



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

**Processo n°** 10070.100089/2005-56  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2202-002.137 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 22 de janeiro de 2013  
**Matéria** IRPF  
**Recorrente** GUILHERME ANTONIO KRESS  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF**

Exercício: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005

PRAZO DECADENCIAL/PRESCRICIONAL DO DIREITO DE PLEITEAR RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TERMO INICIAL. PAGAMENTO INDEVIDO. ARTIGO 4º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118, DE 2005. DETERMINAÇÃO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. PAGAMENTOS INDEVIDOS ANTERIORES A 09/06/2005. TESE DOS “CINCO MAIS CINCO”. APLICABILIDADE. MATÉRIA JULGADA NA SISTEMÁTICA DOS ARTIGOS 543-B E 543-C DA LEI nº 5.869/1973 - CPC.

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF, consoante art. 62-A do seu Regimento Interno, introduzido pela Portaria MF nº 586, de 21/12/2010.

A teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.002.932 - SP, sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, de 2005, qual seja 09/06/2005, o prazo decadencial/prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito tributário, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua se observando a tese dos “cinco mais cinco”, porém, o prazo para a interposição da ação de repetição do indébito ficará limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Preliminar de decadência afastada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar a decadência do direito de pleitear a restituição e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem, para enfrentamento do mérito, relativo aos anos-calendários de 1999 e 2000, nos termos do voto do Relator.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Maria Lúcia Moniz de Aragão Calomino Astorga, Guilherme Barranco de Souza, Antonio Lopo Martinez, Rafael Pandolfo, Pedro Anan Junior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Odmir Fernandes.

## Relatório

GUILHERME ANTONIO KRESS, contribuinte inscrito no CPF/MF sob o nº 005.666.597-00, residente e domiciliado na cidade de Rio de Janeiro, Estado de Rio de Janeiro, à Rua Almirante Alexandrino, n.º 3.265 – Bairro Santa Teresa, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro - RJ, inconformado com a decisão de Primeira Instância de fls. 47/49, prolatada pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro - RJ, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 53/56.

O requerente apresentou, em 26/12/2005, pedido de restituição de imposto de renda sobre o 13º salário, nos anos de 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004 sob o entendimento que estes valores são isentos de imposto de renda pelo fato de ser portador de moléstia grave (neoplasia maligna), com amparo no artigo 6º da Lei nº 7.713, de 1988, com nova redação dada pelo artigo 30 da Lei nº 9.250, de 1995.

De acordo com a Portaria SRF n.º 4.980/94 a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária no Rio de Janeiro - RJ, através da Divisão de Orientação e Análise Tributária - DIORT, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que da análise conjunta dos artigos 165, inciso I, e 168, *caput* e inciso I, da Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), depreende-se que, embora a cobrança ou o pagamento de tributo indevido confira ao contribuinte direito à sua restituição, esse direito extingue-se no prazo de 5 (cinco) anos contados da data da extinção do crédito tributário;

- que o reconhecimento de direito creditório está condicionado à apresentação de pedido de restituição no prazo de cinco anos do pagamento indevido, incluindo-se aí também a retenção indevida efetuada pela fonte pagadora;

- que no presente processo, o pedido foi apresentado em 26/12/2005. Quando o contribuinte solicitou a restituição do imposto já estava extinto, pelo transcurso do prazo de cinco anos, o direito de pleitear restituição relativa a fatos geradores anteriores a 26/12/2000;

- que portanto, o exame de mérito deve reportar-se apenas aos fatos geradores ocorridos no prazo de cinco anos da extinção do crédito tributário;

- que no mérito, a isenção prevista no artigo 6º, incisos XIV e XXI da Lei 7.713/88, com redações posteriores, restringe-se a proventos de aposentadoria, reforma ou pensão recebidos por portadores de moléstia grave especificada na lei e está condicionada comprovação mediante laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme estabelecido no artigo 30 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1995;

- que para comprovação da moléstia foi juntado o documento de fl. 04. Do exame do documento não é possível concluir, inequivocamente, que foi emitido por serviço

médico oficial, por não constar identificação completa do órgão emissor, nem matrícula do médico no órgão.

