



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

Processo nº 10660.000905/2006-63
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 1101-000.886 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 11 de abril de 2013
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE CSLL
Recorrente SALMA ALI SALAM
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/12/2000

PRAZO DECADENCIAL/PRESCRICIONAL DO DIREITO DE PLEITEAR RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO. 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.

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.

Recurso provido.

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, nos termos do voto do Relator

Processo nº 10660.000905/2006-63
Acórdão n.º **1101-000.886**

S1-C1T1
Fl. 3

VALMAR FONSECA DE MENEZES - Presidente.

MARCOS AURÉLIO PEREIRA VALADÃO - Presidente designado para formalização de acórdão.

JOSÉ RICARDO DA SILVA - Relator

JOSELAINE BOEIRA ZATORRE - Relatora 'ad hoc' designada para formalização do acórdão.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Edeli Pereira Bessa, Benedicto Celso Benício Júnior, Carlos Eduardo de Almeida Guerreiro, Nara Cristina Takeda Taga, José Ricardo da Silva e Valmar Fonseca de Menezes (Presidente).

Relatório

SALMA ALI SALAM, contribuinte inscrito no CNPJ/MF 01.301.405/0001-22, com domicílio fiscal na cidade de Varginha, Estado de Minas Gerais, à Rua Rio de Janeiro, nº 1444, Bairro Centro, jurisdicionado a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Varginha - MG, inconformada com a decisão de Primeira Instância (fls. 23/25), prolatada pela 2ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora - MG, recorre, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, pleiteando a sua reforma, nos termos da petição de fls. 28/29.

O requerente protocolou Pedido de Restituição datado em 30/03/2006, onde solicita a restituição de Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), relativo aos recolhimentos efetuados a maior. Declara, ainda, que o crédito em restituição, no valor de R\$ 603,14, será utilizado para pagamento das multas de atraso na entrega do IRPJ dos anos de 1998, 2002 e 2002.

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

- que de acordo com o artigo 168, incisos I e II, combinado com o artigo 165, incisos I e II, ambos do Código Tributário Nacional — CTN (Lei nº 5.172/66), o direito de pleitear a restituição, nos casos de cobrança ou pagamento espontâneo do tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, extingue-se com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário;

- que o artigo 150, § 1º, do CTN, que trata dos lançamentos por homologação, estabelece que o pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito tributário, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento, enquanto que o § 40 dispõe que se considera homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador;

- que analisando os documentos que instruem os autos, especialmente os comprovantes de recolhimentos de fls. 03/07, verifica-se que transcorreu o prazo de 05 (cinco) anos para pleitear a restituição, uma vez que os pagamentos foram efetuados no período de 02/2000 a 01/2001 e a data de protocolização do pedido foi 30/03/2006;

- que cumpre ressaltar que o mérito quanto ao direito creditório não foi objeto de análise, em razão da decadência do direito de pleitear restituição ou declarar compensação.

Cientificado da decisão da Autoridade Administrativa, em 06/04/2006, conforme Termo constante à fl.14, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (24/04/2006), a sua Manifestação de Inconformidade de fls.15/16, instruído pelos documentos de fls.17/21, no qual demonstra irresignação contra a decisão, baseado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que por informações desencontradas e incoerentes recebidas da própria administração fazendária, além da complexidade das compensações entre débitos e créditos, não se consegue muitas vezes atender corretamente as especificidades determinadas pela legislação tributária. Assim, muitas das vezes, a empresa é informada muito tempo depois do fato consumado e como resultado ou consequência de uma nova consulta formulada a posteriori;

- que isso foi exatamente o que ocorreu, pois, quando recebeu uma multa por atraso na entrega da declaração do I.R. de 1999, que não foi indeferida mesmo tendo decorrido 5 (cinco) anos, a empresa recalculou seus impostos e descobriu a existência de créditos que poderiam ser compensados com a multa recebida;

- que a época em que foram providenciadas as regularizações das declarações de 2002 e 2003, que também foram entregues com atraso devido à falta de informações coerentes e adequadas para obstar as dúvidas suscitadas;

- que, por conseguinte, como os dados necessitavam de maiores estudos e instruções específicas, resultantes de uma análise mais abrangente e combinada com vários informes, a empresa não tinha como apresentar antes um requerimento acessível e coesivo às determinações impostas pelas normas para fazer essa compensação;

- que vale a pena ressaltar que a empresa sempre pagou os impostos corretamente e dentro do prazo especificado. E, está tentando regularizar sua situação perante o fisco pagando as multas, mas, enfatiza que, como tem créditos, nada é mais justo do que usufruí-los na compensação dos débitos já pronunciados.

