



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.170 - MG (2009/0029661-0)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : MASTER TURISMO LTDA
ADVOGADO : FREDERICO DE MARTINS E BARROS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – SÚMULA 284/STF – ARTS. 480, 482 DO CPC – SÚMULA 211/STJ – PRESCRIÇÃO – TERMO INICIAL – TESE DOS "CINCO MAIS CINCO" – LEI COMPLEMENTAR 118/2005 – ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NOS ERESP 644.736/PE – PRIMEIRA SEÇÃO RATIFICOU ENTENDIMENTO – REsp 1.002.932/SP SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC – PIS – SEMESTRALIDADE – BASE DE CÁLCULO – CORREÇÃO MONETÁRIA – NÃO INCIDÊNCIA – PRECEDENTES DO STJ.

1. Não há como ser conhecida violação do art. 535 do CPC quando o recorrente não aponta com clareza e precisão a obscuridade e as omissões que dariam ensejo à anulação do acórdão recorrido. Aplicação da Súmula 284/STF.

2. Inviável análise de tese que não foi objeto de prequestionamento na instância de origem, apesar da oposição de embargos de declaração. Incidência da Súmula 211/STJ.

3. A Corte Especial, na Argüição de Inconstitucionalidade no ERESP 644.736/PE, acolheu o incidente para reconhecer a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.107, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 (entendimento ratificado pela Primeira Seção, no REsp 1.002.932/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008).

4. Por força da declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da LC 118/05, prevalece a regra consagrada na jurisprudência do STJ no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o contribuinte pleitear a repetição de indébito, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é a data em que ocorrida a homologação, expressa ou tácita, regra que se aplica a todos os pagamentos efetuados no período anterior à vigência da LC 118/05, ocorrida em **09.06.2005**.

5. O PIS semestral, estabelecido na LC 07/70, diferentemente do PIS REPIQUE - art. 3º, letra "a" da mesma lei - tem como fato gerador o faturamento mensal.

6. Em benefício do contribuinte, estabeleceu o legislador como base de cálculo, entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo, o faturamento de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador - art. 6º, parágrafo único, da LC 07/70.

7. A incidência da correção monetária, segundo posição jurisprudencial, só pode ser calculada a partir do fato gerador.

8. Corrigir-se a base de cálculo do PIS é prática que não se alinha à previsão da lei e à posição da jurisprudência.

9. Recurso especial conhecido em parte e nessa parte não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília-DF, 04 de fevereiro de 2010(Data do Julgamento)

MINISTRA ELIANA CALMON
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.170 - MG (2009/0029661-0)

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : MASTER TURISMO LTDA
ADVOGADO : FREDERICO DE MARTINS E BARROS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: Trata-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região assim ementado (fl. 216/217):

TRIBUTÁRIO - PIS - DECRETOS-LEIS NºS 2.445/88 E 2.449/88 - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO E. STF EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO - RESTITUIÇÃO DEVIDA - PRAZO DECENAL (TEORIA DOS 5+5) - BASE DE CÁLCULO: FATURAMENTO DO SEXTO MÊS ANTERIOR À OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR - EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

1 - A Primeira Seção do STJ firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, como o PIS, o prazo para requerer a restituição/compensação do valor recolhido indevidamente, ou a maior, extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do fato gerador, acrescidos de mais 5 (cinco) anos, a partir da homologação tácita do pagamento (EResp nº 545.790/PR, Rel. Min. José Delgado, Unânime, DJ 16/08/2004, pág. 128).

2 - Os Decretos-Leis nºs 2.445/88 e 2.449/88, que alteraram a sistemática da contribuição para o PIS, foram declarados inconstitucionais pelo Pretório Excelso, quando do julgamento do RE nº 148.754-2/RJ, de 24/06/93, em face da absoluta impropriedade destes veículos legislativos para o disciplinamento da matéria. Posteriormente, com o advento da Súmula nº 49 do Senado Federal, datada de 10/10/95, foi suspensa a execução dos referidos decretos-leis, voltando a contribuição a ser exigida nos termos da LC nº 07/70, com as alterações promovidas pela LC nº 17/73.

3 - A base de cálculo da contribuição para o PIS, afastados os DDLL nºs 2.445/88 e 2.449/88, é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, conforme prevê o art. 6º da LC nº 07/70, sem incidência da correção monetária. Precedentes do STJ.

4 - As alterações levadas a efeito pelas Leis nºs 7.691/88, 7.799/89, 8.218/91, 8.383/91, 8.891/95 e 9.069/95 restringiram-se à fixação do prazo para recolhimento da contribuição para o PIS, em nada afetando o cálculo da base de cálculo que continuou a ser exigida nos termos do art. 6º da LC nº 07/70.

5 - Por se tratar de tributo direto, em que o contribuinte de direito, pela sistemática da Contribuição para o PIS, não transfere o encargo tributário para outros agentes da cadeia econômica, suportando, ele próprio, o encargo tributário, é inaplicável o disposto no art. 166 do CTN.

6 - Nos termos do disposto no art. 74, da Lei nº 9.430/96, com redação dada pelo art. 49, da Lei nº 10.637/2002, admite-se a compensação dos valores recolhidos com débitos de quaisquer tributos administrados pela SRF.

7 - Na compensação, onde sobressai a peculiaridade de o procedimento depender da exclusiva iniciativa do contribuinte, descabe falar em juros de mora.

8 - Não se aplicam, na espécie, as limitações previstas nas Leis nºs 9.032/95 e 9.129/95, porque restritas à compensação das contribuições arrecadadas pelo INSS.

9 - A correção monetária, mera recomposição do poder da moeda, incide



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

desde o recolhimento indevido (Súmula nº 162/STJ), aplicando-se: 1) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; 2) o INPC, de fevereiro/1991 a dezembro/1991; 3) a UFIR, de janeiro/1992 a dezembro/1995; 4) e, a partir de janeiro/1996, apenas a taxa SELIC (taxa composta por juros e correção monetária). À míngua de recurso da impetrante, neste sentido, os indébitos serão corrigidos na forma estabelecida na sentença, é dizer, pelos mesmos índices utilizados pela Fazenda Nacional na cobrança de seus créditos.

10 - Considerando que, nos presentes autos, somente são compensáveis os valores recolhidos após 201/02/1992, não há que se falar em expurgos inflacionários, porque inexistentes no período.

11 - A compensação sujeita-se ao trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 170-A, do CTN, ressalvando-se à autoridade fazendária a aferição da regularidade do procedimento.

12 - Apelação da Fazenda Nacional e Remessa Oficial providas em parte.

13 - Sentença reformada parcialmente.

Aponta o recorrente violação dos arts. 458, 480, 482, 535 do CPC, 150, §§ 1º e 4º, 165, I, 168, I, 156, I e VII, 97, I e VI, 141 do CTN, 3º e 4º da LC 118/05, 6º, parágrafo único, da LC 7/70, 97, § 2º, do CTN, requerendo:

- a) seja reconhecida a nulidade do julgado por omissão e obscuridade;
- b) seja decretada a decadência/prescrição quinquenal, tendo por termo inicial a data do recolhimento do tributo ou a decretação da inconstitucionalidade da exação pelo Pretório Excelso;
- c) seja reconhecida a aplicação da legislação modificadora da sistemática de recolhimento da contribuição ao PIS posteriormente à Lei Complementar 7/70.

Sem contra-razões, subiram os autos, admitido o especial na origem.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.124.170 - MG (2009/0029661-0)

RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : MASTER TURISMO LTDA
ADVOGADO : FREDERICO DE MARTINS E BARROS E OUTRO(S)

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (Relatora):

Preliminarmente, não conheço da apontada violação do art. 535 do CPC, pois, apesar de a recorrente afirmar que o acórdão foi omissivo e obscuro, ela não indicou precisamente em que consistiria a obscuridade do acórdão, nem apontou com precisão e clareza as teses e os dispositivos de lei federal em relação aos quais haveria omissão. Incidem aqui, portanto, as disposições da Súmula 284/STF.

No que diz respeito à apontada violação dos arts. 480 e 482 do CPC, relativa ao suposto desatendimento do princípio da reserva da plenário quanto à questão da prescrição e da decadência, observo que a instância *a quo*, apesar da oposição dos embargos de declaração, não emitiu juízo de valor sobre a questão, carecendo a matéria, assim, do necessário prequestionamento. Aplicável neste ponto a Súmula 211/STJ.

Sobre a prescrição dos tributos lançados por homologação, a jurisprudência do STJ oscilou durante algum tempo, mas pacificou-se quando do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835/SC, consagrando a "**tese dos cinco mais cinco.**"

Assim, considerando-se o tributo lançado por homologação ou autolancamento, o Fisco pode homologá-lo expressa ou tacitamente. Não havendo outro prazo fixado em lei para a homologação, será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). 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 artigo 168, inciso I, do CTN.

Após o alinhamento da jurisprudência, com a consagração da tese dos "cinco mais cinco", entrou em vigor a Lei Complementar 118/2005, na tentativa de sepultar a tese consagrada. O referido diploma pretendeu dar eficácia aos seus dispositivos de imediato, mas a Corte Especial veio a reconhecer, na parte da imediata vigência, cunho de inconstitucionalidade (AI no EREsp 644.736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06.06.2007, DJ 27.08.2007 p. 170).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Posteriormente à referida decisão da Corte Especial, criou-se certa celeuma acerca de uma possível regra de transição a ser adotada na aplicação do art. 3º da LC 118/2005, originada, ao que tudo indica, a partir do seguinte trecho do voto proferido pelo eminente relator na já citada Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp 644.736:

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.