Irresignado com a decisão da autoridade administrativa singular, o requerente, apresenta, tempestivamente, em 30/07/2009, a sua manifestação de inconformidade de fls.27/30, solicitando que seja revista à decisão para que seja declarado procedente o pedido de restituição com base em síntese, nos seguintes argumentos:

- que infelizmente, o Requerente e portador, desde Dezembro de 1999, de tumor renal maligno classificado no Código Internacional de Doenças — C.I.D. 10 na posição C64 (Neoplasia Maligna — não passível de controle);

- que este fato pode ser atestado pelo laudo médico pericial que também segue anexado expedido pelo Instituto Estadual de Diabetes e Endocrinologia — IEDE1 no Rio de Janeiro, além dos demais exames médicos que também seguem anexados;

- que assim sendo, muito embora os rendimentos percebidos pelo Requerente constituam de fato acréscimo patrimonial, e estejam dentro da hipótese de incidência tributária, estes estão abrangidos pela regra de exclusão do crédito tributário prevista no Código Tributário Nacional — CTN, artigo 175, I, e pela isenção conferida pelo artigo 6º, inciso XIV, da Lei n.º 7.713, de 22/12/1988;

- que portanto, resta cristalino que o Requerente é isento do Imposto sobre a Renda de Pessoa Física em decorrência da moléstia grave da qual é portador. Sendo assim, as retenções incidentes sobre os rendimentos sujeitos à tributação exclusiva na fonte (13º salário) indicados no requerimento que instrui os presentes autos constituem indébito tributário passível de restituição.

Após resumir os fatos constantes do pedido de restituição e as razões de inconformismo apresentadas pelo requerente, a Segunda Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento no Rio de Janeiro – RJ II resolveu julgar procedente, em parte, a reclamação apresentada contra a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em Rio de Janeiro - RJ, com base, em síntese, nas seguintes considerações:

- que quando o interessado solicitou a restituição do imposto, em 26/12/2005 (fls. 01 e 02), já havia mais de cinco anos da data da extinção do crédito relativo a fatos geradores anteriores a 26/12/2000, tendo decaído o direito de o contribuinte requerer a restituição do imposto retido indevidamente sobre os rendimentos de décimo terceiro salário para os anos-calendário 1999 e 2000;

- que da análise dos textos legais pertinentes ao caso em tela, depreende-se que há requisitos cumulativos indispensáveis à concessão da isenção. Um reporta-se à natureza valores recebidos, que devem ser proventos de aposentadoria ou reforma e pensão, e o relaciona-se com a existência da moléstia tipificada no texto legal, através de laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou Municípios;

- que no presente processo, verifica-se que o documento de fl. 34, juntamente com os exames médicos de fls. 35 e 37 comprovam ser o interessado portador de neoplasia maligna (CID C 64), doença isentiva do imposto de renda, conforme a legislação de regência anteriormente transcrita, desde dezembro de 1999;

- que tange à outra condição cumulativa, ou seja, à natureza dos valores recebidos, que devem ser proventos de aposentadoria ou reforma e pensão, verifica-se que os

documentos juntados às fls. 10/16 comprovam serem relativos à aposentadoria e complementação;

- que logo, em virtude do atendimento das duas condições cumulativas referente benefício fiscal, há que se deferir o pedido de restituição do imposto de renda retido na fonte sobre o décimo terceiro salário para os anos-calendário 2001, no valor de R\$ 1.201,20, e 2002, na quantia de R\$ 1.219,92, com os devidos acréscimos legais, conforme pesquisa nos arquivos eletrônicos da RFB — DIRF, de fls. 43 e 44;

- que todavia, quanto aos anos-calendário 2003 e 2004, cumpre observar que não consta prova de que houve retenção de imposto de renda sobre os proventos de décimo terceiro salário;

- que cabe ressaltar que as respectivas DIRF retificadoras, de fls. 45 e 46, não apontam qualquer retenção do imposto sobre tais rendimentos no período. Ademais, os contracheques mensais, de fls. 14 e 16, trazidos aos autos pelo interessado, são anteriores entrega das DIRF retificadoras, de fls. 45 e 46 (13/05/2008 e 14/11/2008);

- que em consequência, cumpre se frisar que não assiste razão ao interessado quanto ao direito à restituição do imposto sobre o décimo - terceiro salário para os anos-calendário 2003 e 2004, tendo em vista a insuficiência de documentos comprobatórios.

A decisão de Primeira Instância está consubstanciada nas seguintes ementas:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF*

*Exercício: 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005*

*DECADÊNCIA.*

*Tendo transcorrido, entre a data do recolhimento do tributo e a do pedido de restituição, lapso de tempo superior a cinco anos, considera-se ocorrida a decadência do direito de o contribuinte pleitear restituição de tributo pago indevidamente ou a maior que o devido.*

*MOLÉSTIA GRAVE. ISENÇÃO.*

*Para serem isentos do imposto de renda pessoa física, os rendimentos deverão necessariamente ser provenientes de pensão, aposentadoria ou reforma, assim como deve estar comprovada por laudo pericial emitido por serviço médico oficial da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que o interessado é portador de uma das moléstias apontadas na legislação de regência.*

*Impugnação Procedente em Parte*

*Direito Creditório Reconhecido em Parte*

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 29/03/2010, conforme Termo constante às fls., e, com ela não se conformando, a requerente interpôs, em tempo hábil (27/04/2010), o recurso voluntário de fls. 53/56, instruído pelos documentos de fls.57/61, no

qual demonstra irrisignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na peça de manifestação de inconformidade, reforçado pelas seguintes considerações:

- que ocorre que, o IRPF de referido período foi devidamente recolhido, conforme se extrai da documentação anexa ao presente recurso (a qual já havia sido fornecida pelo próprio Recorrente), que comprova as retenções efetivadas pela fonte pagadora (FUNDAÇÃO PETROBRAS DE SEGURIDADE SOCIAL — PETROS), para os anos acima destacados, os quais foram indeferidos;

- que dessa forma, buscando a verdade material e sanando o óbice apontado pela Autoridade julgadora em primeira instância e, restando comprovado o direito creditório do Recorrente, mister se faz a reforma da decisão recorrida e o consequente deferimento da restituição pleiteada;

- que da mesma forma merece reforma a r. decisão no que tange à decadência relativa aos anos-calendários de 1999 e 2000;

- que por esse motivo com base na reiterada jurisprudência deste atual Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, espera o Recorrente seja a r. decisão recorrida reformada para que seja reconhecido o direito de restituição em relação os anos-calendários de 1999 e 2000;

- que caso assim não entenda essa E. Turma Julgadora, o que se admite por eventualidade, tendo em vista ter o pedido de restituição sido formulado em 2005, requer o Recorrente seja reconhecido, ao menos, o direito de restituição para o ano-calendário de 2000.

É o Relatório.

## Voto

Conselheiro Nelson Mallmann, Relator

O presente recurso voluntário reúne os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal e deve, portanto, ser conhecido por esta Turma de Julgamento.

Da análise dos autos, constata-se que o requerente apresentou, em 26/12/2005, pedido de restituição de imposto de renda sobre o 13º salário, nos anos de 1999, 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004 (fls. 01/02), sob o entendimento que estes valores são isentos de imposto de renda pelo fato de ser portador de moléstia grave (neoplasia maligna), com amparo no artigo 6º da Lei nº 7.713, de 1988, com nova redação dada pelo artigo 30 da Lei nº 9.250, de 1995.

A autoridade administrativa, bem como a decisão recorrida entenderam, para os anos-calendário de 1999 e 2000, que o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados, nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário.

