerador.

[...]

10. Desse modo, proposta a demanda em junho de 2002, não foram alcançados pela prescrição os créditos relativos ao período de junho de 1992 a maio de 1994.

11. Recurso Especial parcialmente provido, para afastar a prescrição da pretensão de cobrança do indébito tributário no período entre junho de 1992 a maio de 1994" (REsp 1.271.171-SE, Ministro Herman Benjamin, DJe de 22.5.2012).

Como no precedente citado, a hipótese dos autos trata de demanda ajuizada antes da vigência da LC n. 118/2005, o que enseja a aplicação da tese adotada pela decisão rescindenda, ou seja, dos "cinco mais cinco".

Diante dessas circunstâncias, tenho por incabível a ação rescisória e julgo extinto o processo sem julgamento do mérito.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2010/0144530-9 PROCESSO ELETRÔNICO AR 4.533 / RJ

Números Origem: 200200200025 200500917734

PAUTA: 08/08/2012

JULGADO: 08/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Revisor

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CASTRO MEIRA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. FLAVIO GIRON

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

AUTOR : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : MARCELO SILVA MOREIRA MARQUES E OUTRO(S)
RÉU : SH FORMAS ANDAIMES E ESCORAMENTOS LTDA
ADVOGADO : ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

SUSTENTAÇÃO ORAL

Compareceu a sessão, o Dr. ALEXANDRE DE LA REZA FELIX FERREIRA E SILVA, pela ré.

CERTIDÃO

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

"A Seção, por unanimidade, julgou inadmissível a ação rescisória, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Teori Albino Zavascki, Amaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Napoleão Nunes Maia Filho e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Herman Benjamin.