



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

Processo n° 10510.003142/99-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-002.188 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2013
Matéria DECADÊNCIA DO DIREITO DE PLEITEAR RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO
Recorrente JOSÉ CARLOS FERREIRA DANTAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Exercício: 1996

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.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso, 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, Odmir Fernandes, Pedro Anan Junior e Nelson Mallmann. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Rafael Pandolfo.

Relatório

JOSÉ CARLOS FERREIRA DANTAS, contribuinte inscrito no CPF/MF 085.529.595 - 34, com domicílio fiscal na cidade Araguari- MG, Estado Mato Grosso, à Rua Prof. Lourdes Naves, nº 225 B – casa, Bairro Centro, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Aracaju - SE, inconformado com a decisão de Primeira Instância (fls.38/41), prolatada pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Aracaju - SE, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 54/57.

Em 02 de agosto de 1999, o requerente solicita retificação da Declaração de Ajuste Anual, relativo ao exercício de 1996, correspondente ao ano-calendário de 1995, solicitando restituição de imposto de renda retido na fonte no valor de R\$ 14.013,53, em razão de verbas recebidas a título de Pedido de Demissão Voluntária – PDV.

Às fls. 20 encontra-se o seguinte despacho:

Referindo-nos ao processo acima indicado, e em resposta ao seu pedido datado de 02/08/1999 com referencia ao processo acima indicado, informamos que o mesmo foi arquivado, e que por força do art.19 da Medida Provisória nº 1990 de 14/12/1999, da Instrução Normativa nº 165/99 e do Ato Declaratório SRF 010/2000, sua retificadora foi processada, conforme documento anexo, substituindo integralmente a declaração original, ficando sujeita à revisão de ofício nos termos da Instrução Normativa nº 94, de 24/12/1997, enquanto não extinto o prazo decadencial para a Fazenda Pública.

Aracaju, (SE) , 26 de Julho de 2000

Ciente em 28 de julho de 2000 (fls. 21), o requerente protocolou Pedido de Restituição datado em 09/04/2008, onde solicita a restituição de diferença de juros Selic incidentes sobre a restituição do IRRF incidente sobre verbas pagas a título de adesão a Programa de Demissão Voluntária, no valor de R\$ 13.855,48.

De acordo com a Portaria SRF nº. 4.980, de 1994, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Aracaju - SE, através da Seção de Orientação e Análise Tributária - SAORT, apreciou e concluiu que o presente pedido de restituição é improcedente, com base, em síntese, nas seguintes argumentações:

- que o contribuinte aderiu em 1995 a Plano de Demissão Voluntária instituído pela PETROBRÁS, recebendo a restituição do IRRF incidente sobre a verba de incentivo à adesão mediante a retificação de sua declaração de rendimentos, vide fls. 01, 13/14, 19 e 31/35. Assim, requer, por intermédio da petição de fls. 27/28, tão-somente a atualização do valor indevidamente retido, por entender que a atualização se daria a partir da data da homologação da rescisão do contrato de trabalho, ocorrida em 10/05/1995, fl. 04-verso, e não do mês seguinte ao previsto para a entrega da declaração do ano-calendário 1995, ou seja, maio de 1996;

- que se depreende do dispositivo supracitado que o contribuinte, seja por erro de direito, seja por erro de fato, ao efetuar pagamento a maior que o devido ou indevido, tem direito à restituição do indébito tributário. Este direito, no entanto, submete-se a prazos extintivos. Com efeito, assim dispõe o art. 168 do CTN;

- que em suma, interpretando-se de forma integrada os arts. 150, 156, 165 e 168 do CTN, conclui-se que o direito de pedir restituição de tributos pagos a maior decaiu em cinco anos contados da extinção do crédito tributário, e, no caso dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, considera-se extinto o crédito tributário — e, portanto, iniciado o prazo decadencial — com o pagamento antecipado, que já produz todos os efeitos que lhe são próprios, uma vez que submetido a uma condição resolutória;

- que ora, como o pagamento antecipado ocorreu em maio de 1995, fl. 04-verso, decaiu o direito de o contribuinte pleitear a restituição, haja vista que o pedido foi protocolado em 09/04/2008, vide fl. 27. Ressalte-se, ainda, que o pedido foi feito mais de cinco anos após o pagamento do IRRF incidente sobre as verbas recebidas a título de incentivo a Programa de Demissão Voluntária, ocorrido via processamento da declaração retificadora em 28/01/2000, vide fls. 31 e 35;