Por outro lado, o recorrente alega a impossibilidade de aplicação retroativa dos efeitos da Lei Complementar 118, de 2005, sendo aplicável ao presente caso a prescrição decenal. O entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a par das ações de repetição de indébito propostas pelo contribuinte que têm por objeto os tributos sujeitos ao lançamento por homologação é no sentido de considerar que o prazo prescricional (de 05 anos) acrescidos de 05 anos para a homologação expressa ou tácita dos tributos sujeitos a este tipo de lançamento. Com isso, se aplica a teoria dos "cinco anos mais cinco".

Como visto, a discussão inicial versa sobre o prazo extintivo para repetição do indébito tributário. Ou seja, qual seria o prazo decadencial do direito de se pleitear o indébito tributário.

Ora, assim como a Fazenda esbarra numa limitação temporal para exercer seus direitos de constituição e cobrança do crédito tributário, o contribuinte também está adstrito à observância de um prazo para reaver aquilo que pagou indevidamente ao Fisco, a título de tributos.

Mas se faz necessário salientar, que embora o pagamento seja a forma mais natural para extinguir o crédito tributário, outras formas extintivas, tais como a compensação e a conversão do depósito em renda, por exemplo, podem dar ensejo à repetição.

Assim, dispõe o art. 165, do Código Tributário Nacional:

*Art. 165. 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 artigo 162, nos seguintes casos:*

*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 edificação 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.*

No tocante ao prazo para o exercício do direito de repetição, consideremos os dispositivos que tratam do tema:

*Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:*

*I – nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LCp nº 118, de 2005)*

*II – na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.*

*Art. 169. Prescreve em dois anos a ação anulatória da decisão administrativa que denegar a restituição.*

*Parágrafo único. O prazo de prescrição é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando o seu curso, por metade, a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada.*

Desta forma, em regra, terá o prazo de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário (que em regra se dá com o pagamento) para pleitear a repetição.

Mas devemos destacar que o art. 168, II, trata da hipótese do ter recolhido valores a título de pagamento de tributos, em virtude de alguma decisão administrativa ou judicial impositiva de pagamento. Nesse sentido, deve-se contar o prazo para o pedido de restituição da anulação, reforma, revogação ou rescisão de referida decisão.

A questão da contagem do prazo de cinco anos, nos casos de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, já foi objeto de grande controvérsia na jurisprudência e na doutrina durante algum tempo. Hoje, parece que a questão já está pacificada, tendo em vista o advento da Lei Complementar nº 118, de 2005.

Conforme já exposto, nos lançamentos por homologação, a Fazenda possui o prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, para homologar o pagamento antecipado realizado pelo sujeito passivo.

O prazo para pleitear a repetição de tributos indevidamente pagos, inclusive aqueles sujeitos ao lançamento por homologação, é de cinco anos, contados da extinção do crédito tributário, de acordo com os termos do art. 168, I. Ocorre que o art. 156, do Código Tributário Nacional, que dispõe sobre as causas extintivas do crédito tributário, ao tratar da

extinção dos créditos constituídos por lançamento por homologação fala em “pagamento antecipado e homologação do lançamento”.

Dessa forma, questionava-se: os cinco anos previstos pelo art. 168 deveriam ser contados do pagamento antecipado ou da homologação de referido pagamento que, na prática, se dá sempre de forma tácita, após cinco anos contados da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação tributária?

A “tese dos cinco mais cinco”, consagrada pela Primeira Seção do STJ - ERESP nº 435.835/SC, de 24/03/2004 -, fundou-se justamente nessa questão.

Necessário salientar, que referida tese vigorou no STJ por quase uma década e veio a ser abandonada somente com o advento do art. 3º, da Lei Complementar nº 118, de 09/02/2005, segundo o qual:

*Art. 3º. Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, 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 da referida Lei.*

Assim, com referida lei, que entrou em vigor após cento e vinte dias da data de sua publicação, em 09/06/2005, o prazo de cinco anos para repetição seria contado a partir do pagamento antecipado, tido por indevido.

