



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 958.908 - RS
(2009/0199536-8)**

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
AGRAVANTE : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL EM CONTROLE CONCENTRADO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento de que a prescrição do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorre após expirado o prazo de cinco anos previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional, contado da data da homologação do lançamento, expressa ou tácita, ainda quando a exação é tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado, seja em controle difuso.
2. Precedente da Primeira Seção.
3. Agravo regimental improvido.

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, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.

Brasília, 10 de fevereiro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 958.908 - RS
(2009/0199536-8)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravo regimental contra decisão que indeferiu *in limine* os embargos de divergência de TAM Linhas Aéreas S/A à motivação de que o acórdão embargado está no mesmo sentido em que se firmou a jurisprudência desta Corte, de que é de cinco anos, a contar da homologação do tributo, o prazo prescricional para a repetição de indébito, não alterando a contagem do prazo a declaração de inconstitucionalidade da norma que instituiu o tributo.

Sustenta a agravante, invocando precedente desta Corte de Justiça, que, quando se trata de controle concentrado de constitucionalidade, o termo inicial do prazo prescricional é a data do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade, que tem efeitos *ex tunc*, ao argumento de que:

"O recurso de embargos de divergência merece ser conhecido perante a c. Primeira Seção deste Superior Tribunal, haja vista que a declaração de inconstitucionalidade de uma exação, em controle concentrado, pelo egrégio Supremo Tribunal Federal não pode ser suprimida pelo c. Superior Tribunal de Justiça.

Ademais --- senhor Ministro Relator e Nobres Ministros integrantes da Primeira Seção ---, é unânime o reconhecimento, por parte deste c. Superior Tribunal de Justiça que a declaração de inconstitucionalidade de uma exação, pelo Pretório Excelso, sugere efeitos ex tunc, de modo que há a necessidade de esta declaração afetar a vida dos jurisdicionados.

(...)

Ora, como se vê, senhor Ministro Relator e demais componentes desta c. Primeira Seção, o egrégio Supremo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal Federal, diante da competência que lhe foi conferida, exclusivamente, pela Constituição Federal (art. 102, § 2º), possuiu o posicionamento de que a declaração de inconstitucionalidade de determinada exação deve implicar a restituição daquilo que pago indevidamente.

(...)

Portanto, reduzir o campo de influência as decisões havidas em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por intermédio da aplicação da sistemática da teoria chamada "cinco mais cinco", nada mais significa senão a supressão de norma constitucional que confere, exclusivamente, ao Pretório Excelso, a prerrogativa de fazer este controle de conformidade das normas com o todo o ordenamento jurídico.

*Ou seja, com o devido respeito, a este c. Superior Tribunal de Justiça é vedado equiparar questões ordinárias de repetição de indébito com a **ações diretas de inconstitucionalidade**, que é matéria de competência exclusiva do egrégio Supremo Tribunal Federal.*

(...)" (fls. 1.459/1.463).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 958.908 - RS
(2009/0199536-8)**

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, a Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou seu entendimento de que a prescrição do direito de pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, ocorre após expirado o prazo de cinco anos previsto no artigo 168 do Código Tributário Nacional, contado da data da homologação do lançamento, expressa ou tácita, ainda quando a exação é tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado, seja em controle difuso.

Não é outra a jurisprudência das duas Turmas que compõem a Primeira Seção, valendo conferir, nesse sentido, os seguintes precedentes:

"TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE A FOLHA DE SALÁRIOS. PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESINFLUÊNCIA.

I - A Colenda Primeira Seção, ao apreciar os EREsp nº 435.835/SC, buscando planificar as discussões em torno do prazo prescricional, decidiu pela tese da prescrição decenal, sendo tal posicionamento aplicável aos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em nada influenciando a declaração de inconstitucionalidade pelo E. Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado ou difuso, para o estabelecimento do termo inicial da prescrição da ação de repetição/compensação. Precedentes: REsp nº 422.531/MG, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 30/06/2004; AGREsp nº 615.819/RS, Rel. Min. LUIZ FUX,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DJ de 28/06/2004 e REsp nº 614.002/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 31/05/2004.

II - Agravo regimental improvido." (AgRg no AgRg no REsp 1080375/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 19/12/2008).

"TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL - LEI N. 7.787/89 – INDÉBITO TRIBUTÁRIO - PRESCRIÇÃO – LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - REGRA DOS “CINCO MAIS CINCO”.

1. A Lei 7.787/89 majorou a alíquota de recolhimento da contribuição previdenciária de 10% para 20% sobre o total de remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, avulsos, autônomos e administradores. Contudo, a referida cobrança só poderia ser exigida a partir de outubro de 1989; assim, requer-se a restituição dos valores recolhidos indevidamente no mês de setembro de 1989, conforme princípio da anterioridade nonagesimal consagrado pelo artigo 195, § 6º, da CF/88.

2. A Primeira Seção do STJ assentou o entendimento de que, mesmo em caso de exação tida por inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja em controle concentrado, seja em difuso, ainda que tenha sido publicada Resolução do Senado Federal (art. 52, X, da Carta Magna), a prescrição do direito de pleitear a restituição, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita ou expressa.

3. O indébito refere-se a recolhimento de valores concernentes à contribuição social feita indevidamente em setembro de 1989; entretanto, a ação foi distribuída em novembro de 2000, apresentando-se extemporânea. No caso, ocorreu a extinção do direito de a recorrente pleitear a restituição de tributo sujeito a lançamento por homologação.

4. Recurso especial não-provido." (REsp 925.554/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008).

"TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS AUTÔNOMOS, ADMINISTRADORES E AVULSOS - MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA - LEI N. 7.787/89 - INCONSTITUCIONALIDADE - PRESCRIÇÃO - OCORRÊNCIA - LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO - REGRA DO CINCO MAIS CINCO.

1. A irresignação consubstancia-se na inconstitucionalidade de majoração da contribuição social, de 10% para 20%, para o mês de setembro de 1989, em razão da inobservância ao princípio da anterioridade nonagesimal. Todavia, a questão foi analisada sob o prisma da possibilidade de repetição de valores recolhidos indevidamente a título de contribuição previdenciária de autônomos, avulsos e administradores.

2. A Primeira Seção desta Corte assentou o entendimento de que, mesmo em caso de exação tida como inconstitucional pelo Pretório Excelso, seja em controle concentrado ou difuso, ainda que tenha sido publicada Resolução do Senado Federal (art. 52, X, da Carta Magna), a prescrição do direito de pleitear a restituição, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ocorrerá após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

3. In casu, o prazo prescricional para a repetição do indébito tributário findou-se em setembro de 1999, de sorte que, como a demanda somente foi proposta em 27 de dezembro de 2000, está a pretensão da agravante fulminada pela prescrição.

Agravo regimental improvido." (AgRg no AgRg no REsp 505.953/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22/04/2008, DJe 05/05/2008).

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O PRÓ-LABORE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

1. Nos tributos lançados por homologação, o prazo para a propositura da ação de repetição de indébito será de dez anos a contar do fato gerador, se a homologação for tácita (tese dos "cinco mais cinco"), e de cinco anos a contar da homologação, se expressa. Precedentes.

Tal entendimento também se aplica em caso de tributo declarado inconstitucional pelo STF em controle concentrado ou difuso e, neste último caso, ainda que tenha sido publicada Resolução do Senado Federal (art. 52, X, da CF).

2. Na recente deliberação do dia 06.06.07, a Corte Especial acolheu a argüição 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. Recurso especial provido." (REsp 946.871/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2007, DJ 27/08/2007 p. 218).

Veja-se, ainda, por todos, o recente precedente da Primeira Seção, em que se rejeitou embargos de divergência em hipótese idêntica:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ICMS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EXAÇÃO DECLARADA INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TESE DOS "CINCO MAIS CINCO" (ERESP 435.835/SC). ACÓRDÃO EMBARGADO EM



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SINTONIA COM A ATUAL JURISPRUDENCIAL DA PRIMEIRA SEÇÃO. SÚMULA 168/STJ.

