



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10840.002204/2001-36
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9101-001.586 – 1ª Turma
Sessão de 24 de janeiro de 2013
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO/DECADÊNCIA
Recorrente LAGOA DA SERRA LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 1993

Ementa:

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 Especial do Contribuinte Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso com retorno ao órgão de origem. Ausente, justificadamente, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo – Presidente

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez – Redator Ad Hoc – Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Francisco de Sales Ribeiro de Queiroz, João Carlos de Lima Júnior, Jorge Celso Freire da Silva, Karem Jureidini Dias, Valmir Sandri, Valmar Fonseca de Menezes, José Ricardo da Silva e Plínio Rodrigues de Lima. Ausente, justificadamente, a Conselheira Susy Gomes Hoffmann.

Relatório

LAGOA DA SERRA LTDA., contribuinte inscrita no CNPJ/MF sob o nº 05.162.045/0001-86, com domicílio fiscal na cidade de Sertãozinho - Estado de São Paulo, na Fazenda da Lagoa da Serra – Zona Rural, jurisdicionada a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto - SP, inconformada com a decisão de Segunda Instância prolatada pela então Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, através do Acórdão nº 108-09.395, de 12/09/2007 (fls. 108/122) cuja decisão, por maioria de votos, negou provimento ao seu Recurso Voluntário (fls. 97/104), recorre, em 04/12/2007, a esta 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, nos termos do seu Recurso Especial (126/146).

O pleito da contribuinte busca amparo no então art. 5º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovada pela Portaria MF nº 55, de 1998, atualmente regido pelos arts. 64, II e 67, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RI-CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações introduzidas pelas Portarias MF nºs 446, de 27 de agosto de 2009, e 586, de 21 de dezembro de 2010.

Consta dos autos, que a contribuinte protocolou, em 03/08/2001, o Pedido de Restituição / Compensação de IRPJ, referente ao exercício de 1994, correspondente ao ano-calendário de 1993, no valor de R\$ 90.915,51, relativo a IRPJ recolhido a maior.

Em 21/03/2002, o Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto - SP, através de Despacho Decisório (fls. 47/49), indeferiu o Pedido de Restituição / Compensação sob o argumento básico de que o direito de o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente, ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de cinco anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

Cientificada da decisão da autoridade administrativa, em 09/04/2002 (fls. 50/51), a contribuinte inconformada apresenta, tempestivamente (06/05/2002), a sua Manifestação de Inconformidade (fls.53/57), instruída pelos documentos de fls. 58/72, lastreado, em síntese, nos seguintes argumentos básicos:

- que usando de raciocínio mediano e o disposto na legislação transcrita, a extinção somente se daria decorridos 10 anos; a saber: cinco anos para o fisco apurar o crédito ou débito e cinco anos para a constituição do crédito ou do débito tributário, sendo a recíproca ao contribuinte da mesma forma;

- que por força do disposto no artigo 150 do CTN enquadra-se o IRPJ na modalidade de "lançamento por homologação" o que significa que é atribuído ao sujeito passivo da obrigação tributária o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa;

- que o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN determina que se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador. Expirando 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;

- que, assim, entendemos que dando-se os recolhimentos na forma mensal, independente de exame da autoridade, dá-se também a possibilidade de compensação com o tributo retido na fonte ou recolhido antecipadamente o que leva a crer que, o direito garantido ao contribuinte de restituição do imposto indevido ou recolhido a maior, previsto no artigo 165 do CTN subordina-se à norma da homologação prevista no artigo 150;

- que o entendimento consignado no presente recurso não é unilateral ou mera aventura jurídica, mas sim calcado em decisões do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, adotadas pelas Câmaras do 1º Conselho de Contribuintes, que consideram que o prazo decadencial de cinco anos para pleitear a restituição de tributo ou contribuição sujeitos ao lançamento por homologação, somente começa a ser contado APÓS DECORRIDOS CINCO ANOS do fato gerador, o que redundará em 10 anos;

- que, posto isto, fica patente que não ocorreu a aludida prescrição do crédito da recorrente, merecendo ampla reforma o decisório de fls., dando-se como imprescrito o crédito tributário e deferindo-se o pedido de compensação.