- que o Conselho de Contribuintes, por sua vez, pacificou o entendimento de que se conta a partir da publicação da Instrução Normativa da Secretaria da Receita. Federal nº 165, de 31 de dezembro de 1998, o prazo para a apresentação de requerimento de restituição dos valores indevidamente retidos a título de adesão aos planos de desligamento voluntário. A publicação da referida Instrução Normativa no Diário Oficial da União deu-se em 06/01/99, fl. 36. Destarte, ainda que se tomasse como termo de início do prazo decadencial a data da publicação da Instrução Normativa SRF 165/98, o prazo limite para solicitar a restituição teria exaurido em 06/01/2004. Em suma, como o contribuinte protocolou o seu pedido em 09/04/2008, ainda que se adotasse o entendimento ' do Conselho de Contribuintes, não se poderia acatar o seu pedido, uma vez fulminado pela decadência;

- que em suma, qualquer que seja o termo inicial que se adote para contar o prazo quinquenal dentro do qual o contribuinte poderia pleitear a sua restituição (data da retenção indevida, data do pagamento da restituição apurada na declaração retificadora ou data da publicação da IN SRF 165/98), constata-se que o referido direito foi fulminado pela decadência;

Cientificado da decisão da Autoridade Administrativa, em 17/02/2009, conforme Termo constante à fl.43, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (04/03/2009), a sua Manifestação de Inconformidade de fls. 45/47, instruído pelo documento de fl. 48, no qual demonstra irrisignação contra a decisão, baseado, em síntese, nas seguintes considerações;

- que gostaria de esclarecer que o valor pleiteado por este contribuinte, não se trata da correção devida por este órgão tributário referente ao valor devido a partir do primeiro dia do mês subsequente a entrega tempestiva da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física, esta correção, o conceituado órgão acrescentou quando da devolução do valor principal. O que está sendo reclamado, é que, quando foi feito os cálculos para a devolução do imposto retido na fonte indevidamente referente ao Programa de Demissão Voluntária (PDV), a Receita Federal aplicou o fator de correção somente a partir do mês seguinte à entrega da Declaração de ajuste anual, respeitando o que está elencado no artigo 896, parágrafo único do RIR, deixando de aplicar o fator de correção a partir da data da homologação da rescisão do contrato de trabalho, quando na verdade foi esta a data da retenção e o capital foi transferido para a conta deste órgão tributante;

- que de acordo com a decisão proferida pelos técnicos da Receita Federal/SE, alegando que na aplicação da norma que dispõe sobre o acerto de contas entre o contribuinte e o órgão arrecadador com referência ao exercício anterior, é aplicado o índice de correção a partir do primeiro dia do mês subsequente ao previsto para a entrega tempestiva da declaração do Imposto de Renda Pessoa Física, está claro que da devolução efetuada na época cabe revisão de valor, porque foi excluída a correção em cima do valor retido a partir da data em que cessou o vínculo empregatício, já que a retenção foi indevida;

- que fica evidente, que, quando foi para definir a maneira de devolver o valor principal da retenção de imposto de renda indevida do Programa de Demissão Voluntária (PDV), quem tinha o poder de decidir como seria, não foi alertado para o fato de que a devolução não seria um acerto de contas do exercício anterior, e sim, de que se tratava de uma devolução referente a uma situação não rotineira, porque era uma devolução de valores retidos indevidamente, portanto a forma escolhida não foi a correta, gerando desse modo um enorme prejuízo para o contribuinte;

- que como se vê, tal dispositivo contém lacunas quanto às hipóteses em que pode haver restituição. O legislador não cuidou da tipificação de todas as situações possíveis de ensejar o direito à restituição, pelo que cabe à doutrina e jurisprudência realizar interpretação analógica;

- que isto porque, apesar de estarem listadas no CTN, apenas três hipóteses de restituição, certo, é que tendo o órgão tributado de forma equivocada fica obrigado a restituir o valor referente ao equivoco;

- que tendo a Administração considerado indevido a tributação dos valores percebidos como indenização relativos aos Programas de Desligamento Voluntário, são irrelevantes as datas da efetiva retenção e restituição indevidas, que não é marco inicial do prazo extintivo, conforme disposto no Acórdão nº: 104-17.599 do - Primeiro Conselho de Contribuinte.

Após resumir os fatos constantes do pedido de compensação e as razões apresentadas pelo recorrente em sua Manifestação de Inconformidade, em 28/05/2009, a Terceira Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador –BA autoridade julgadora revisora resolveu julgar improcedente à manifestação de inconformidade, para manter a decisão hostilizada, com base, em síntese, nas seguintes considerações (fls. 51/52):

- que de início, convém registrar que a jurisprudência citada pelo impugnante em sua defesa serve apenas como forma de ilustrar e reforçar sua argumentação, não vinculando a administração àquela interpretação, isto porque não têm eficácia normativa (art. 100 do CTN);

- que o pedido original que gerou a restituição efetuada em 2000 foi formulado dentro do prazo legal. Ao ser cientificado da decisão favorável, o contribuinte poderia contestar qualquer eventual diferença, sendo indiferente se a restituição a menor decorreu de erro de cálculo dos juros ou por qualquer outro motivo. O que importa é que a diferença questionada sempre se referirá à data do pagamento indevido. Como neste caso o imposto foi pago em julho de 1997, o contribuinte não mais tem direito, em dezembro de 2003, de pleitear a restituição de valores restituídos a menor. Isto porque foi ultrapassado o prazo quinquenal estabelecido no dispositivo acima referido;

- que caso a ciência do ato que reconheceu a restituição fosse efetuada após o prazo quinquenal, o contribuinte disporia do prazo regulamentar de trinta dias para questionar a decisão adotada. Mas no caso em tela a ciência ocorreu quando ainda não havia decaído o seu direito, demonstrando-se tanto mais grave a sua inércia.

As ementas que consubstanciam os fundamentos da decisão são as seguintes:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 1995

EXTINÇÃO DO DIREITO DE REQUERER A RESTITUIÇÃO.

O direito de solicitar a restituição decai em cinco anos, a contar da data da extinção do crédito tributário.

Solicitação Indeferida

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 10/09/2009, conforme Termo constante à fl. 53, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (06/10/2009), o recurso voluntário de fls. 54/57, instruído pelo documento de fl.58, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que gostaria de esclarecer que o valor pleiteado por este contribuinte, não se trata da correção devida por este órgão tributário referente ao valor devido a partir do primeiro dia do mês subsequente a entrega tempestiva da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física, esta correção, o conceituado órgão acrescentou quando da devolução do valor principal. O que está sendo reclamado, é que, quando foi feito os cálculos para a devolução do imposto retido na fonte indevidamente referente ao Programa de Demissão Voluntária (PDV), a Receita Federal aplicou o fator de correção somente a partir do mês seguinte à entrega da Declaração de ajuste anual, respeitando o que está elencado no artigo 896, parágrafo único do RIR, deixando de aplicar o fator de correção a partir da data da homologação da rescisão do contrato de trabalho, quando na verdade foi esta a data da retenção e o capital foi transferido para a conta deste órgão tributante;

- que de acordo com as decisões proferidas pelos Auditores da Receita Federal, a alegação, e que, na aplicação da norma que dispõe sobre o acerto de contas entre o contribuinte e o órgão arrecadador com referência ao exercício anterior, é aplicado o índice de correção a partir do primeiro dia do mês subsequente ao previsto para a entrega tempestiva da declaração do Imposto de Renda Pessoa Física, e por este motivo, está claro que da devolução efetuada na época cabe revisão de valor, porque foi excluída a correção em cima do valor retido a partir da data em que cessou o vínculo empregatício, já que a retenção foi indevida;

- que em decorrência de decisões proferidas pelas Primeira e Segunda turmas do Superior Tribunal de Justiça, a favor do contribuinte, insisto na premissa de que não houve incidência tributária. Não ocorrendo o fato gerador, o indébito não se caracteriza como antecipação na fonte do imposto de renda pessoa física, mas sim como pagamento indevido, e neste caso não há que se falar em prazo quinquenal. Portanto, sobre a minha restituição aqui reclamada, incide a correção a partir da data do pagamento, conforme prevê o artigo 39, parágrafo 4º da Lei 9.250/1995. Não se submetendo assim às regras específicas para a compensação do imposto de renda na fonte de pessoa física, ou seja, através da declaração de ajuste anual;