Embora, em tese, esse seja um entendimento possível, tenho-o por incoerente com a declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, proferida pela Corte Especial. É que, uma vez declarada inconstitucional, a referida norma não produz qualquer efeito.

Assim, a alteração da regra de contagem do termo inicial do prazo prescricional para a repetição de indébito, promovida pelo art. 3º da LC 118/05, não deve ser aplicada em relação aos pagamentos efetuados anteriormente à sua vigência, ou seja, antes de **09.06.2005**.

Nesse sentido, inclusive, foi a conclusão do voto-mérito proferido pelo Ministro Teori, acolhido por unanimidade pela Primeira Seção, após o pronunciamento da Corte Especial, como revela a ementa que resumiu o julgado:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA.

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, em 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. Embargos de divergência a que se nega provimento.

(EResp 644.736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28.11.2007, DJ 17.12.2007)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em suma: por força da declaração de inconstitucionalidade da parte final do art. 4º da LC 118/05, prevalece a regra consagrada na jurisprudência do STJ no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional para o contribuinte pleitear a repetição de indébito, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é a data em que ocorrida a homologação, expressa ou tácita, regra que se aplica a todos os pagamentos efetuados no período anterior à vigência da LC 118/05, ocorrida em **09.06.2005**.

Ressalto que esse posicionamento foi ratificado pela Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.002.932/SP, da relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, com acórdão pendente de publicação.

No tocante à sistemática de recolhimento do PIS semestral estabelecido na Lei Complementar 07/70, estabeleceu o legislador, em benefício do contribuinte, como base de cálculo (entendendo-se como tal a base numérica sobre a qual incide a alíquota do tributo) o faturamento de seis meses anteriores à ocorrência do fato gerador - art. 6º, parágrafo único, da LC 07/70.

Quanto à correção monetária do PIS semestral, verifica-se que não há na Lei Complementar 07/70 e na Lei 7.691/88 qualquer referência à correção monetária que deva incidir no período questionado, configurando-se tal exigência aumento da carga tributária, por falta de lei autorizadora.

Esta tese foi consagrada pela Primeira Seção desta Corte, conforme julgados que destaco:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS SEMESTRAL. LEI COMPLEMENTAR N. 07/70. CORREÇÃO MONETÁRIA DA BASE DE CÁLCULO. DIVERGÊNCIA. PRECEDENTES.

É pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual a base de cálculo da contribuição para o PIS é o faturamento do sexto mês anterior à ocorrência do fato gerador, sobre a qual não incide correção monetária, ante a ausência de previsão normativa.

Embargos de divergência acolhidos, para afastar a incidência de correção monetária sobre a base de cálculo do PIS.

(REsp 255.519/PR, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/06/2004, DJ 06/09/2004 p. 157)

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PIS. BASE DE CÁLCULO. CORREÇÃO MONETÁRIA. LEI N.º 7.691/88.

1. A Primeira Seção desta Corte pacificou entendimento no sentido de que não cabe, por ausência de previsão legal, a atualização monetária da base de cálculo do PIS, a qual corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, até a edição da Medida Provisória nº 1.212/95.

2. A incidência da correção monetária, com fundamento no art. 1º da Lei



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

n.º 7.691/88, somente será admitida a partir do fato gerador até a data do efetivo pagamento. Precedentes.

3. Recurso especial provido.

(REsp 674.589/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/11/2004, DJ 14/02/2005 p. 193)

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. PIS. RESTITUIÇÃO PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. SÚMULA N. 83/STJ. SEMESTRALIDADE. LEI COMPLEMENTAR N. 7/70. FATO GERADOR. BASE DE CÁLCULO. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 435.835-SC (relator para o acórdão Ministro José Delgado), firmou o entendimento de que, na hipótese de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito é de 10 (dez) anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e, de 5 (cinco) anos a contar da homologação, se esta for expressa.

2 "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Súmula n. 83/STJ).

3. O art. 6º, parágrafo único, da Lei Complementar n. 7/70 não se refere ao prazo para recolhimento do PIS, mas sim à sua base de cálculo.

4. A base de cálculo do PIS apurada na forma da LC n. 7/70 não está, por ausência de previsão legal, sujeita à atualização monetária.

5. Afasta-se a alegada violação do art. 535, II, do CPC, na hipótese em que a questão deduzida nos embargos de declaração restou apreciada no acórdão recorrido de forma clara, expressa e motivada 6. Recurso especial não provido.

(REsp 614.028/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2004, DJ 30/06/2004 p. 328)

Com essas considerações, conheço em parte do recurso especial e nessa parte nego-lhe provimento.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0029661-0

REsp 1124170 / MG

Número Origem: 200238000037434

PAUTA: 04/02/2010

JULGADO: 04/02/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : MASTER TURISMO LTDA
ADVOGADO : FREDERICO DE MARTINS E BARROS E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Sociais - PIS

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, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília, 04 de fevereiro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária