

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 652.248
PERNAMBUCO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
AGTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**
AGDO.(A/S) : **TECLA EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SA**
ADV.(A/S) : **MARCO TÚLIO CARACIOLO**

DECISÃO:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário, sob o fundamento de que o Plenário desta Corte, nos autos do RE 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, declarou a inconstitucionalidade do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005.

A parte informa que a presente ação declaratória com pedido de repetição foi ajuizada após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias da Lei Complementar nº 118/2005.

Com razão a agravante, motivo pelo qual reconsidero a decisão de fls. 319-324 e passo a reapreciar a matéria.

Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, assim ementado:

“TRIBUTÁRIO. PIS/COFINS. PRESCRIÇÃO. LC 118/2005. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STJ NO AI nos ERESP 644736/PE. RESSALVADO O ENTENDIMENTO DO RELATOR. LEI 9.718/98. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDADE. MAJORAÇÃO DA ALÍQUOTA CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES DO STF E DESTE TRIBUNAL. MP Nº 135/2003 CONVERTIDA NA LEI Nº 10.833/2003. COMPENSAÇÃO. LEI Nº 10.637, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2002. ART. 170-A DO CTN. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC.

ARE 652248 AGR / PE

1. "O prazo prescricional das ações de compensação/repetição de indébito, do ponto de vista prático, deve ser contado da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.05), o prazo para se pleitear a restituição é de cinco anos a contar da data do recolhimento indevido; 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 novel lei complementar. 2. Isto porque a Corte Especial declarou a inconstitucionalidade da expressão "observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional", constante do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005 (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007)" - Excerto do voto do Ministro LUIZ FUX no RESP 859.745/SC.

2. O Plenário deste Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no julgamento da ARGINC nº 419228/PB, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005.

3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário no 357.950/RS, declarou a inconstitucionalidade do art. 3º, §1º, da Lei nº 9.718, de 1998, no que se refere à ampliação do conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

4. É legítima a majoração da alíquota da PIS/COFINS para 3% sobre o faturamento, tendo em vista ser desnecessária a edição de lei complementar para a majoração de contribuição cuja instituição se deu com base no art. 195, I, da Constituição Federal.

5. Tendo sido o pedido efetuado após a vigência da Lei no 10.637, de 20 de dezembro de 2002, adoto o posicionamento firmado pelo STJ no sentido de que as diferenças decorrentes

ARE 652248 AGR / PE

dos recolhimentos indevidos a título de COFINS podem ser compensadas com débitos referentes a quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. Precedente: REsp no 908.091/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 13 de fevereiro de 2007, publicado no DJ de 1o de março de 2007, p. 248.

6. O direito à compensação é relativo ao PIS e a COFINS cobrados em excesso, ou seja, sobre a diferença entre a receita bruta (base de cálculo declarada inconstitucional) e o faturamento (base de cálculo devida), cujo recolhimento esteja devidamente comprovado nos presentes autos, observada a prescrição da parcelas anteriores ao quinquênio do ajuizamento da ação, até o advento da MP nº 66/2002 convertida na Lei nº 10.637/2002, no que tange ao PIS, e até a edição da MP nº 135, de 30 de outubro de 2003, convertida na Lei nº 10.833/03, quanto a COFINS.

7. A compensação tributária somente pode ser levada a efeito com o trânsito em julgado da sentença, em obediência ao disposto no artigo 170-A do CTN. 8. Aplicação da taxa SELIC aos valores a serem compensados, a título de recolhimento indevido, excluído qualquer outro indicador de atualização monetária.

9. Sucumbência recíproca mantida.

10. Apelações da Fazenda Nacional e da parte autora improvidas. Remessa oficial parcialmente provida.”

O recurso busca fundamento no art. 102, III, *a* e *b*, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 2º; 5º, XXXVI; 97; e 195, I, *b* e §5º, todos da Carta. Sustenta, em síntese que **(i)** o afastamento dos arts. 3º e 4º, da Lei Complementar nº 118/2005, ocorreu sem observância à reserva de plenário; **(ii)** o art. 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, é meramente interpretativo, motivo pelo qual a aplicação retroativa não ofende a Constituição Federal e **(iii)** é perfeitamente possível ao legislador ordinário modificar a base de cálculo do Pis e da Cofins, como o fez por meio da Lei nº 9.718/1998.

ARE 652248 AGR / PE

A decisão agravada negou seguimento ao recurso extraordinário, sob os seguintes fundamentos

(i) “encontra-se satisfeito, de igual modo, o requisitos do prequestionamento, exceto, no que tange à matéria suscitada na peça recursal violação ao art. 5º, XXXVI da Constituição Federal que não foi examinada no acórdão recorrido, de modo que não resta cumprido o requisito do prequestionamento”;

(ii) “ocorre, ainda, que o acórdão combatido por este recurso extraordinário está de acordo com a orientação firmada pelo Excelso Supremo na questão de ordem RE -RG-QO 585.235-MG” e

(iii) “não há que se falar em violação a regra da reserva de plenário com a consequente remessa dos autos à Turma, pois o STF já decidiu, em sede de repercussão geral, que a adoção dos procedimentos previstos no art. 543-B do CPC ocorre quando o órgão judiciário afasta lei ou ato normativo do poder público sem a expressa declaração de inconstitucionalidade, o que não foi o caso dos autos”.

Em sede de agravo, a parte alega que a questão suscitada no recurso extraordinário foi devidamente prequestionada, uma vez que desde a instância inicial toda a matéria objeto do recurso extraordinário vinha sendo suscitada pela Fazenda Nacional.

Assim, considerando que houve trânsito em julgado dos pontos em que fora declarado prejudicado o recurso extraordinário, foram-me remetidos estes autos apenas para análise da questão relativa ao prequestionamento da matéria (fls. 320).

A pretensão merece ser acolhida. O Plenário desta Corte, nos autos do RE 566.621, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, declarou a inconstitucionalidade do artigo 4º, segunda parte, da Lei Complementar nº 118/2005. Na ocasião, ficou consignado que somente seria considerada válida a aplicação do novo prazo de 5 anos às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005.

ARE 652248 AGR / PE

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido, uma vez ter reconhecido a prescrição quinquenal da pretensão de pleitear a restituição dos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, contada da data do recolhimento indevido.

Ocorre que, nos termos do entendimento consolidado nesta Corte, deve ser aplicado o prazo quinquenal para todas as ações ajuizadas após o transcurso da *vacatio legis* da Lei Complementar nº 118/2005, independentemente da data do recolhimento indevido. No caso dos autos, considerando que a ação foi ajuizada em 2007, há que se reconhecer a aplicação do prescricional de cinco anos, ainda que o recolhimento tenha ocorrido em momento anterior à vigência da lei.

Diante do exposto, reconsidero a decisão e, com base no art. 544, II, *c*, do CPC, conheço do agravo para dar provimento ao recurso extraordinário e reconhecer a prescrição dos créditos referentes ao período que exceder os cinco anos anteriores à data do ajuizamento da ação. Custas pelas partes.

Publique-se.

Brasília, 07 de outubro de 2015.

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator