



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.478.578 - SP (2014/0220480-3)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA
ADVOGADOS : RODRIGO RAMOS DE ARRUDA CAMPOS E OUTRO(S) -
SP157768
MARCELO PEDROSO PEREIRA - SP205704
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL -
PR0000000

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RAZÕES DE RECURSO QUE NÃO IMPUGNAM, ESPECIFICAMENTE, OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA, QUANTO À DECLARAÇÃO DE INADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL, NO PONTO EM QUE FORA ALEGADA CONTRARIEDADE AO ART. 209 DO DECRETO 89.312/84. SÚMULA 182/STJ. DISCUSSÃO ACERCA DA PRESCRIÇÃO PARA SE PLEITEAR A COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE CONHECIDO, E, NESSA PARTE, IMPROVIDO.

I. Trata-se de Agravo interno, interposto em 23/05/2016, contra decisão monocrática, publicada em 02/05/2016, que, por sua vez, decidira Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/73.

II. Interposto Agravo interno com razões deficientes, que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, quanto à declaração de inadmissibilidade do Recurso Especial, no ponto em que fora alegada contrariedade ao art. 209 do Decreto 89.312/84, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo, no particular, a Súmula 182 desta Corte.

III. Consoante a jurisprudência do STF e do STJ, para as ações de repetição de indébito, relativas a tributos sujeitos a lançamento por homologação, ajuizadas a partir de 09/06/2005, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 3º da Lei Complementar 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos, com termo inicial na data do pagamento. Já para as ações ajuizadas antes de 09/06/2005, deve ser aplicado o entendimento anterior, que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º, com o do art. 168, I, do CTN (denominada tese dos 5+5).

VI. Nos presentes autos, que tratam de Mandado de Segurança impetrado em 06/10/1999, visando a compensação de contribuições previdenciárias referentes ao mês de competência correspondente a setembro de 1989, operou-se a prescrição, em relação à totalidade das parcelas que a parte agravante pretendia compensar.

V. Agravo interno conhecido, em parte, e, nessa parte, improvido.

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 por unanimidade, conhecer em parte do agravo interno e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2016 (data do julgamento).

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.478.578 - SP (2014/0220480-3)

RELATÓRIO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Trata-se de Agravo interno, interposto por VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA, em 23/05/2016, contra decisão de minha lavra, publicada em 02/05/2016, assim fundamentada, **in verbis**:

"Trata-se de Recurso Especial, interposto por VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA, em 07/11/2011, com base na alínea **a** do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA RELATIVA À COMPETÊNCIA DE SETEMBRO DE 1989. OMISSÃO DO JULGADO QUANTO À QUESTÃO DA PRESCRIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROVIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O julgado incorreu em omissão, pois não obstante ter-se firmado o entendimento no sentido de que o prazo da prescrição quinquenal inicia a partir da Resolução 14 do Senado Federal, para as contribuições recolhidas nas competências de outubro de 1989 a julho de 1991 e, no tocante às contribuições recolhidas nas competências de agosto de 1991 a abril de 1996, a partir do trânsito em julgado da declaração de inconstitucionalidade do art. 22, I, da Lei 8.212/91, nada disse acerca da competência de setembro de 1989, a qual é objeto do presente **mandamus**.

2. Não há como estabelecer-se o início do curso do prazo prescricional a partir da declaração de inconstitucionalidade, pelo STF - Supremo Tribunal Federal, das normas impugnadas, pois os marcos iniciais dos prazos prescricionais são legalmente estabelecidos de forma taxativa, não havendo como criar-se uma nova modalidade.

3. Tampouco há sentido em atribuir-se tal efeito a uma decisão proferida pela Suprema Corte no âmbito do controle concreto da constitucionalidade. contrariando-se a regra do artigo 472 do Código de Processo Civil. E, ainda que estabelecidos os efeitos 'erga omnes', pela edição da Resolução do Senado Federal, ou mesmo na hipótese do controle concentrado - o que não ocorre no caso concreto - a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos 'ex tunc', fulminando a norma desde o seu nascimento - pelo menos é essa a pretensão na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ação de repetição do indébito.

4. Tal entendimento leva a resultados absurdos. Como não há prazo estabelecido para ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, nem tampouco para o seu julgamento, e como também não há prazo para julgamento de eventual recurso extraordinário, a adoção da tese de que o prazo prescricional inicia-se com a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal implicaria na absurda conclusão de que eventual declaração tardia possibilitaria o ajuizamento de ações de compensação e de repetição de indébito relativas a pagamentos com relação aos quais a decadência (ou a prescrição) já de há muito havia se consumado.

5. Acresce-se que, sendo o caráter indevido do pagamento fundado na inconstitucionalidade da norma instituidora ou majoradora da exação, o ajuizamento da ação de repetição do indébito é possível desde o momento do pagamento, valendo-se o interessado do controle difuso. Logo, não é a declaração de inconstitucionalidade pelo STF que faz nascer a ação (ou a pretensão, na atual terminologia adotada pelo Código Civil de 2002) para o contribuinte, não sendo portanto o termo inicial do prazo prescricional.

6. Tratando-se de tributo sujeito à sistemática de lançamento por homologação, recolhido em período anterior à vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo prescricional quinquenal há de ser contado a partir de sua homologação tácita, momento em que se considera extinto o crédito tributário de modo definitivo, já que não mais sujeito à condição resolutória da não-homologação por parte do Fisco (artigo 165, I, combinado Com os artigos 156, VII, e 150, § 4º, todos do Código Tributário Nacional). Precedentes. Ressalva de convicção pessoal.

7. Embargos de declaração providos, com efeitos infringentes.'

Opostos Embargos de Declaração, foram eles rejeitados pelo Tribunal de origem.

No Recurso Especial, a recorrente indica contrariedade aos arts. 150, § 4º, do CTN, e 209 do Decreto 89.312/84, e defende a não-ocorrência da prescrição do direito de pleitear a compensação das contribuições previdenciárias referentes a setembro de 1989, neste Mandado de Segurança impetrado em 06 de outubro de 1999. Em sede de contrarrazões, a parte recorrida defende a manutenção do acórdão impugnado.

O Recurso Especial foi admitido pelo Tribunal de origem.

Sem razão a parte recorrente.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

De início, o Recurso Especial é manifestamente inadmissível, por falta de prequestionamento, em relação à alegada contrariedade ao art. 209 do Decreto 89.312/84, visto que, a despeito da oposição dos Embargos de Declaração, o Tribunal de origem não se pronunciou sobre a referida disposição regulamentar, em relação à qual aplica-se, portanto, a Súmula 211/STJ.

Quanto à alegada ofensa ao art. 150, § 4º, do CTN, o Recurso Especial não procede, pois o acórdão recorrido encontra-se em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada pelo STJ, no sentido de que, independentemente de se tratar de tributos exigidos com base em disposições legais inconstitucionais, para as ações que visam a repetição e/ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ajuizadas antes de 09/06/2005, aplica-se a denominada tese dos cinco mais cinco.

Com efeito, a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.110.578/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 21/05/2010), proclamou que 'a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício'.

Eis a ementa do acórdão no retromencionado REsp 1.110.578/SP:

'TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05).

2. **A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício** (Precedentes: EResp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007).

3. *In casu*, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008' (STJ, REsp 1.110.578/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/05/2010).

Por serem as contribuições previdenciárias tributos sujeitos a lançamento por homologação, faz-se necessário observar que o art. 150 do CTN assim dispõe sobre a modalidade de lançamento por homologação e sobre o prazo para a referida homologação:

'Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º **Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação'** (texto original sem destaques em negrito).

Faz-se necessário observar, ainda, que o art. 156 do CTN, em seu inciso VII, prevê, como uma das hipóteses de extinção do crédito tributário, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento, nos termos do disposto no supracitado art. 150 e seus §§ 1º e 4º.

Por sua vez, o art. 165 do CTN relaciona as três seguintes hipóteses, nas quais o sujeito passivo tem direito – independentemente de prévio protesto – à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória'.

Nas hipóteses dos supracitados incisos I e II, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, nos termos do inciso I do art. 168 do mesmo Código.

De conformidade com o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN.

Já o art. 4º da Lei Complementar 118/2005 possui o seguinte teor:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional'.

Dado o contexto normativo acima, a Corte Especial do STJ, na Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644.736/PE (Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 27/08/2007), deixou assentado que, antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, a jurisprudência da Primeira Seção deste Tribunal havia-se firmado no sentido de que, em se tratando de ação de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, não tinha início na data do pagamento antecipado do tributo, mas na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento tributário.

Assim, a Corte Especial do STJ decidiu que, para as situações ocorridas antes da Lei Complementar 118/2005, não havendo homologação expressa do lançamento, o prazo para a repetição do indébito seria de dez anos, contados do fato gerador.

No aludido julgamento, a Corte Especial do STJ entendeu que a Lei Complementar 118/2005, ao determinar a aplicação retroativa de seu art. 3º, para alcançar, inclusive, fatos passados, ofendera 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). Por isso, a Corte Especial acolheu a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, conforme a ementa abaixo transcrita:

'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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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' (STJ, AI nos EREsp 644.736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJU de 27/08/2007).

Após a Corte Especial do STJ ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, a Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.002.932/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 18/12/2009), também decidiu pela aplicação do art. 3º da Lei Complementar 118/2005 aos pagamentos indevidos, realizados após a sua vigência, e não às ações ajuizadas posteriormente ao referido diploma legal, conforme a ementa abaixo transcrita:

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva.

