



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.976 - RS (2009/0139856-6)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : AUTO ABASTECEDORA SCHU LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : ISAIAS GRASEL ROSMAN
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. COFINS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO DA TESE DOS CINCO MAIS CINCO. PRECEDENTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1002932/SP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. VIOLAÇÃO À DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ATRIBUIÇÃO DO STF.

1. Consolidado no âmbito desta Corte que, no caso da Cofins, tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (em 9.6.2005), somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita (Primeira Seção desta Corte, no REsp n. 1.002.932/SP, Relator Min. Luiz Fux, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC).
2. Não se conhece da irresignação que não indica nas razões do apelo nobre qual o dispositivo de lei federal teria sido violado. Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.
3. Esta Corte não se presta à análise de afronta a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, por unanimidade, conhecer em parte do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 17 de agosto de 2010.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.976 - RS (2009/0139856-6)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : AUTO ABASTECEDORA SCHU LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADO : ISAIAS GASEL ROSMAN
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por Auto Abastecedora Schu Ltda. com arrimo na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdãos assim ementados:

TRIBUTÁRIO. COMBUSTÍVEIS DERIVADOS DE PETRÓLEO. ART. 4º, LEI Nº 9.718/98 . LEI Nº 9.990/00. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE. PRAZO PARA RESTITUIÇÃO. ARTS. 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR 118/05. DEMAIS RECEITAS AUFERIDAS. COFINS. BASE DE CÁLCULO. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 9.718/98. ALÍQUOTA. ART. 8º DA LEI Nº 9.718/98.

1. A partir da Lei nº 9.990/00, somente as refinarias de petróleo passaram a responder pela contribuição ao PIS e COFINS , nas operações com combustíveis derivados do petróleo, restando desonerados os demais integrantes da cadeia, razão pela qual a impetrante, consumidora final, carece de legitimidade ativa para discutir a exigibilidade das exações.

2. Segundo orientação desta Corte, tratando-se de ação ajuizada após o término da vacatio legis da LC nº 118/05 (ou seja, após 08-06-2005), objetivando a restituição ou compensação de tributos que, sujeitos a lançamento por homologação, foram recolhidos indevidamente, o prazo para o pleito é de cinco anos, a contar da data do pagamento antecipado do tributo, na forma do art. 150, § 1º e 168, inciso I, ambos do CTN, c/c art. 3º da LC nº 118/05. Vinculação desta Turma ao julgamento da AIAC nº 2004.72.05.003494-7/SC, nos termos do art. 151 do Regimento Interno desta Corte.

3. O Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, ao julgar os Recursos Extraordinários nºs. 346.084, 358.273, 357.950 e 390.840 (sessão do dia 9/11/2005).

4. A Lei 9.718/98 ampliou o conceito de faturamento expresso no artigo 2º da Lei Complementar n. 70/91, ofendendo o disposto no § 4º do artigo 195 da Constituição.

5. Não é possível a convalidação posterior dos dispositivos da Lei 9.718/98 pela Emenda Constitucional nº 20/98.

6. O art. 8º da Lei 9.718/98, que majorou a alíquota da COFINS, é constitucional. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

7. A Lei Complementar nº 70/91 pode ser alterada por lei ordinária, pois regula matéria que não é reservada, pela Constituição, à lei complementar.

8. A Lei nº 10.833/03 não padeceu da mesma inconstitucionalidade da Lei nº 9.718/98.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cabíveis os embargos de declaração com propósito de prequestionamento, de acordo com a Súmula 98 do Egrégio STJ.

Em suas razões, alega, em síntese:

(i) a violação aos arts. 168, inc. I, e 150, § 1º, do CTN, ao argumento de que é aplicável a tese dos cinco mais cinco em relação à contagem do prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, deduzindo a impossibilidade de se aplicar retroativamente a LC n. 118/05;

(ii) que as Leis n. 9.718/98 e 10.833/03, relativas à Cofins, violaram o princípio da hierarquia das leis, por alterarem matéria disposta em lei complementar;

(iii) a exigência na Constituição da República de lei complementar para dispor sobre o poder tributário residual da União quanto a impostos e contribuições para a seguridade social;

(iv) a violação pelo art. 8º da Lei n. 9.718/98, que majorou a alíquota da Cofins, aos princípios da hierarquia das leis, da capacidade contributiva (art. 145, §1º), da isonomia (art. 150, II), da vedação ao confisco (art. 150, IV), da equidade na participação do custeio (art. 194, V) e da justiça social (art. 3º, I), todos da Constituição da República.

Contrarrazões apresentadas.

Juízo de admissibilidade positivo na origem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.149.976 - RS (2009/0139856-6)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. COFINS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO DA TESE DOS CINCO MAIS CINCO. PRECEDENTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1002932/SP. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284 DO STF, POR ANALOGIA. VIOLAÇÃO À DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ATRIBUIÇÃO DO STF.

1. Consolidado no âmbito desta Corte que, no caso da Cofins, tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (em 9.6.2005), somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita (Primeira Seção desta Corte, no REsp n. 1.002.932/SP, Relator Min. Luiz Fux, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC).
2. Não se conhece da irresignação que não indica nas razões do apelo nobre qual o dispositivo de lei federal teria sido violado. Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.
3. Esta Corte não se presta à análise de afronta a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): Com razão, em parte, a recorrente.

