



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.330.432 - DF (2010/0133603-6)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
EMBARGANTE : DILLY NORDESTE S/A E OUTROS
ADVOGADO : CÉLIA C GASCHO CASSULI
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO APENAS ÀS DEMANDAS AJUIZADAS APÓS A SUA ENTRADA EM VIGOR. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 566.621/RS). ORIENTAÇÃO REAFIRMADA PELO STJ EM RECURSO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.269.570/MG, MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DE 04/06/12). BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, receber os embargos de declaração como agravo regimental e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de agosto de 2012

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.330.432 - DF (2010/0133603-6)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
EMBARGANTE : **DILLY NORDESTE S/A E OUTROS**
ADVOGADO : **CÉLIA C GASCHO CASSULI**
EMBARGADO : **FAZENDA NACIONAL**
ADVOGADO : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de embargos de declaração opostos contra decisão cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO APENAS ÀS DEMANDAS AJUIZADAS APÓS A SUA ENTRADA EM VIGOR. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 566.621/RS). ORIENTAÇÃO REAFIRMADA PELO STJ EM RECURSO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.269.570/MG, MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DE 04/06/12). BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO PARA, DESDE LOGO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

O embargante requer o prequestionamento de dispositivos legais e constitucionais, sob pena de ofensa aos arts. 535 do CPC, 5º, XXXV, LV, e 93, IX, da CF.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.330.432 - DF (2010/0133603-6)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
EMBARGANTE : DILLY NORDESTE S/A E OUTROS
ADVOGADO : CÉLIA C GASCHO CASSULI
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. APLICAÇÃO APENAS ÀS DEMANDAS AJUIZADAS APÓS A SUA ENTRADA EM VIGOR. ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DO STF EM REPERCUSSÃO GERAL (RE 566.621/RS). ORIENTAÇÃO REAFIRMADA PELO STJ EM RECURSO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC (RESP 1.269.570/MG, MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE DE 04/06/12). BASE DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (RELATOR):

1. Embora a recorrente tenha denominado o presente recurso de "embargos de declaração", pela análise de sua fundamentação, deduz-se, de forma clara e inequívoca, que objetiva reformar a decisão que não conheceu de agravo de instrumento e não sanar qualquer omissão, obscuridade ou contradição (art. 535 do CPC). Evidenciando-se, portanto, a finalidade do recurso de reformar a decisão em referência, recebo-o como agravo regimental.

2. A decisão agravada é do seguinte teor:

2. Não há nulidade por omissão no acórdão que decide de modo integral e com fundamentação suficiente a controvérsia posta. Foi o que ocorreu no caso: o Tribunal de origem julgou, com fundamentação suficiente, a matéria devolvida à sua apreciação.

3. Sobre o tema relacionado com a prescrição da ação de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) adotou 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. Segundo esse entendimento, 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

E, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo, na verdade, de dez anos a contar do fato gerador.

Sobreveio a Lei Complementar 118/05, estabelecendo como termo inicial da prescrição a data do recolhimento do tributo considerado indevido (art. 3º), inclusive para recolhimentos anteriores à sua vigência (ao art. 4º, segunda parte). Todavia, quanto a essa determinação de retroatividade, a Corte Especial, apreciando incidente de inconstitucionalidade (AI nos ERESP 644.736/PE, Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007, DJ 27.08.2007), declarou inconstitucional a expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do dispositivo em questão, nos termos da 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 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. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

Em tal sentido, ainda, a 1ª Seção desta Corte, ao julgar o REsp. 1.002.932/SP (Min. Luiz Fux, DJe de 18/12/2009), sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento acima esposado, estabelecendo que, quando não houver homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito é de dez anos a contar do fato gerador.

Apreciando a mesma questão, o Plenário do STF, no julgamento do RE 566.621, ocorrido em 04.08.2011, relatora a Ministra Ellen Gracie (DJe de 04.08.2011), adotou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento semelhante ao do STJ, declarando a inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da LC 118/05. Todavia, num ponto houve divergência: enquanto o STJ entendeu que o novo regime, previsto no art. 3º da LC 118/2005, alcança os *pagamentos* efetuados após a sua vigência, o STF, diferentemente, entendeu que o novo regime alcança *as demandas* ajuizadas depois da sua entrada em vigor. Considerando a especial eficácia vinculativa do julgamento do recurso extraordinário, que se deu sob o regime do art. 543-B do CPC, impõe-se a sua adoção em casos análogos, como o aqui em exame.

Na hipótese, a ação foi ajuizada em 25/10/2006, quando já em vigor a LC 118/05. Afigura-se incorreto, portanto, o acórdão recorrido ao não reconhecer a incidência da regra nova, devendo ser reformado no ponto.

Ressalte-se, por fim, que, recentemente, o STJ alinhou seu entendimento ao do STF, ao julgar o REsp 1.269.570/MG, 1ª S., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 04/06/2012, pelo rito do art. 543-C do CPC, assentando que, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN.

4. A jurisprudência deste Tribunal pacificou-se no sentido de que "a parcela relativa ao ICMS deve ser incluída na base de cálculo do PIS e da COFINS, nos termos das Súmulas 68 e 94 do STJ" (AgRg no REsp 1.121.982/RS, 2ª T., Min. Humberto Martins, DJe de 04/02/2011). Nesse sentido, os seguintes julgados: AgRg no REsp 1.132.369/SC, 1ª T., Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15/05/2012; AgRg no REsp 1.212.949/SP, 2ª T., Min. Castro Meira, DJe de 10/05/2012; REsp 1.012.877/PR, 2ª T., Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 08/02/2011; AgRg no Ag 1.169.099/SP, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 03/02/2011; AgRg no Ag 1.005.267/RS, 1ª T., Min. Benedito Gonçalves, DJe de 02/09/2009.

Assim, por estar em dissonância com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, merece reparos o acórdão recorrido.

O agravo regimental não traz qualquer subsídio apto a alterar esses fundamentos, razão pela qual deve ser mantido incólume o entendimento da decisão agravada.

3. Diante do exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental e nego-lhe provimento. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0133603-6 **PROCESSO ELETRÔNICO** **Ag** **EDcl no**
1.330.432 / DF

Números Origem: 200634000325604 20063400323 2057656 2069550 2204169
271581620104010000 317174020064013400

EM MESA

JULGADO: 14/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : DILLY NORDESTE S/A E OUTROS
ADVOGADO : CÉLIA C GASCHO CASSULI

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : DILLY NORDESTE S/A E OUTROS
ADVOGADO : CÉLIA C GASCHO CASSULI
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.