A controvérsia, contudo, não foi totalmente dirimida. Restaram dúvidas ainda quanto aos pagamentos realizados anteriormente à vigência da lei complementar, já que o art.4º tentou conferir natureza interpretativa à norma contida no art. 3º, objetivando que sua aplicação se desse a fatos e atos pretéritos. Confira-se:

*Art. 4º. 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 no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional.*

De acordo com os termos do art. 4º, portanto, o art. 3º deveria aplicar-se retroativamente, de modo que os pagamentos antecipados tidos por indevidos, realizados antes de 09/06/2005, constituiriam termo inicial para a contagem do prazo prescricional de repetição de indébito.

Contudo, o Superior Tribunal de Justiça, em Arguição de Inconstitucionalidade suscitada em virtude da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 482.090, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º, da Lei Complementar nº 118, de 2005, entendendo que a norma do art. 3º, na pretensão de “interpretar o enunciado do art. 168, I, c/c art. 156, VII, do Código Tributário Nacional, além de ter conferido sentido e alcance diversos do atribuído pelo Tribunal que detém a atribuição constitucional de interpretação das leis federais, também inovou no plano normativo. Assim, ao dispor o art. 4º da Lei Complementar nº 118, de 2005, que a norma do art. 3º possuiria natureza interpretativa e, portanto, se aplicaria a situações pretéritas, violou os princípios da autonomia e independência dos poderes e da garantia ao direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

A consequência da declaração da inconstitucionalidade de parte da norma contida no art. 4º, da Lei Complementar nº 118, de 2005, foi a seguinte: como referido diploma legal entrou em vigor em cento e vinte dias, contados da data de sua publicação, que se deu em 09/02/2005, somente a partir de 09/06/2005, as datas dos recolhimentos realizados a título de pagamento de tributos, sujeitos ao lançamento por homologação, passaram a constituir o termo *a quo* do prazo quinquenal para o pedido de repetição de indébito.

Antes de 09/06/2005, o termo *a quo* para a contagem do prazo prescricional de dez anos (cinco mais cinco), para repetição de valores recolhidos a título de pagamento de tributos sujeitos ao lançamento por homologação, continuaria a ser o momento da ocorrência do fato gerador.

Entretanto, com todas as vênias necessárias, entendo que continuar esta discussão neste Tribunal Administrativo seria improdutivo, diante do fato que, em 21/12/2010, houve a edição da Portaria MF nº 586, que alterou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009. Diante disso, a redação do art.62-A do RICARF dispôs:

*Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.*

*§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.*

*§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.*

Diante disso, resta claro que os julgados proferidos pelas turmas integrantes do CARF devem se adaptar, nos casos de decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, a estes julgados. Assim sendo, a incidência de imposto de renda sobre rendimentos recebidos acumuladamente em virtude de decisão judicial é um destes temas.

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento, em 25 de novembro de 2009, através da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, no julgamento do REsp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), concluiu que, “em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, de 2005, qual seja 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”, cuja ementa se transcreve:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.932 - SP (2007/0260001-9)

*EMENTA*

*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 correspectiva.*

*2. O advento da LC 118/05 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 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).*

*(...).*

*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 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 Documento: 7442536 - EMENTA / ACÓRDÃO - Site certificado - DJe: 18/12/2009 Página 3 de 4 Superior Tribunal de Justiça 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 (Data do Julgamento: 25 de novembro de 2009).*

Nos julgados posteriores, sobre o mesmo assunto, o Superior Tribunal de Justiça aplicou a mesma decisão acima transcrita, conforme as transcrições abaixo:

Processual civil. Tributário. Controvérsia acerca do prazo prescricional para se pleitear a repetição do indébito, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação. Aplicação da tese dos “cinco mais cinco”. Orientação firmada pela Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC.

Recurso especial provido.

(...)

