



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.180.544 - SP (2009/0072676-0)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : HIDROBRAS TUBOS E ACESSÓRIOS PARA SANEAMENTO E
INDÚSTRIA LTDA
ADVOGADO : ELAINE GOMES DA SILVA

EMENTA

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

1. Conforme decidido pela Corte Especial, é inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do disposto em seu art. 3º.
2. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC.
3. A matéria permite enfoque constitucional e a Fazenda deve esgotar a instância para que possa levá-la à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o que afasta a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.
4. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de abril de 2010(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.180.544 - SP (2009/0072676-0)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : HIDROBRAS TUBOS E ACESSÓRIOS PARA SANEAMENTO E
INDÚSTRIA LTDA
ADVOGADO : ELAINE GOMES DA SILVA

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que determinou a aplicação da tese dos "cinco mais cinco" à contagem do prazo prescricional na repetição de indébitos tributários.

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

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.180.544 - SP (2009/0072676-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 12.3.2010.

O Agravo Regimental não merece prosperar, pois a ausência de argumentos hábeis para alterar os fundamentos da decisão ora agravada torna incólume o entendimento nela firmado. Portanto, mantenho a decisão hostilizada pelos seus próprios fundamentos (fls. 351-353):

Trata-se de Agravo de Instrumento de decisão que inadmitiu Recurso Especial (art. 105, III, "a" e "c", da CF) interposto contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja ementa é a seguinte:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PIS. JULGAMENTO ULTRA PETITA. INOCORRÊNCIA. INTERESSE DE AGIR. PRESENTE. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECRETOS-LEIS 2.445/88/2.449/88. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA (RE 148.754-2). COMPENSAÇÃO. ART. 74, DA LEI 9.430/96, COM REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI 10.637/02. CORREÇÃO MONETÁRIA. PROV. 24/97. TAXA SELIC. ART. 170-A CTN. APLICABILIDADE. JUROS MORATÓRIOS.

I. Afastada a alegação de julgamento “ultra petita”, porquanto o MM. juiz “a quo” decidiu a lide nos termos em que proposta.

II. Afastada a alegação de carência de ação, por falta de interesse de agir, visto que a prestação jurisdicional, na hipótese, mostra-se necessária e adequada, a fim de que as autoridades fiscalizadoras se abstenham de praticar qualquer ato no sentido de exigir o recolhimento dos tributos objeto de compensação.

III. Em se tratando de tributo cujo lançamento se dá por homologação, o termo “a quo” do lapso prescricional inicia-se após decorrido o prazo previsto no § 4º do Art. 150 do CTN. Precedentes do C. STJ.

IV. Restou descaracterizada a obrigatoriedade do recolhimento ao PIS, sob os ditames dos Decretos-Leis nº 2.445/88 e nº 2.449/88, dada a inconstitucionalidade das modificações procedidas, como assentou o Plenário do Excelso Supremo Tribunal Federal no RE 148.754-2.

V. Compensação do PIS com parcelas do próprio PIS.

VI. Aplicação do Prov. 24/97 na atualização dos valores.

VII. Aplicação da Taxa SELIC, a partir de 1º/01/96, com exclusão de quaisquer índices de juros/correção.

VIII. Revogação da tutela antecipada, em razão da aplicabilidade do art. 170-A do CTN.

IX. Incabíveis juros moratórios em sede de compensação, à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

míngua de previsão legal.

X. Apelação da União e remessa oficial parcialmente providas (fl. 169).

Os Embargos de Declaração foram rejeitados (fl. 186).

A Fazenda Nacional sustenta que ocorreu violação dos arts. 150, §§ 1º e 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN, sob o argumento de que "(...) o prazo decadencial/prescricional para se requerer a repetição do indébito ou a compensação de valores pagos indevidamente ou a maior conta-se a partir da extinção do crédito tributário (...), que ocorre com o efetivo pagamento do tributo ou contribuição" (fl. 217). Aponta ainda divergência jurisprudencial.

Sem contraminuta (fl. 238).

É o **relatório**.

Decido.

Os autos foram recebidos neste Gabinete em 22.11.2009.

Discute-se no presente processo o prazo prescricional para a propositura da ação de repetição de indébito de tributos sujeitos a lançamento por homologação.