Após resumir os fatos constantes do pedido de compensação e as razões apresentadas pelo recorrente em sua Manifestação de Inconformidade, em 09/07/2008, a Segunda Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora – MG - autoridade julgadora revisora - resolveu julgar improcedente à manifestação de inconformidade, para manter a decisão hostilizada, com base, em síntese, nas seguintes considerações (fls.23/25):

- que tem razão a autoridade administrativa ao declarar a decadência para pedido de restituição efetuado em 20/03/2006, dos pagamentos efetuados no período de 02/2000 a 01/2001, visto que o artigo 168 do CTN, c/c o artigo 3º da LC 118/2005, assim o determina;

- que não há que se falar que a LC 118/2005 não poderia ser aplicada retroativamente já que essa é uma lei interpretativa, estando, pois em consonância com o inciso I do artigo 106 do CTN, que estabelece que a lei pode ser aplicada em ato ou fato pretérito, quando expressamente interpretativa, excluindo-se a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

A ementa que consubstancia o fundamento da decisão é a seguinte:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2000

RESTITUIÇÃO DECADÊNCIA

O direito de pleitear restituição extingue-se em 05 anos conforme artigo 168 - CTN.

Solicitação Indeferida

Cientificado da decisão de Primeira Instância, em 21/07/2008, conforme Termo constante à fl. 27, e, com ela não se conformando, o contribuinte interpôs, em tempo hábil (18/08/2008), o recurso voluntário de fls. 28/29, instruído pelo documento de fl. 30, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra, baseado, em síntese, nas mesmas razões expendidas na fase impugnatória, reforçado pelas seguintes considerações:

- que como foi mencionado anteriormente, o conhecimento das multas só foi possível, pela própria Delegacia da Receita Federal de Varginha, depois de alguns anos após o seu fato gerador. Haja vista que, a sua origem foi devida a incoerência e informações desencontradas fornecidas pelos próprios funcionários daquela Autarquia;

- que após fazer confrontações entre os valores recolhidos e devidos, percebeu o erro, entrando em contato direto com os agentes varginhenses. Somente, então, depois de minucioso estudo foi que chegou se a conclusão que os valores àquela época fora recolhido a maior;

- que entretanto, como a decadência é um estado daquilo que decaí, ou seja; a extinção de um direito por haver decorrido o prazo legal prefixado para o exercício dele (Dic. Aurélio), a autora não vê porque o seu direito de pleitear o uso de seus créditos para pagamento de sua multa não possa ser aceito e deferido, mormente o conhecimento da dívida foi somente em 2003, perfeitamente dentro do prazo legal, pois acredita que seu prazo deveria ser contado a partir da data do seu levantamento e/ou conhecimento, de seu "saber", e não da data do fato gerador, do momento que nem mesmo o órgão Público competente para denunciá-lo não tinha como sabê-lo e tão pouco processá-lo;

- que embasada no § único do artigo 169 CTN, em que determina que o prazo prescricional é interrompido pelo início da ação judicial, recomeçando a partir da data da intimação validamente feita ao representante judicial da Fazenda Pública interessada (o que se deu aproximadamente em 2006), e certa de que a decisão da MM. 2ª. Turma não pode ser prosperada, vem pela presente requerer a Vossas Excelências que se dignem a determinar o direito da empresa em utilizar seus créditos como abatimento nos pagamentos das multas conforme pleiteado anteriormente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro JOSÉ RICARDO DA SILVA, 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 recorrente apresentou Pedido de Restituição referente a pagamentos maiores que os devidos constantes na planilha acostada às fls. 02, no valor total de R\$ 603,14 (seiscentos e três reais e quatorze centavos) atualizado até 25 de março de 2006, sob a alegação de que no período entre 01/01/2000 a 31/12/2000 recolheu, eventualmente, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), em valores maiores que os devidos.

A decisão recorrida entendeu, 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 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 nº 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 / Declaração de Compensação, datado de 30/03/2006 (fls. 01/02), onde declarou os pagamentos indevidos no valor original de R\$ 306,78 e no valor atualizado pela Taxa Selic de R\$ 603,14, conforme planilha de fls. 02, relativo ao período de 01/01/2000 a 31/12/2000.

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

Processo nº 10660.000905/2006-63
Acórdão n.º **1101-000.886**

S1-C1T1
Fl. 17

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 e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem, para enfrentamento do mérito.

JOSÉ RICARDO DA SILVA - Relator

JOSELAINE BOEIRA ZATORRE - Relatora 'ad hoc' designada para formalização do acórdão. Ressalto que não estou vinculada a conteúdo dessa decisão