- que fica evidente, que, quando foi para definir a maneira de devolver o valor principal da retenção de imposto de renda indevida do Programa de Demissão Voluntária (PDV), quem tinha o poder de decidir como seria, não foi alertado para o fato de que a devolução não seria um acerto de contas do exercício anterior, e sim, de que se tratava de uma devolução referente a uma situação não rotineira, porque era uma devolução de valores retidos indevidamente, portanto a forma escolhida não foi a correta, gerando desse modo um enorme prejuízo para o contribuinte;

- que se não há causa para o pagamento, se o contribuinte recolheu aos cofres públicos tributo indevido, tem o fisco o dever de devolver o valor àquele, sob pena de enriquecimento indevido, repugnado em nosso ordenamento jurídico;

- que apesar de não haver disposição legal quanto ao prazo decadencial, quando caráter indevido do tributo é reconhecido pela Administração, certo é que cabe ao intérprete sanar tal lacuna legal, ante à proibição em nosso ordenamento jurídico do enriquecimento sem causa. Se a lei civil, que se aplica as relações particulares, prevê que o direito de restituir persiste sempre que houver sido paga obrigação não devida, mais razão há para que a Administração pública, que rege-se pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, seja aplicado tal princípio;

- que tendo a Administração considerado indevido a tributação dos valores percebidos como indenização relativos aos Programas de Desligamento Voluntário, são irrelevantes as datas da efetiva retenção e restituição indevidas, que não é marco inicial do prazo extintivo, conforme disposto no Acórdão nº: 104-17.599 do Primeiro Conselho de Contribuinte.

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.

Não há arguição de qualquer preliminar.

Da análise dos autos do processo se verifica que o interessado contesta decisão que lhe indeferiu pedido de restituição de juros calculados a menor. Em 28/01/2000 o contribuinte havia obtido restituição de imposto retido em 1995, incidente sobre verbas de programa de demissão voluntária (PDV). A restituição fora paga calculando-se os juros a partir da data prevista para a entrega da declaração. O contribuinte argumenta que os juros deveriam ser calculados desde a data da retenção indevida, pois não se trata de retenção regular de imposto retido na fonte, mas sim de pagamento indevido.

A decisão recorrida entendeu, que o marco inicial do prazo decadencial de cinco anos para os pedidos de restituição do imposto de renda retido na fonte de forma indevida, se dá no prazo de cinco anos contados do fato gerador.

Sustenta, ainda, a decisão recorrida, que no caso a ciência do ato que reconheceu a restituição fosse efetuada após o prazo quinquenal, o contribuinte disporia do prazo regulamentar de trinta dias para questionar a decisão adotada. Mas no caso em tela a ciência ocorreu quando ainda não havia decaído o seu direito, demonstrando-se tanto mais grave a sua inércia.

É de se observar, ainda, a possibilidade 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 da ação de repetição de indébito proposta pelo contribuinte que têm por objeto o tributo sujeito 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:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 26/02/2013 por NELSON MALLMANN, Assinado digitalmente em 26/02/2013 por

NELSON MALLMANN

Impresso em 20/03/2013 por HIULY RIBEIRO TIMBO

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 hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3º da LC 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 do RICARF dispôs:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

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 a 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 situação, resta claro, que o requerente protocolou Pedido Original de Restituição de Imposto de Renda, datado de 02/08/1999, onde declarou os possíveis débitos tributários, relativo aos anos-calendário de 1995. Restou claro, nos autos, que recebeu o valor solicitado.

Em 09 de abril de 2008 (fls. 27), entra com um pedido de restituição novamente sob alegação de que não houve a correção do indébito tributário pela Taxa Selic.

Ora, o prazo a ser considerado neste novo pedido deve ser contado desde a data do fato gerador do tributo que gerou o indébito tributário em questão, ou seja, 30 de abril de 1995 (fls.04).

Assim sendo, o requerente não 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.

Neste contexto, não assiste razão ao requerente ao questionar a decadência do direito de pleitear a restituição do indébito tributário questionado no presente processo, já que em 09 de abril de 2008, já se passou mais de dez anos da data do fato gerador do indébito tributário questionado que ocorreu em 30 de abril de 1995.

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 negar provimento ao Recurso Voluntário para declarar decadente o direito de pleitear a restituição questionada.

(Assinado digitalmente)

Nelson Mallmann