Consagrou-se na Primeira Seção desta Corte, com o julgamento dos EREsp 435.835/SC, que o prazo prescricional é de cinco anos a contar da homologação, que, se tácita, ocorre depois de transcorridos cinco anos do fato gerador.

Quanto à aplicação retroativa da LC 118/2005, destaco que, na assentada de 6 de junho de 2007, a Corte Especial reconheceu 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, daquela Lei Complementar.

Em seu brilhante voto, o relator, Ministro Teori Zavascki, destaca que o art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar o disposto no art. 168, I, do CTN, inovou no mundo jurídico ao atribuir à norma sentido diverso daquele conferido por seu legítimo intérprete: o Poder Judiciário.

Desse modo, o Órgão Especial entendeu que a aplicação retroativa do dispositivo, ao reduzir o prazo prescricional, violou a Constituição da República, notadamente o art. 2º, que consagra a autonomia e a independência do Poder Judiciário em relação ao Poder Legislativo, e o inciso XXXVI do art. 5º, que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O acórdão proferido na Arguição de Inconstitucionalidade instaurada nos EREsp 644.736/PE foi publicado no Diário de Justiça de 27 de agosto de 2007, p. 170, com a seguinte ementa:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

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.

(AI nos EREsp 644.736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 170).

Assim, ante o pronunciamento da Corte Especial, os órgãos fracionários ficam autorizados a não submeter a questão novamente ao órgão especial. É o que dispõe o art. 481, parágrafo único, do CPC:

Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.

Assim, o Tribunal *a quo*, ao estabelecer o prazo prescricional em conformidade com a tese dos "cinco mais cinco", a contar da homologação (tácita ou expressa) pela Autoridade Fazendária, decidiu em consonância com o atual entendimento do Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.

Ademais, deduz-se que o acórdão recorrido está em sintonia



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Por fim, destaco que a aferição do quantitativo em que a autora e a ré saíram vencidas na demanda, bem como a verificação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, demandaria revolvimento de matéria eminentemente fática, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO RESCISÓRIA – ERRO DE FATO – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO RECURSAL GENÉRICO – DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO – SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SÚMULA 7/STJ – PREQUESTIONAMENTO – LIMITES DA AÇÃO RESCISÓRIA – DIREITO SUPERVENIENTE QUE NÃO FOI OBJETO DA COISA JULGADA.

omissis.

3. A constatação da existência ou não de sucumbência recíproca implica em análise do contexto fático da lide. Correta a aplicação da Súmula 7/STJ.

4. Não há como esta Corte analisar tese não discutida no Tribunal de origem. Incidência da Súmula 282/STF.

5. O juízo rescindendo da ação rescisória encontra limites objetivos na coisa julgada, não se podendo, nessa ação, analisar a constitucionalidade de legislação posterior que não foi objeto de lide anterior para, em consequência da rescisão do julgado, conceder pedido maior do que o contido na ação principal.

6. Recurso especial da FAZENDA NACIONAL não conhecido.

7. Recurso especial da CEMIG conhecido em parte, mas, nessa parte, não provido.

(REsp 880.048/DF, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 22.04.2008, DJ 08.05.2008 p. 1)

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo de Instrumento.**

A União tem razão, entretanto, quanto à inexistência de caráter protelatório no presente Agravo.

De fato, a matéria permite enfoque constitucional e o Fisco deve esgotar a instância para que possa levá-la à apreciação do Supremo Tribunal Federal, o que afasta a aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0072676-0

AgRg no
Ag 1180544 / SP

Números Origem: 134566 19903990842076 2008069292 200903000035684 9600222193

PAUTA: 06/04/2010

JULGADO: 06/04/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : HIDROBRAS TUBOS E ACESSÓRIOS PARA SANEAMENTO E INDÚSTRIA
LTDA
ADVOGADO : ELAINE GOMES DA SILVA

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : HIDROBRAS TUBOS E ACESSÓRIOS PARA SANEAMENTO E INDÚSTRIA
LTDA
ADVOGADO : ELAINE GOMES DA SILVA

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon, Castro Meira e Humberto Martins (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 06 de abril de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária