



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO

Processo n° 10730.002738/98-99
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 3302-006.238 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 27 de novembro de 2018
Matéria COFINS. FALTA DE RECOLHIMENTO.
Recorrente ORGANIZAÇÕES CHAVE DE OURO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 01/03/1997 a 30/06/1998

FALTA DE RECOLHIMENTO.

A falta ou insuficiência de recolhimento da Cofins, apurada em procedimento fiscal, enseja o lançamento de ofício com os devidos acréscimos legais.

COMPENSAÇÃO DE FINSOCIAL COM COFINS. EXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.

A compensação de crédito referente a valores que teriam sido recolhidos indevidamente a título de Contribuição para o Finsocial com débitos da Cofins, nos períodos de apuração em epígrafe, provem de judicial.

PRAZO PRESCRICIONAL DECENAL.

A demanda originária fora ajuizada antes de 9 de junho de 2005, razão pela qual o prazo decenal deve ser aplicado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Paulo Guilherme Déroulède - Presidente

(assinado digitalmente)

Jorge Lima Abud - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Gilson Macedo Rosenberg Filho, Walker Araujo, Corintha Oliveira Machado, Jose Renato Pereira de Deus, Jorge Lima Abud, Raphael Madeira Abad, Rodolfo Tsuboi (Suplente Convocado) e Paulo Guilherme Derouledé (Presidente).

Relatório

Trata o presente processo de auto de infração, lavrado em decorrência de falta de recolhimento da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, consubstanciando exigência de crédito tributário no valor total de R\$ 78.724,38, referente aos fatos geradores ocorridos nos meses 03/1997 a 06/1998, multa de ofício de 75% e juros de mora calculados até 30/09/1998.

O procedimento fiscal que originou o lançamento ora questionado teve início em 06/07/1998, pela ciência do Termo de Intimação, de fls. 08, através do qual o contribuinte é intimado a apresentar as planilhas demonstrativas referentes aos recolhimentos da Cofins e da Contribuição para o PIS, acompanhadas das cópias dos respectivos DARFs relativamente aos meses 01/1994 a 06/1998, devendo também ser informado, se compensou imposto ou contribuição, apresentando, se houver, cópia da liminar e/ou sentença autorizando a compensação.

A interessada informou nas planilhas apresentadas que os débitos referentes aos meses 03/1997 a 06/1998 foram quitados por compensação.

A autuante, por sua vez, tomou como não quitados os referidos débitos, procedendo ao presente lançamento, desconsiderando a compensação que a interessada informara ter efetuado.

Cientificada em 16/10/1998 (fls. 01), a interessada, inconformada, ingressou, em 13/11/1998, com a impugnação de fls. 21/23, na qual se insurge contra o lançamento efetuado tendo como base os seguintes argumentos:

Alega possuir crédito no valor de R\$ 79.343,38, atualizado até março de 1997, referente a valor recolhido indevidamente a título de Contribuição para o FINSOCIAL com base nas Leis nº 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, que majoraram a alíquota da contribuição de 0,5% para 1%, 1,2% e 2%, cujos dispositivos foram julgados inconstitucionais;

Aduz que tem direito líquido e certo à compensação dos valores recolhidos indevidamente, com base no disposto no art. 66 da Lei nº 8.383/91. Para tanto, ajuizou Ação Ordinária contra a União Federal, processo nº 97.0040949-0, cuja cópia foi anexada às fls. 26/29, vindo acompanhada das planilhas demonstrativas do cálculo do valor do crédito (fls. 30 a 35), bem como de cópia da sentença (fls. 24).

Requer, por fim, o cancelamento do presente auto de infração.

Em 24 de outubro de 2003, através do **Acórdão de Impugnação nº 3.640**, a 4ª Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro - II,

por unanimidade de votos, julgou **PROCEDENTE** o lançamento para manter a exigência aqui efetuada na sua integralidade.

A Turma entendeu que:

Conclui-se, portanto, que a mencionada compensação não poderia ter sido efetuada por iniciativa do próprio contribuinte sem que houvesse sido concedida autorização por via administrativa ou judicial. Também não é o caso de se considerar a convalidação prevista no art. 2º da IN SRF nº 32, de 09/04/1997, já que essa só inclui as compensações efetuadas até a data da sua publicação, não sendo, portanto, o caso das efetuadas pela impugnante que ocorreram a partir de 15/04/1997 (data de vencimento da Cofins referente ao mês 03/97), ou seja, posteriormente à publicação da citada Instrução Normativa.

No presente caso, é verificado que a interessada efetuou o seu pleito judicialmente, tendo ajuizado Ação Ordinária contra a União Federal, processo nº 97.0040949-0. Quanto ao processo judicial constata-se que:

Trata de Ação Declaratória, através da qual a autora pretende ver declarado:

- a) a inexistência de relação jurídica entre a autora e a ré, no que se refere às majorações das alíquotas do FINSOCIAL;
- b) o direito de compensar, nos termos do art. 66 da Lei nº 8.383/91, o crédito apurado pela requerente, acrescido de juros de mora e correção monetária, com todos os tributos administrados pela SRF; e
- c) o direito obter certidões negativas inerentes aos valores compensados, até o trânsito em julgado da presente demanda.

É de se esclarecer que a decisão acima transcrita autoriza a compensação pleiteada, que deverá ser solicitada mediante requerimento administrativo à SRF que aferirá os valores e fiscalizará a regularidade da compensação efetuada, na forma autorizada. Devido ao duplo grau obrigatório, o processo foi remetido *ex-officio* ao TRF-2a Região para exame. Atualmente o processo se encontra na Quinta Turma, não tendo sido proferida qualquer decisão até a presente data.

Do exame das pesquisas efetuadas no *site* da Justiça Federal, verifica-se a inexistência de Ação Cautelar vinculada a esse processo. Observa-se, também, que na petição inicial a autora não requer a tutela antecipada nem faz qualquer menção sobre a sua existência ou de qualquer outra liminar, quando da apresentação da impugnação ora analisada.

Acrescente-se, ainda, que a autuada não apresentou, nem quando intimada pela autuante, nem quando da apresentação da peça impugnatória, qualquer liminar que lhe conferisse o direito de efetuar as mencionadas compensações.

Desta forma, agiu corretamente a autuante ao desconsiderar as compensações efetuadas, já que não existia à época do lançamento provimento judicial de eficácia imediata que autorizasse as referidas compensações.

Ultrapassada a primeira questão e tendo sido constatada a inexistência tanto de autorização judicial quanto de autorização administrativa para que fossem efetuadas as

compensações alegadas, revela-se prejudicada a verificação da existência do crédito que teria sido utilizado nas compensações, bem como quanto da correção e da efetivação das mencionadas compensações.

No entanto, deve-se ressaltar que ainda que tivesse comprovado possuir autorização para efetuar as compensações, teria a impugnante, também, que ter trazido aos autos documentação que lastreasse as suas alegações quanto à existência do crédito que teria sido utilizado nas compensações, bem como que demonstrasse a correção e a efetivação dessas compensações.

Verifica-se, porém, que as informações constantes das planilhas de fls. 30 a 35 referentes aos valores que teriam sido recolhidos a maior não vieram acompanhadas da documentação que as comprove (DARFs referentes aos recolhimentos efetuados a maior, documentação comprobatória da base de cálculo, etc.). Conforme visto, a documentação anexada, não foi suficiente para comprovar o direito creditório alegado.

Ainda que tivesse comprovado o direito creditório alegado, deve ser observado que a simples existência de crédito não implica na conclusão de que esse crédito serviu para adimplir determinado tributo, da mesma espécie ou não. Cabe ao contribuinte deixar estampados em seus demonstrativos contábeis obrigatórios os lançamentos efetuados para satisfazer os débitos que quer adimplir via compensação. Sem essa vinculação contábil clara e efetiva, os créditos tributários porventura existentes se configuram em mero direito a ser exercido, mera possibilidade de se compensar. Até porque se não houver a clara vinculação na contabilidade, não há como se assegurar que o citado crédito não foi, ou venha a ser, utilizado em outras finalidades em procedimentos concomitantes, tais como: restituição administrativa ou compensação com outros tributos.

Desta forma, a impugnante teria que ter trazido aos autos, além da documentação comprobatória do crédito, também aquela que lastreasse a efetivação da compensação alegada.

Regularmente notificado daquele Acórdão em 08/12/2003, as ORGANIZAÇÕES CHAVE DE OURO LTDA interpôs recurso voluntário de fls. 136/140, em 05/01/2004, alegando que o acórdão recorrido só não aceitou a compensação porque não foram comprovadas a origem do crédito e nem a demonstração contábil das compensações. A fim de comprovar a compensação anexou os comprovantes dos recolhimentos indevidos e os livros diário e razão. Requereu o cancelamento do auto de infração.

Por meio da Resolução nº 202-00.775 (fls. 286 a 289), o julgamento foi convertido em diligência à repartição de origem a fim de que o indébito fosse apurado com os índices de atualização determinados na ação declaratória 97.0040949-0 e verificado se o crédito eventualmente existente era suficiente para amortizar os valores compensados. Foi solicitada a elaboração de relatório conclusivo da diligência, com a anexação dos documentos necessários a embasar as conclusões e com abertura de prazo para manifestação do contribuinte.

Os autos retornaram com os documentos de fls. 292 a 443. O relatório conclusivo da diligência encontra-se às fls. 442 a 443.

O contribuinte foi notificado do resultado da diligência às fls. 444/445 e deixou transcorrer o prazo para manifestação.

Por meio de **NOVA RESOLUÇÃO nº 3403-000.356**, a autoridade preparadora propôs:

Conforme se verifica nos autos, o contribuinte obteve a tutela jurisdicional na ação declaratória nº 97.0040949-0 autorizando a compensação, com parcelas vincendas da COFINS, do excesso de FINSOCIAL que fora recolhido com alíquotas majoradas.

Uma das questões que ficou decidida no Judiciário foi o prazo de 10 anos de prescrição do indébito, o qual foi confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

Tendo em vista que no relatório da diligência a autoridade administrativa noticiou que a Fazenda Nacional apresentou Recurso Extraordinário em face do Acórdão de segunda instância, não há como prosseguir no julgamento deste processo enquanto a referida decisão não transitar em julgado.

A questão da prescrição discutida na ação judicial relaciona-se com a decisão proferida pelo STF no RE nº 566.621, julgado sob o regime do art. 543-B do Código de Processo Civil.

Em face do exposto, voto no sentido de converter o julgamento em diligência à repartição de origem a fim de que se aguarde o trânsito em julgado da decisão derradeira a ser proferida na ação declaratória nº 97.0040949-0.

A autoridade administrativa, deverá juntar aos autos cópia da decisão final com a certificação do trânsito em julgado.

Atendida essa solicitação, os autos deverão retornar a este colegiado para prosseguimento.

Às folhas 526 do processo digital, é exarado o seguinte DESPACHO:

O presente processo encontra-se neste SECAT, na EAC-06, aguardando Trânsito em Julgado.

O processo foi encaminhado a este Serviço, em Diligência conforme fls. 482 a 484, com a finalidade de que se aguarde o Trânsito em Julgado da Decisão a ser proferida na Ação Declaratória nº 97.0040949-0.

*Efetuada novas pesquisas ao Sítio do TRF/2ª Região, e da Justiça Federal do Rio de Janeiro, fls. 508 a 525, podemos verificar que **já houve Decisão Judicial com trânsito em julgado em 26/01/2017, fls. 508 a 518.***

O processo judicial encontra-se na 3ª Vara Federal de Niterói, concluso ao Magistrado RODRIGO VASCONCELLOS PINTO, para Despacho sem liminar, conforme consulta de fls. 523.

Tendo em vista que já houve Decisão Judicial Transitada em Julgado, encaminho o processo ao Chefe de Equipe, com propositura de retorno ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, para prosseguimento, conforme determinação de fls. 484.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Jorge Lima Abud – Relator.

Da admissibilidade.

Por conter matéria desta E. Turma da 3ª Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais e presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário tempestivamente interposto pelo contribuinte em 05 de janeiro de 2004, considerando que a recorrente teve ciência da decisão de primeira instância em 08 de dezembro de 2003.

O recurso voluntário é tempestivo.

Da controvérsia.

- ✓ O Direito de efetuar Compensação de Contribuições recolhidas indevidamente no período de 09/89 à 04/92 ao Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL com Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social — COFINS, referentes aos fatos geradores de 03/1997 à 06/1998.

Passa-se à análise.

Para o deslinde da questão, toma-se como marco da análise o Despacho exarado a partir de folhas 442:

Versa o presente sobre o auto de infração de fl. 01, lavrado para exigência da COFINS referente aos períodos de apuração de 03/97 a 06/98.

Em sua impugnação de fls. 21/23, o contribuinte alega haver efetuado a compensação dos referidos débitos com créditos de FINSOCIAL, recolhido por alíquota superior a 0,5 %, na forma das Leis n.ºs 7787/89, 7894/89 e 8147/90, tendo ajuizado a AO 97.0040949-0 da 3ª VFNIT, inicial de fls. 26/29.

A DRJ/RJOII, no acórdão de fls. 119/125, julgou procedente o lançamento, mantendo a exigência na integralidade.

Foi interposto recurso voluntário nas fls. 136/267.

Após os procedimentos de arrolamento de bens, o processo foi encaminhado ao 2º CC que resolveu converter o julgamento do recurso em diligência, fls. 286/289, devolvendo o processo a DRF/NIT para cumprimento das determinações de fl. 289, a saber:

- ✓ *confirmar o pagamento dos DARFs anexados;*
- ✓ *verificar se os créditos decorrentes desses eventuais recolhimentos a maior, e com os índices de atualização monetária determinados na ação 97.0040949-0, são*

suficientes para compensar com os débitos de COFINS no período objeto do lançamento;

- ✓ *elaborar relatório conclusivo, anexando documentos e provas que se fizerem necessários, apontando se o valor do crédito, se for o caso, é suficiente para quitar o débito objeto do lançamento, ou, caso contrário, apontar períodos e/ou valores em aberto;*
- ✓ *dar ciência ao contribuinte do resultado das averiguações e relatório, para que ele se manifeste no prazo regulamentar e, retomar os autos ao CC para conclusão do julgamento.*

Com relação à ação judicial, apesar de não dispormos do texto completo da sentença, a consulta ao site da Justiça Federal de 1ª Instância, fl. 351, nos dá a informação de que o pedido foi julgado procedente e a compensação dos valores indevidamente pagos de FINSOCIAL foi autorizada, ressalvadas as parcelas já prescritas, com o montante a recolher de outros tributos e contribuições sociais a cargo da Receita Federal. A União deveria fiscalizar a regularidade da compensação efetuada e não poderia deixar de expedir CND sob o óbice de que realizada a compensação, desde que feita nos termos da sentença. Na decisão do TRF2 de fl. 365 foi relatado que a sentença decidiu que o prazo prescricional seria de dez anos.

Os autores interpuseram recurso de apelação intempestivamente, razão pela qual o juízo de 1ª Instância deixou de recebê-lo, fl. 352. O TRF2 em decisão de fls. 362/366 julgou parcialmente procedentes a remessa necessária e a apelação dos autores, sem observância da intempestividade, determinando que a compensação fosse realizada somente com parcelas vencidas ou vincendas da COFINS e condenando a União Federal em custas e honorários de 5% sobre o valor da condenação.

A União interpôs agravo interno contra a citada decisão, alegando que a prescrição seria quinquenal e não decenal.

*No acórdão de fls. 367/372 o TRF2 reconheceu **error in procedendo**, pois a decisão monocrática agravada não poderia julgar apelo que não foi devolvido ao Tribunal - não recebido pelo juízo de origem por intempestivo, devendo ser afastado o julgamento do apelo. No que tange à prescrição, a despeito de a fundamentação da decisão agravada estar equivocada ao abordar o tema da prescrição, a conclusão no sentido de manter a sentença, quanto ao afastamento dos recolhimentos anteriores a dez anos, está correta.*

A União opôs embargos de declaração contra o acórdão de fls. 367/372. Nas fls. 373/394 o TRF2 conheceu e deu provimento parcial ao recurso para integrar o julgado embargado com esclarecimentos acerca da prescrição, mantendo-se o resultado, de afastar tão somente o julgamento do apelo da parte autora.

A União interpôs, então, recurso extraordinário, que se encontra sobrestado até pronunciamento definitivo do STF no RE nº 561.908/25, no qual foi reconhecida existência de repercussão geral de questão constitucional versada nos autos, conforme decisão do TRF2 de 18/02/2010, defl. 395.

Desta forma, em resumo, a compensação deve se dar somente com débitos de COFINS e o prazo prescricional ainda não está definitivamente julgado, se de 5 ou de 10 anos.

Se vencedora a hipótese até agora predominante, 10 anos, tendo sido a ação autuada em 06/03/1997, todos os DARFs recolhidos entre 16/10/89 e 01/04/92 poderiam ser utilizados para apuração do saldo credor do interessado. Os cálculos de fls. 428/439 foram efetuados sob esta ótica. Em caso contrário, prescrição de 5 anos, tudo deverá ser refeito.

Cabe, primeiramente, observar que todos os procedimentos de apuração de crédito e de compensação serão efetuados apenas com relação à matriz e às filiais 0005 e 0006, em virtude de serem os únicos estabelecimentos com créditos peticionados em juízo no item 1.4 da inicial (fl. 27), desprezando-se, em consequência, os dados da filial0007.

Verificamos que o processo encontra-se instruído com as cópias de DARFs e suas confirmações, conforme as folhas indicadas:

	Cópia dos DARFs fls.	Confirmações fls.
Matriz	149/159	292/299 e 396
Filial 0005	162/172	300/307
Filial 0006	175/185	308/315

Nas fls. 318/322 e 348, anexamos os extratos do sistema IRPJ para confronto entre o faturamento informado nas declarações de imposto de renda e os dados de base de cálculo informados pelo interessado, separadamente por estabelecimento nas fls. 30/35 e 327/328, consolidados na fl. 347. Notamos que os valores são compatíveis quando somadas também as bases mensais da filial 0007. Tendo em vista que o faturamento informado na declaração IRPJ inclui também o da filial 0007, cuja receita não deve ser considerada neste levantamento, optamos por adotar como base de cálculo mensal o somatório do faturamento informado pelo interessado nas planilhas de fls. 30/35, consolidado na fl. 427.

Utilizamos o programa Crédito Tributário Sub Judice - CTSJ - para os cálculos de apuração do FINSOCIAL devido pela alíquota de 0,5% e sua imputação com os DARFs pagos para os períodos de apuração de 09/89 a 03/92, fls. 428/433. Conforme o relatório “demonstrativo de pagamentos”, fls. 432/433, restaram a crédito do interessado os valores constantes da coluna “saldo total do DARF”, expressos em moeda da época.

*Numa 2ª etapa, imputamos o saldo credor de FINSOCIAL aos débitos de COFINS de 03/97 a 06/98, fls. 434/439, **concluindo***

que, considerando-se o prazo prescricional de 10 anos do ajuizamento da AO 97.0040949-0, o crédito de FINSOCIAL seria suficiente para compensar todos os débitos do presente processo, sem a multa de ofício. Cabe observar que o débito total autuado corresponde ao somatório de débitos da matriz e das filiais 0005 e 0006 (fl. 426).

Constam os registros da compensação nas cópias dos livros Razão e Diário de fls. 186/267.

Por fim, informamos, com base nos extratos dos sistemas DCTF, IRPJ e SIEF de fls. 399/425 e 440, que as inscrições em dívida ativa de débitos controlados pelo presente já foram extintas por duplicidade; que vinculamos ao presente os débitos de 03/97 a 06/98 que se encontravam no SIEF na situação de A VALIDAR; que não constam débitos de COFINS referentes a períodos de apuração posteriores a 06/98 e que desde o ano calendário de 1999 a empresa apresenta declaração de inatividade.

Sobre a questão referente ao **prazo prescricional**, temos que a empresa ajuizou Ação Ordinária contra a União Federal, processo nº 97.0040949-0, cuja cópia foi anexada às fls. 26/29.

De folhas 508/514 do processo digital, consta decisão, da qual se extrai os seguintes fragmentos:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

IV - REMESSA EX OFFICIO EM AÇÃO CÍVEL

99.02.05902-3

Nº CNJ	: 0005902-73.1999.4.02.0000
RELATOR	: DESEMBARGADORA FEDERAL LANA REGUEIRA
PARTE AUTORA	: AUTO ELETRICA AGUIAR LTDA E OUTROS
ADVOGADO	: ANTONIO ADOLAR WOLFF E OUTROS
PARTE RÉ	: UNIAO FEDERAL / FAZENDA NACIONAL
REMETENTE	: JUIZO DA 3A VARA FEDERAL DE NITEROI-RJ
ORIGEM	: TERCEIRA VARA FEDERAL DE NITERÓI (9700409490)

(7...)

DESEMBARGADORA FEDERAL LANA REGUEIRA

(RELATORA) - A matéria da prescrição já restou pacificada em razão do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 566.621, cujo aresto colaciona-se abaixo, pelo que o tema não mais comporta maiores controvérsias. Veja-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO - LEIINTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 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 118/05, 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 118/05, 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 118/08, 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 art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, 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. (RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273)”

Por sua feita, o Superior Tribunal de Justiça reviu, em sede de Recurso Repetitivo o seu entendimento acerca da matéria de modo a harmonizar-se com a orientação do Pretório Excelso. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DE

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO RETROATIVA INDEVIDA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO NOVO PRAZO ÀS AÇÕES AJUIZADAS A PARTIR DE 9.6.2005.

O STJ admite Embargos de Declaração opostos com afinidade de adaptar o julgamento à orientação adotada em recurso processado na forma dos arts. 543- B e 543-C do CPC.

O egrégio STF concluiu o julgamento de mérito do RE 566.621/RS em repercussão geral, em 4.8.2011, afastando parcialmente a jurisprudência do STJ fixada no REsp 1.002.932/SP (repetitivo). O Informativo 585/STF, de 3 a 7 de maio de 2010, noticiou o voto proferido pela relatora, eminente Ministra Ellen Gracie, que orientou o acórdão.

O STF ratificou o entendimento do STJ, no sentido de ser indevida a retroatividade do prazo de prescrição quinquenal para o pedido de repetição do indébito relativo a tributo lançado por homologação. Entretanto, em relação ao termo e ao critério para incidência da novel legislação, julgou "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 9.6.2005", e não aos pagamentos realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.

A Primeira Seção deliberou, no dia 24.8.2011, pela imediata adoção da jurisprudência do STF.

No presente caso, é incontroverso que a demanda foi ajuizada em outubro de 2009, devendo, portanto, ser contado o prazo prescricional de cinco anos, a partir do pagamento indevido, na forma do art. 3º da LC 118/2005.

Os embargos da empresa não merecem acolhimento, porquanto o STJ tem julgado a demanda - inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins -, sob a ótica infraconstitucional, aplicando a jurisprudência sumulada do STJ (Súmulas 68 e 94/STJ).

A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

Embargos de Declaração da Fazenda Nacional acolhidos com efeito modificativo para dar provimento ao Recurso Especial. Embargos de Declaração da empresa rejeitados.

(EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1402871/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011)

No que tange ao recurso em tela, observo que a demanda originária fora ajuizada antes de 9 de junho de 2005, razão

pela qual o prazo decenal deve ser aplicado, consoante entendimento acima consignado.

Isto posto, nos termos do art. 543-B, §3º do CPC, MANTENHO ACÓRDÃO DE FLS. 196/214, o qual encontra-se em consonância com leading case julgado pelo STF (RE 566.621).

Portanto, **o prazo prescricional decenal deve ser aplicado** ao caso em questão.

Com estas considerações, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

Jorge Lima Abud.