1. *Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência (art. 266, § 3º, do RISTJ).*

2. *Hipótese em que a contribuinte suscita dissenso pretoriano sobre a contagem do prazo prescricional para a repetição de indébito declarado inconstitucional em controle concentrado pelo STF. Enquanto o acórdão embargado aplica a tese dos "cinco mais cinco", o aresto paradigma, EREsp 480.198/MG, Rel. Min. José Delgado, julgado em 24/3/2004, afirma que a prescrição "inicia-se a partir da data em que foi declarada inconstitucional a lei na qual se fundou a ação".*

3. *No caso em foco não ficou demonstrado o dissídio jurisprudencial necessário à admissibilidade do recurso, uma vez que o aresto apontado como paradigma não reflete a atual posição da Primeira Seção sobre a matéria. A composição contemporânea do referido órgão continua adotando o entendimento sufragado no julgamento dos EREsp 435.835/SC para aplicar a tese dos "cinco mais cinco" à contagem do prazo prescricional, inclusive para a repetição de tributos declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes: EREsp 507.466/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 25/3/2009, DJe 6/4/2009; AgRg nos EAg 779581/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 9/5/2007, DJe 1/9/2008; EREsp 653.748/CE, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 23/11/2005, DJ 27/3/2006.*

4. *"Os embargos de divergência pressupõem identidade de fato e solução normativa diversa, com o escopo de uniformizar a jurisprudência. Para fundamentar o cabimento do recurso em questão, deve ser demonstrada a existência de dissídio jurisprudencial atual, cabendo a esta Corte Superior*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tão somente uniformizar o direito infraconstitucional" (EResp 312.518/AL, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, DJ 28/11/2005 - grifo nosso). No mesmo sentido: AgRg nos EAg 592.429/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJ 13/8/2007.

5. Constatado que o entendimento consignado pelo acórdão embargado observou a atual orientação jurisprudencial da Primeira Seção sobre a matéria, aplica-se, na espécie, a Súmula 168/STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

6. Nas razões do agravo regimental, a contribuinte, para justificar a suposta atualidade da controvérsia suscitada, invoca recente precedente da Primeira Turma (AgRg no REsp 917.960/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/6/2009, DJe 6/8/2009) para sustentar que "a declaração de inconstitucionalidade de determinada exação deve implicar a restituição daquilo que foi pago indevidamente".

7. Refuta-se as razões do agravo regimental com os seguintes fundamentos sucessivos:

I. A agravante não logrou demonstrar a existência de precedentes jurisprudenciais contemporâneos da Primeira Turma ou da Primeira Seção que determinem a contagem do lapso prescricional para repetição de indébito a partir da declaração de inconstitucionalidade da exação pelo STF, tal como por ela pretendido.

II. Não é permitido inovar as razões recursais em sede de agravo regimental. Frise-se que a ementa do precedente colacionado pela agravante (AgRg no REsp 917.960/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 18/6/2009, DJe 6/8/2009), que deu suporte às alegações meritórias ventiladas no agravo regimental, não constou das razões recursais dos embargos de divergência, até porque o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mentionado julgado é ulterior à sua interposição.

III. A decisão proferida no citado precedente da Primeira Turma, no que tange à prescrição, não dá amparo ao pleito da embargante, na medida em que assim decidiu: "é cediço na Corte que a prescrição para o ajuizamento de demanda repetitória se perfaz no lapso de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, relativamente a tributos sujeitos a lançamento de ofício, tais como o IPTU e a TCLLP, nos termos dos artigos 156, I, 165, I e 168, I, do CTN, a despeito da ocorrência da declaração de inconstitucionalidade da lei tributária, em controle direto ou difuso, que não enseja a reabertura do prazo prescricional". (grifo nosso).

8. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EREsp 928.780/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009).

Do exposto, resulta que o precedente invocado não reflete a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pelo que o indeferimento dos embargos de divergência era mesmo de rigor.

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA SEÇÃO

Número Registro: 2009/0199536-8

**AgRg nos
EREsp 958908 / RS**

Números Origem: 10503435256 110328375 200701307908 70009223405 70014533897 70018267575

PAUTA: 10/02/2010

JULGADO: 10/02/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

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

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : EDUARDO ARRUDA ALVIM E OUTRO(S)
EMBARGADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : TAM LINHAS AÉREAS S/A
ADVOGADO : FERNANDO CRESPO QUEIROZ NEVES E OUTRO(S)
AGRAVADO : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROCURADOR : MÁRCIA REGINA LUSA CADORE WEBER E OUTRO(S)

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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

A Sra. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Denise Arruda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 10 de fevereiro de 2010

Carolina Vêras
Secretária