2. O advento da LC 118/2005 e suas conseqüências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a 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.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da 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 artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

*'Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes, sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da **AFFOLTER** (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual **GABBA**, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*também de **VESCOVI** (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere **DUGUIT**, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - 'os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente' (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio **PAULO DE LACERDA** concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei.*

Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...)

*... **SAVIGNY** coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: 'trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade' (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria interpretação. Há quem, como **GABBA** (Teoria della retroattività delle leggi, 3ª ed., vol. 1º, 1891, pág. 29), que invoca **MAILHER DE CHASSAT** (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1º, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por **LANDUCCI** (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau, vol. 1º e único, 1900, pág. 675) e **DEGNI** (L'interpretazione della legge, 2ª ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

modificando dispositivos da lei interpretada. PAULO DE LACERDA (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. LANDUCCI (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: 'Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa.' Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: *'Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito'* (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275). (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3ª ed., págs. 294 a 296).

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 na lei revogada').

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. *In casu*, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal *a quo*, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008' (STJ, REsp 1.002.932/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/12/2009).

Ocorre que o Plenário do STF, ao julgar o RE 566.621/RS (Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe-195, de 11/10/2011), com repercussão geral reconhecida, proclamou que o termo inicial do prazo prescricional de cinco anos, definido na Lei Complementar 118/2005, incide tão somente sobre as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da referida Lei (09/06/2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência, conforme a seguinte ementa:

'DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos, contados do fato gerador, para 5 anos,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/2005, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido' (STF, RE 566.621/RS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, PLENÁRIO, DJe de 11/10/2011).

Nesse sentido é que a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.269.570/MG, alinhou a jurisprudência desta Corte ao entendimento consolidado no STF e, assim, considerou superado o entendimento anteriormente adotado no REsp 1.002.932/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 18/12/2009). O



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acórdão desse último Recurso Especial repetitivo recebeu a seguinte ementa:

'CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos EREsp 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B do CPC). **Desse modo, 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. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008' (STJ, REsp 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/06/2012).

Portanto, independentemente de se tratar de tributos exigidos com base em disposições legais supostamente inconstitucionais, o STJ firmou o entendimento de que, para as ações que visam a restituição e/ou compensação de tributos sujeitos a lançamento por homologação, ajuizadas a partir de 09/06/2005, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 3º da Lei Complementar 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos, com termo inicial na data do pagamento. Já para as ações ajuizadas antes de 09/06/2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, deve ser aplicado o entendimento anterior, que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º, com o do art. 168, I, do CTN (denominada tese dos 5+5).

Além dos supracitados precedentes, confira-se, ainda, o seguinte julgado desta Corte, em caso idêntico:

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

1. A irrisignação 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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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' (STJ, AgRg no AgRg no REsp 505.953/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/05/2008).

Nos presentes autos, que tratam de Mandado de Segurança impetrado em 06/10/1999, visando a compensação de contribuições previdenciárias referentes a setembro de 1989, operou-se a prescrição, em relação à totalidade das parcelas que a recorrente pretendia compensar.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, conheço parcialmente do Recurso Especial, tão-somente em relação à alegada ofensa ao art. 150, § 4º, do CTN, mas, nessa parte conhecida, nego-lhe provimento" (fls. 323/336e).

Inconformada, a parte agravante alega que:

"Não obstante a r. decisão agravada ter negado provimento ao Recurso Especial, sob o fundamento de teria ocorrido a prescrição em relação à totalidade das parcelas que a recorrente pretendia compensar, deve-se destacar que a presente ação foi proposta antes do prazo prescricional mencionado pela I. Ministra Relatora.

Com efeito, a ação foi proposta no dia **06/10/1999**.

De acordo com a lei discutida na presente demanda (Lei 7.787/89), o prazo para o pagamento das contribuições em discussão era o oitavo dia do **mês subsequente ao do fato gerador**, ou no dia útil imediatamente anterior, **in verbis**:

'Art. 9º As contribuições arrecadadas pela Previdência Social serão recolhidas até o oitavo dia do mês subsequente ao do fato gerador, ou no dia útil imediatamente anterior.'

No caso em análise, o pagamento das contribuições devidas na competência de setembro de 1989 ocorreu apenas **no dia 06 de outubro de 1989**, tendo em vista que o oitavo dia do mês de outubro de 1989 era domingo.

Dessa forma, tomando como base a própria jurisprudência citada na r. decisão ora agravada, a agravante teria 5 + 5 anos para pleitear a restituição do indébito a partir da ocorrência do fato gerador.