*2. Assiste razão à recorrente.*

*Acerca do termo inicial para contagem do prazo prescricional, o Código Tributário Nacional, em seu art. 168, I, estabelece: “O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (...).”*

*O art. 165, I, possui o seguinte teor: “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 artigo 162, nos seguintes casos: 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; (...)“.

*Já o art. 156 prevê a seguinte modalidade de extinção do crédito tributário:*

“VII – o pagamento antecipado e a homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º; (...)“.

*Confira-se, ainda, a redação do caput do art. 150 e a de seus §§ 1º e 4º:*

(...)

§ 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.”

*A Corte Especial, ao julgar a Arguição de Inconstitucionalidade nos EREsp 644.736/PE (Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.8.2007), sintetizou a interpretação conferida por este Tribunal aos dispositivos legais acima, interpretação que deverá ser observada em relação às situações ocorridas até a vigência da Lei Complementar 118/2005, conforme consta do seguinte trecho da ementa do citado precedente: “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.”

*Ao declarar a inconstitucionalidade da expressão “observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional” , constante do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/2005, a Corte Especial ressaltou: “(...) com o advento da LC 118/05, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente*

aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco anos 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.”

*Por fim, na assentada do dia 25 de novembro de 2009, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se da nova metodologia de julgamento de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC, analisou caso análogo ao dos autos, no Resp 1.002.932/SP (Rel. Min. Luiz Fux), concluindo que, “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” .*

*3. À vista do exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso especial (Data do Julgamento:, 18 de dezembro de 2009.*

*RE no RECURSO ESPECIAL Nº 1.002.932 - SP (2007/0260001-DECISÃO).*

*No julgamento do RE n.º 566.621/RS (Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11/10/2011), submetido ao regime da repercussão geral, o e. **Supremo Tribunal Federal** reconheceu a inconstitucionalidade do art. 4º, segunda parte, da Lei Complementar 118/05, considerando válida a aplicação do novo prazo de 5 (cinco) 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, nos termos da seguinte ementa:*

*"DIREITO TRIBUTÁRIO – LEI INTERPRETATIVA – 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 o Documento: 21907449 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJe: 14/05/2012 Página 1 de 2 Superior Tribunal de Justiça 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.*

*Recurso extraordinário desprovido (Data do Julgamento: 30 de abril de 2012).*

Como visto, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, com o advento da Lei Complementar nº 118, de 2005, a prescrição, do ponto de vista prático, deve ser contada da seguinte forma: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da sua vigência (que ocorreu em 09/06/05), o prazo para a ação de repetição do indébito é de cinco anos 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.

Resta claro, que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria por ocasião do julgamento do RESP nº 1.002.932/SP, o qual foi submetido ao rito dos recursos repetitivos, previsto no art. 543-C do CPC, pelo qual a decisão tem o efeito de impedir na origem (2ª instância) a interposição de recursos especiais que estejam em confronto com o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Na presente solicitação, resta claro, que o requerente protocolou Pedido de Restituição, datado de 26/12/2005 (fls. 01/02), onde declarou os pagamentos indevidos (indébitos tributários) no valor original de R\$ 7.670,42, relativo ao período de 01/01/1999 a 31/12/2004. No caso em questão o requerente poderia solicitar a restituição dos indébitos tributários desde 26/12/1995.

Assim sendo, o requerente cumpriu os requisitos exigidos pela jurisprudência de regência de que a teor do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.002.932 – SP, sujeito ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar nº 118, de 2005, qual seja 09/06/2005, o prazo decadencial/prescricional para o contribuinte pleitear a restituição do indébito tributário, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, continua se observando a tese dos “cinco mais cinco”, porém, o prazo para a interposição da ação de repetição do indébito ficará limitada ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Diante do conteúdo dos autos e pela associação de entendimento sobre todas as considerações expostas no exame da matéria e por ser de justiça, voto no sentido de dar provimento ao recurso para afastar a decadência do direito de pleitear a restituição, relativo aos anos-calendário de 1999 e 2000, e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem, para enfrentamento do mérito.

Assinado digitalmente  
Nelson Mallmann