A Primeira Seção desta Corte, no REsp n. 1.002.932/SP, Relator Min. Luiz Fux, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, em 25.11.2009, consolidou o seguinte entendimento:

5. 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 lei revogada.*").

De igual modo, as duas Turmas da Primeira Seção, especificamente em relação à exação da Cofins, já encamparam a aplicação da tese dos cinco mais cinco nestes casos.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Veja-se:

TRIBUTÁRIO. **COFINS**. PRESCRIÇÃO. SISTEMÁTICA DOS CINCO MAIS CINCO. COMPENSAÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. ART. 170-A, DO CTN INTRODUZIDO PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 104/01.

1. **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, julgado em 24.03.04).

2. 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).

3. Nessa assentada, firmou-se o entendimento de que, "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 de 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".

4. Entendimento que foi ratificado no julgamento do REsp nº 1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux (julgado em 25.11.09), submetido ao colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC.

5. Nas ações ajuizadas após a publicação da Lei Complementar nº 104/01, que acrescentou o art. 170-A ao CTN, somente se admite a compensação tributária depois do trânsito em julgado da sentença.

Precedentes.

6. Recurso especial provido em parte.

(REsp 1123624/CE, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 10/02/2010) (grifo nosso).

TRIBUTÁRIO. **COFINS**. SOCIEDADES CIVIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. ISENÇÃO. REVOGAÇÃO DO ARTIGO 6º, II, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 70/91 PELA LEI Nº 9.430/96. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. **PRAZO PRESCRICIONAL. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". LC Nº 118/2005**. APLICAÇÃO RETROATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE.

I - Quanto à matéria acerca da revogação, pela Lei n. 9.430/96 da isenção da COFINS prevista no art. 6º, inc. II, da Lei Complementar nº 70/91, às sociedades civis de prestação de serviços, restou consignado na decisão agravada, que o Supremo Tribunal Federal, em vários pronunciamentos, tem declarado, acerca do tema, que o conflito entre lei complementar e lei ordinária não é resolvido pelo princípio da hierarquia, mas sim em função da reserva de competência, concluindo que a COFINS poderia ser disciplinada por lei ordinária (RE nº 451.988-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 17.03.2006 e ADC 1, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RTJ 156/721).

II - Tal matéria mereceu enfrentamento pela Primeira Seção, no julgamento do AgRg no REsp nº 728.754/SP, de relatoria da Ministra Eliana Calmon. Naquela oportunidade restou definido que este Sodalício não conheceria dos recursos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

quando o acórdão recorrido tivesse centrado fundamentação na tese da revogação da lei complementar por lei ordinária, uma vez que se estaria usurpando a competência do STF. Precedentes: AgRg no REsp nº 668.821/RS, Rel.

Min. ELIANA CALMON, DJ de 29.06.2006 e AgRg nos EREsp nº 475519/PR, Rel Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 08.10.2007.

III - Nesse panorama, apresentada a questão como uma daquelas situações definidas pelo Supremo Tribunal Federal como de sua competência, tem-se como inviabilizada a apreciação da matéria por este Superior Tribunal de Justiça, sob pena de usurpação da competência do Excelso Pretório. Assim sendo, neste particular, inexistente questão infraconstitucional a ser dirimida por este Colendo Superior Tribunal de Justiça.

IV - **"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. 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, 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.** (REsp nº 886.181/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 16.08.2007).

V - A análise de suposta violação a dispositivos constitucionais é de competência exclusiva do Pretório Excelso, conforme prevê o artigo 102, inciso III, da Carta Magna, pela via do recurso extraordinário, sendo defeso a esta colenda Corte fazê-lo, ainda que para fins de prequestionamento.

VI - Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1097992/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 26/02/2009) (grifo nosso).

Dessarte, merece reforma o acórdão, porquanto já consolidado no âmbito desta Corte que, no caso da Cofins, tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (em 9.6.2005), somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Quanto aos demais argumentos, a irresignação não merece ser conhecida, na medida em que não indicou nas razões do apelo nobre qual o dispositivo de lei federal teria sido violado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Desta forma, há óbice ao conhecimento da irresignação nesse ponto, por violação ao disposto na Súmula n. 284 do Supremo Tribunal Federal, por analogia.

Por fim, quanto à alegação de violação de dispositivos constitucionais, também não merece ser conhecido o recurso.

Como é cediço, esta Corte não se presta à análise de afronta a dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal.

Com essas considerações, voto por CONHECER, EM PARTE, do recurso especial, para, na parte conhecida, DAR-LHE PROVIMENTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro:
2009/0139856-6

PROCESSO ELETRÔNICO

REsp 1.149.976 /
RS

Número Origem: 200771050067782

PAUTA: 17/08/2010

JULGADO: 17/08/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

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

RECORRENTE : AUTO ABASTECEDORA SCHU LTDA - MICROEMPRESA

ADVOGADO : ISAIAS GRASEL ROSMAN

RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - Cofins

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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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

Seq. Fase Anterior = 59856998

Data Fase = 17/08/2010

Seq. Usuário = 139



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Texto:

R

Brasília, 17 de agosto de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI

Secretária

Resultado de Julgamento Final: "A Turma, por unanimidade, recebeu a reconsideração de despacho como agravo regimental e dele não conheceu, nos termos do voto do(a) Sr(a).

Ministro(a)-Relator(a)."

- Petição Nº 139932/2010 - RCDESP no Ag 1253875