Ou seja, o prazo final para a propositura da demanda era exatamente o dia **06 de outubro de 1999** (data da propositura da demanda), já que, nos termos do artigo 210 do CTN, deve ser excluído da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

contagem o dia do início que era o próprio dia **06 de outubro de 1989, sendo prorrogado o início da contagem para o dia 07 de outubro de 1989.**

Nesse aspecto, deve ser transcrito abaixo parte do voto proferido por esse E. STJ, no julgamento do REsp 906.028 (cópia do acórdão anexo), ao detalhar a forma de contagem dos prazos prescricionais tributários, com base no disposto no artigo 210 do CTN:

'Verifica-se, do voto condutor do aresto recorrido, que o entendimento esposado no tocante à prescrição é perfeitamente congruente com o perfilhado por esta Corte Superior, qual seja, o de que a extinção do crédito tributário, marco temporal do prazo quinquenal do direito do contribuinte pleitear restituição do indébito (artigo 168, I, do CTN) condiciona-se à homologação expressa ou tácita do pagamento antecipado (artigo 156, VII, do CTN), e não ao próprio pagamento, que configura mera antecipação **ex vi** do artigo 150, § 1º, do **Codex** Tributário. Assim, tendo em vista que a extinção do crédito tributário, em regra, efetiva-se com a homologação tácita, que se ultima cinco anos após a ocorrência do fato jurídico tributário (artigo 150, § 4º, do CTN), o prazo prescricional para a repetição ou compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 05 (cinco) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado desde o termo final do prazo atribuído ao Fisco para verificar o quantum devido a título de tributo.

A divergência revela-se tão-somente quanto ao início da contagem do prazo, porquanto a demanda fora ajuizada em 29/11/1999 e uma das parcelas objeto da insurgência fora recolhida em 29/11/1989.

Reza o art. 210, do CTN que, in verbis:

'Art. 210. Os prazos fixados nesta Lei ou na legislação tributária serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o de vencimento.'

Destarte, excluindo-se o dia de início - 29/11/89, o prazo iniciou-se em 30/11/89, terminando, portanto, em 30/11/99, razão pela qual afasta-se a prescrição da referida parcela.'

Logo, tendo em vista o entendimento acima e considerando que a demanda foi protocolada no dia **06.10.1999**, verifica-se que não ocorreu a prescrição do direito da agravante.

Dessa forma, comprovada a não ocorrência da prescrição do direito da agravante, requer-se seja reformada a r. decisão agravada, para que o referido Recurso seja conhecido, regularmente processado e,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

em seu mérito, provido" (fls. 346/348e).

Assim, "requer-se seja recebido, conhecido e provido este Agravo, para reformar a r. decisão agravada, haja vista a não ocorrência da prescrição do crédito previdenciário oriundo da majoração inconstitucional da alíquota ocorrida em setembro de 1989 e, com o seguimento e a análise do mérito desse, seja-lhe conferido provimento integral para reformar o v. acórdão recorrido, para que a ação seja julgada totalmente procedente, com a declaração do direito de a agravante compensar o referido indébito tributário" (fl. 348e).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.478.578 - SP (2014/0220480-3)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES (Relatora): Não merece censura a decisão agravada.

Preliminarmente, por simples leitura das razões do presente recurso, observa-se que a parte agravante deixou de infirmar parcialmente a decisão agravada, especificamente no tocante à declaração de inadmissibilidade do Recurso Especial – quanto ao ponto em que fora alegada contrariedade ao art. 209 do Decreto 89.312/84 –, por falta de prequestionamento, nos termos da Súmula 211/STJ.

Assim, interposto Agravo interno com razões deficientes, que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, quanto à declaração de inadmissibilidade do Recurso Especial, no ponto em que fora alegada contrariedade ao art. 209 do Decreto 89.312/84, constitui óbice ao conhecimento do inconformismo, no particular, a Súmula 182 desta Corte.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO. FALTA DE CIÊNCIA AO ÓRGÃO DE REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ.

(...)

2. No presente Regimental, a parte agravante não impugnou os fundamentos da decisão recorrida, limitando-se a reafirmar as razões de seu Recurso Especial.

3. A falta de impugnação específica de todos os fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do Agravo Regimental. Incide a Súmula 182/STJ: 'É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada.'

4. Agravo Regimental não conhecido" (STJ, AgRg no REsp 1.425.186/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 27/03/2014).

Quanto ao mais, melhor sorte não assiste à parte agravante, pois a decisão agravada encontra-se em conformidade com a orientação jurisprudencial firmada pelo STJ, no sentido de que, independentemente de se tratar de tributo exigido com base em disposições legais inconstitucionais, para as ações que visam a repetição e/ou compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, ajuizadas antes de 09/06/2005, aplica-se a denominada tese dos cinco mais cinco.

Com efeito, a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CPC, o REsp 1.110.578/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 21/05/2010), proclamou que "a declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício".

Eis a ementa do acórdão no retromencionado REsp 1.110.578/SP:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO DECLARADO INCONSTITUCIONAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

1. O prazo de prescrição quinquenal para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento de ofício, é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, qual seja, a data do efetivo pagamento do tributo, a teor do disposto no artigo 168, inciso I, c.c artigo 156, inciso I, do CTN (Precedentes: REsp 947.233/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 10/08/2009; AgRg no REsp 759.776/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 20/04/2009; REsp 857.464/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 02/03/2009; AgRg no REsp 1072339/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009; AgRg no REsp. 404.073/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJU 31.05.07; AgRg no REsp. 732.726/RJ, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJU 21.11.05).

2. A declaração de inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou a Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso) é despicienda para fins de contagem do prazo prescricional tanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, quanto em relação aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício (Precedentes: EREsp 435835/SC, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2004, DJ 04/06/2007; AgRg no Ag 803.662/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/02/2007, DJ 19/12/2007).

3. *In casu*, os autores, ora recorrentes, ajuizaram ação em 04/04/2000, pleiteando a repetição de tributo indevidamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recolhido referente aos exercícios de 1990 a 1994, ressoando inequívoca a ocorrência da prescrição, porquanto transcorrido o lapso temporal quinquenal entre a data do efetivo pagamento do tributo e a da propositura da ação.

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (STJ, REsp 1.110.578/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 21/05/2010).

Por serem as contribuições previdenciárias tributos sujeitos a lançamento por homologação, faz-se necessário observar que o art. 150 do CTN assim dispõe sobre a modalidade de lançamento por homologação e sobre o prazo para a referida homologação:

"Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação ao lançamento.

§ 2º Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação" (texto original sem destaques em negrito).

Faz-se necessário observar, ainda, que o art. 156 do CTN, em seu inciso VII, prevê, como uma das hipóteses de extinção do crédito tributário, o pagamento antecipado e a homologação do lançamento, nos termos do disposto no supracitado art. 150 e seus §§ 1º e 4º.

Por sua vez, o art. 165 do CTN relaciona as três seguintes hipóteses, nas quais o sujeito passivo tem direito – independentemente de prévio protesto – à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do art. 162:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória".

Nas hipóteses dos supracitados incisos I e II, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário, nos termos do inciso I do art. 168 do mesmo Código.

De conformidade com o art. 3º da Lei Complementar 118/2005, para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 do CTN, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN.

Já o art. 4º da Lei Complementar 118/2005 possui o seguinte teor: "Esta Lei entra em vigor 120 (cento e vinte) dias após sua publicação, observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional".

Dado o contexto normativo acima, a Corte Especial do STJ, na Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644.736/PE (Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJU de 27/08/2007), deixou assentado que, antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, a jurisprudência da Primeira Seção deste Tribunal havia-se firmado no sentido de que, em se tratando de ação de repetição de indébito de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos, previsto no art. 168 do CTN, não tinha início na data do pagamento antecipado do tributo, mas na data da homologação – expressa ou tácita – do lançamento tributário.

Assim, a Corte Especial do STJ decidiu que, para as situações ocorridas antes da Lei Complementar 118/2005, não havendo homologação expressa do lançamento, o prazo para a repetição do indébito seria de dez anos, contados do fato gerador.

No aludido julgamento, a Corte Especial do STJ entendeu que a Lei Complementar 118/2005, ao determinar a aplicação retroativa de seu art. 3º, para alcançar, inclusive, fatos passados, ofendera 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). Por isso, a Corte Especial acolheu a arguição de inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, conforme a ementa abaixo transcrita:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"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" (STJ, AI nos EREsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

644.736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJU de 27/08/2007).

Após a Corte Especial do STJ ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade parcial do art. 4º da Lei Complementar 118/2005, a Primeira Seção deste Tribunal, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.002.932/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 18/12/2009), também decidiu pela aplicação do art. 3º da Lei Complementar 118/2005 aos pagamentos indevidos, realizados após a sua vigência, e não às ações ajuizadas posteriormente ao referido diploma legal, conforme a ementa abaixo transcrita:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. AUXÍLIO CONDUÇÃO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º DA LC 118/2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. CORTE ESPECIAL. RESERVA DE PLENÁRIO.

1. O princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC 118, de 9 de fevereiro de 2005, aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, posto norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente.

2. O advento da LC 118/2005 e suas consequências sobre a prescrição, do ponto de vista prático, implica dever a mesma ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a 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.

3. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da 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 artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

4. Deveras, a norma inserta no artigo 3º da lei complementar em tela, indubitavelmente, cria direito novo, não configurando lei meramente interpretativa, cuja retroação é permitida, consoante apregoa doutrina abalizada:

'Denominam-se leis interpretativas as que têm por objeto determinar, em caso de dúvida, o sentido das leis existentes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*sem introduzir disposições novas. {nota: A questão da caracterização da lei interpretativa tem sido objeto de não pequenas divergências, na doutrina. Há a corrente que exige uma declaração expressa do próprio legislador (ou do órgão de que emana a norma interpretativa), afirmando ter a lei (ou a norma jurídica, que não se apresente como lei) caráter interpretativo. Tal é o entendimento da **AFFOLTER** (Das intertemporale Recht, vol. 22, System des deutschen bürgerlichen Uebergangsrechts, 1903, pág. 185), julgando necessária uma Auslegungsklausel, ao qual **GABBA**, que cita, nesse sentido, decisão de tribunal de Parma, (...) Compreensão também de **VESCOVI** (Intorno alla misura dello stipendio dovuto alle maestre insegnanti nelle scuole elementari maschili, in Giurisprudenza italiana, 1904, I, I, cols. 1191, 1204) e a que adere **DUGUIT**, para quem nunca se deve presumir ter a lei caráter interpretativo - 'os tribunais não podem reconhecer esse caráter a uma disposição legal, senão nos casos em que o legislador lho atribua expressamente' (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, pág. 280). Com o mesmo ponto de vista, o jurista pátrio **PAULO DE LACERDA** concede, entretanto, que seria exagero exigir que a declaração seja inseri da no corpo da própria lei não vendo motivo para desprezá-la se lançada no preâmbulo, ou feita noutra lei. Encarada a questão, do ponto de vista da lei interpretativa por determinação legal, outra indagação, que se apresenta, é saber se, manifestada a explícita declaração do legislador, dando caráter interpretativo, à lei, esta se deve reputar, por isso, interpretativa, sem possibilidade de análise, por ver se reúne requisitos intrínsecos, autorizando uma tal consideração. (...)*

*... **SAVIGNY** coloca a questão nos seus precisos termos, ensinando: 'trata-se unicamente de saber se o legislador fez, ou quis fazer uma lei interpretativa, e, não, se na opinião do juiz essa interpretação está conforme com a verdade' (System des heutigen romischen Rechts, vol. 8o, 1849, pág. 513). Mas, não é possível dar coerência a coisas, que são de si incoerentes, não se consegue conciliar o que é inconciliável. E, desde que a chamada interpretação autêntica é realmente incompatível com o conceito, com os requisitos da verdadeira interpretação (v., supra, a nota 55 ao nº 67), não admira que se procurem torcer as conseqüências inevitáveis, fatais de tese forçada, evitando-se-lhes os perigos. Compreende-se, pois, que muitos autores não aceitem o rigor dos efeitos da imprópria*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

*interpretação. Há quem, como **GABBA** (Teoria della retroattività delle leggi, 3ª ed., vol. 1º, 1891, pág. 29), que invoca **MAILHER DE CHASSAT** (Traité de la rétroactivité des lois, vol. 1º, 1845, págs. 131 e 154), sendo seguido por **LANDUCCI** (Trattato storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano, versione ampliata del Corso di diritto civile francese, secondo il metodo dello Zachariæ, di Aubry e Rau, vol. 1º e único, 1900, pág. 675) e **DEGNI** (L'interpretazione della legge, 2ª ed., 1909, pág. 101), entenda que é de distinguir quando uma lei é declarada interpretativa, mas encerra, ao lado de artigos que apenas esclarecem, outros introduzido novidade, ou modificando dispositivos da lei interpretada. **PAULO DE LACERDA** (loc. cit.) reconhece ao juiz competência para verificar se a lei é, na verdade, interpretativa, mas somente quando ela própria afirme que o é. **LANDUCCI** (nota 7 à pág. 674 do vol. cit.) é de prudência manifesta: 'Se o legislador declarou interpretativa uma lei, deve-se, certo, negar tal caráter somente em casos extremos, quando seja absurdo ligá-la com a lei interpretada, quando nem mesmo se possa considerar a mais errada interpretação imaginável. A lei interpretativa, pois, permanece tal, ainda que errônea, mas, se de modo insuperável, que suplante a mais aguda conciliação, contrastar com a lei interpretada, desmente a própria declaração legislativa.' Ademais, a doutrina do tema é pacífica no sentido de que: 'Pouco importa que o legislador, para cobrir o atentado ao direito, que comete, dê à sua lei o caráter interpretativo. É um ato de hipocrisia, que não pode cobrir uma violação flagrante do direito' (Traité de droit constitutionnel, 3ª ed., vol. 2º, 1928, págs. 274-275).' (Eduardo Espínola e Eduardo Espínola Filho, in A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Vol. I, 3ª ed., págs. 294 a 296).*

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 na lei revogada.').



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6. Desta sorte, ocorrido o pagamento antecipado do tributo após a vigência da aludida norma jurídica, o *dies a quo* do prazo prescricional para a repetição/compensação é a data do recolhimento indevido.

7. *In casu*, insurge-se o recorrente contra a prescrição quinquenal determinada pelo Tribunal *a quo*, pleiteando a reforma da decisão para que seja determinada a prescrição decenal, sendo certo que não houve menção, nas instâncias ordinárias, acerca da data em que se efetivaram os recolhimentos indevidos, mercê de a propositura da ação ter ocorrido em 27.11.2002, razão pela qual forçoso concluir que os recolhimentos indevidos ocorreram antes do advento da LC 118/2005, por isso que a tese aplicável é a que considera os 5 anos de decadência da homologação para a constituição do crédito tributário acrescidos de mais 5 anos referentes à prescrição da ação.

8. Impende salientar que, conquanto as instâncias ordinárias não tenham mencionado expressamente as datas em que ocorreram os pagamentos indevidos, é certo que os mesmos foram efetuados sob a égide da LC 70/91, uma vez que a Lei 9.430/96, vigente a partir de 31/03/1997, revogou a isenção concedida pelo art. 6º, II, da referida lei complementar às sociedades civis de prestação de serviços, tornando legítimo o pagamento da COFINS.

9. Recurso especial provido, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (STJ, REsp 1.002.932/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 18/12/2009).

Ocorre que o Plenário do STF, ao julgar o RE 566.621/RS (Rel. Ministra ELLEN GRACIE, DJe-195, de 11/10/2011), com repercussão geral reconhecida, proclamou que o termo inicial do prazo prescricional de cinco anos, definido na Lei Complementar 118/2005, incide tão somente sobre as ações ajuizadas a partir da entrada em vigor da referida Lei (09/06/2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência, conforme a seguinte ementa:

"DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005 – DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA – NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS – APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/2005, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/2005, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos, contados do fato gerador, para 5 anos, contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a *vacatio legis*, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de *vacatio legis* de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/2005, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido" (STF, RE 566.621/RS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, PLENÁRIO, DJe de 11/10/2011).

Nesse sentido é que a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito do art. 543-C do CPC, o REsp 1.269.570/MG, alinhou a jurisprudência desta Corte ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

entendimento consolidado no STF e, assim, considerou superado o entendimento anteriormente adotado no REsp 1.002.932/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 18/12/2009). O acórdão desse último Recurso Especial repetitivo recebeu a seguinte ementa:

"CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.

1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos EREsp 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a repetição do indébito é de cinco anos a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior.

2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).

3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-B do CPC). **Desse modo, 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. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008" (STJ, REsp 1.269.570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 04/06/2012).

Portanto, independentemente de se tratar de tributo exigido com base em disposições legais inconstitucionais, o STJ firmou o entendimento de que, para as ações que visam a restituição e/ou compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, ajuizadas a partir de 09/06/2005, deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal, previsto no art. 3º da Lei Complementar 118/2005, ou seja, prazo de cinco anos, com termo inicial na data do pagamento. Já para as ações ajuizadas antes de 09/06/2005, data de início da vigência da Lei Complementar 118/2005, deve ser aplicado o entendimento anterior, que permitia a cumulação do prazo do art. 150, § 4º, com o do art. 168, I, do CTN (denominada tese dos 5+5).

Além dos supracitados precedentes, confira-se, ainda, o seguinte julgado desta Corte, em caso idêntico:

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

1. A irrisignação 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pretensão da agravante fulminada pela prescrição.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 505.953/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 05/05/2008).

Nos presentes autos, que tratam de Mandado de Segurança impetrado em 06/10/1999 (fls. 3/17e), visando a compensação de contribuições previdenciárias referentes ao mês de competência correspondente a setembro de 1989, operou-se a prescrição, em relação à totalidade das parcelas que a parte agravante pretendia compensar.

Assim, não obstante os argumentos da parte agravante, as razões deduzidas neste Agravo interno não são aptas a desconstituir os fundamentos da decisão atacada, acima reproduzidos.

Com efeito, o art. 210 da Lei 5.172/66 (CTN) – ao dispor que "os prazos fixados nesta Lei ou legislação tributária serão contínuos, excluindo-se na sua contagem o dia de início e incluindo-se o de vencimento" –, assim como o art. 9º da Lei 7.787/89 – ao prever que "as contribuições arrecadadas pela Previdência Social serão recolhidas até o oitavo dia do mês subsequente ao do fato gerador, ou no dia útil imediatamente anterior" –, não impõem a reforma da decisão agravada, porquanto o momento da ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária não se confunde com a data prevista para o seu recolhimento.

Nesse sentido, aliás, confira-se o acórdão proferido pela Segunda Turma do STJ, no julgamento dos EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 836.628/SP (Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJU de 29/05/2007), do qual se destaca o seguinte excerto:

"O recolhimento da contribuição previdenciária deve ser efetuado a cada mês, após vencida a atividade laboral do período, independentemente da data do pagamento do salário. O fato gerador da contribuição previdenciária não é o efetivo pagamento dos salários, mas a relação laboral existente entre o empregador e o empregado. Se assim não fosse, o simples inadimplemento do empregador tornaria insubsistente, por ausência de fato gerador, a respectiva contribuição.

A regra matriz tributária consubstanciada no artigo 195 da Constituição da República define as contribuições para a seguridade social, prevendo para a empresa a contribuição incidente sobre a folha de salários e a contribuição do trabalhador. A regra na sistemática trabalhista é a de que primeiro ocorre a prestação do trabalho, depois o pagamento, contudo este não é o fato gerador, porquanto já concretizada a hipótese de incidência anterior, qual seja, a prestação do serviço ou trabalho. A remuneração passa a ser devida com a prestação do serviço, a qual preenche o fato gerador a hipótese de incidência tributária. No caso de não haver o pagamento



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da remuneração no mês subsequente em que prestado o serviço, será devida a contribuição previdenciária a partir desta data, considerando que, com a prestação do trabalho, exsurgir o dever do empregador remunerar - momento em que se consuma o fato gerador da obrigação tributária. **'O mês da competência é aquele efetivamente trabalhado, não havendo que se confundir o fato que origina a obrigação de recolher a contribuição previdenciária com o fato gerador da própria obrigação tributária, porque distintos'** (REsp 480.529-SC, DJU de 31.03.03, Rel. Min. José Delgado e REsp 375.557-PR, DJU de 14.10.02, Rel. Min. Eliana Calmon).

Na mesma direção, vejam-se, ainda: REsp 503.453/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 25.10.06 e AgRg no Ag 727.948/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 28.08.06.

A lei aplicável à contribuição previdenciária será sempre aquela que vigia à época do fato gerador (prestação de serviços), sendo despidendo o fato de o pagamento ocorrer posteriormente. A partir do momento em que se torne devida a verba de natureza remuneratória, ocorre o fato gerador da contribuição previdenciária, perfectibilizando-se a obrigação tributária, independentemente de ter sido paga ou não.

No caso concreto, o mês de competência é de setembro de 1989, e o pagamento ocorreu em outubro de 1989 (fls. 50-52).

Não obstante a data do pagamento, na hipótese, não influencie, conclui-se que **os fatos geradores da contribuição - as prestações dos serviços ou trabalhos - ocorreram ao longo do mês de setembro (trinta dias) de 1989, acarretando o não-implemento do prazo de dez anos**, porquanto não esgotados todos os dias deste mês para efeitos de contagem da prescrição, **já que proposta a demanda no dia 03 de setembro de 1999** (fl. 02).

Cabe, pois, afastar a prescrição relativa à competência de setembro de 1989 e determinar o retorno dos autos ao Juízo monocrático, a fim de que examine as demais questões" (texto original sem destaques em negrito!).

Por fim, embora a parte agravante haja reproduzido trecho do voto proferido no AgRg no REsp 906.028/SP (STJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJU de 08/11/2007), tal precedente não deve ser aqui observado, pois nele não se abordou a relevante distinção entre o momento do fato gerador da contribuição previdenciária e a data prevista para o seu recolhimento.

Portanto, não tendo a parte agravante, com seus argumentos, conseguido infirmar os fundamentos da decisão agravada, deve ela ser mantida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ante o exposto, conheço, em parte, do Agravo interno, e, nessa parte, nego-lhe provimento.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2014/0220480-3

AgInt no
REsp 1.478.578 / SP

Números Origem: 00056798419994036114 199961140056795 202663 56798419994036114

PAUTA: 15/09/2016

JULGADO: 15/09/2016

Relatora

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **ASSUSETE MAGALHÃES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MÁRIO JOSÉ GISI**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA
ADVOGADOS : RODRIGO RAMOS DE ARRUDA CAMPOS E OUTRO(S) - SP157768
MARCELO PEDROSO PEREIRA - SP205704
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Contribuições - Contribuições Previdenciárias

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : VOLKSWAGEN DO BRASIL LTDA
ADVOGADOS : RODRIGO RAMOS DE ARRUDA CAMPOS E OUTRO(S) - SP157768
MARCELO PEDROSO PEREIRA - SP205704
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL
ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR0000000

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 agravo interno e, nessa parte, negou-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.