Em 09/12/2005, após resumir os fatos constantes da decisão do Serviço de Orientação e Análise Tributária da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Ribeirão Preto - SP e as principais razões apresentadas pela requerente em sua Manifestação de Inconformidade, a 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto - SP, por unanimidade de votos, decide julgar improcedente o pedido da contribuinte indeferindo a sua solicitação (fls. 75/80), lastreado, em síntese, no argumento

básico de que o prazo para que o contribuinte possa pleitear a restituição/compensação de tributo ou contribuição pago a maior ou indevidamente, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

Cientificada da decisão de Primeira Instância, em 30/01/2006, conforme Termo constante às fls. 81/82, e com ela não se conformando, a contribuinte interpôs, tempestivamente, em 24/02/2006, o seu Recurso Voluntário (fls. 97/104), sem instrução de documentos adicionais, o qual, ao ser apreciado pela então Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, através do Acórdão nº 108-09.395, de 12/09/2007 (fls. 108/122), teve seu provimento rejeitado, por maioria de votos, conforme se verifica de sua ementa e decisão:

IRPJ - RESTITUIÇÃO/COMPENSAÇÃO – PRAZO PRESCRICIONAL - É de cinco anos o prazo para pleitear a restituição de crédito do Imposto de Renda Pessoa Jurídica apurado na declaração de rendimentos, tendo como início a data da extinção do crédito tributário. Considera-se esgotado o prazo para o contribuinte exercer o seu direito, quando o pedido de restituição foi apresentado em 03/08/2001 e o IRPJ se refere ao período de apuração do ano-calendário de 1993. Disposição do artigo 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, ao interpretar o artigo 168, I, do Código Tributário Nacional.

INCONSTITUCIONALIDADE - Não cabe a este Conselho negar vigência a lei ingressada regularmente no mundo jurídico, atribuição reservada exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento final e definitivo. Súmula nº 02 do 1º Conselho de Contribuintes.

ACORDAM os Membros da OITAVA CÂMARA do PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro, Magil Mourão Gil Nunes (Relator). Designado o Conselheiro Nelson Lôso Filho para redigir o voto vencedor.

Cientificada, formalmente, da decisão de Segunda Instância, em 04/12/2007, conforme Termo constante às fls. 124/125, a Contribuinte interpôs, de forma tempestiva (18/12/2007), o seu Recurso Especial de Divergência de fls. 126/146, com amparo no então art. 5º, inciso II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, aprovada pela Portaria MF nº 55, de 1998, atualmente regido pelos arts. 64, II e 67, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RI-CARF), aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, com as alterações introduzidas pelas Portarias MF nºs 446, de 27 de agosto de 2009, e 586, de 21 de dezembro de 2010, no qual demonstra irresignação contra a decisão supra ementada, baseado, em síntese, nas seguintes considerações:

- que a matéria dos autos se atém exclusivamente a questão da decadência dos créditos tributários. Segundo aduziu a recorrente em seu recurso voluntário, sendo o IRPJ enquadrado como tributo sujeito ao lançamento por homologação, o contribuinte tem o direito de pleitear a devolução do tributo recolhido indevidamente no prazo de 5 (cinco) anos contado a partir da homologação do lançamento;

- que, assim, não tendo a administração homologado o lançamento no prazo de 5 (cinco) anos, o prazo que o contribuinte tem para pleitear a restituição ou a compensação

do indébito é de 10 (dez) anos, em consonância com as disposições do art. 150, § 4º e 168, inc. I, ambos do CTN;

- que, ademais, no que diz respeito ao art. 3º da LC n.º 118/2005, argumentou a recorrente que suas disposições somente se aplicam para os pedidos de restituição/compensação formulados após a sua vigência (09.06.2005), dado o seu caráter modificativo;

- que, portanto, como o pedido da recorrente se deu 03.08.2001, não há que se falar na ocorrência da decadência do seu direito de ter restituído valores recolhidos indevidamente de IRPJ, referente ao ano-calendário de 1993;

- que, no entanto, quando da apreciação deste argumento levantado pela recorrente em seu recurso voluntário, entendeu a Colenda 8ª Câmara do E. Primeiro Conselho de Contribuintes que o recurso voluntário não merecia provimento;

- que, no entanto, em sentido oposto foi o entendimento da C. 3ª Câmara do E. Segundo Conselho de Contribuintes que, ao julgar em 30 de junho de 2006 o recurso voluntário n.º 131.090 de um contribuinte, interposto no processo n.º 10830.005391/99-71, o qual se assentou que o prazo para pleitear a restituição de indébito é de 10 (dez) anos, em consonância com o entendimento pacificado pelo E. STJ;

- que registra-se já que a decisão acima transcrita motivou a interposição de recurso especial pela Fazenda Nacional perante o Câmara Superior de Recursos Fiscais e, em sessão realizada no dia 16.10.2007, decidiram os ilustres membros daquela Câmara negar-lhe provimento, mantendo assim a decisão proferida anteriormente, como pode ser verificado no andamento do processo no Conselho de Contribuintes.

Segue abaixo os acórdãos paradigmas apresentados (fls. 147/168), pela Contribuinte, do qual transcrevo as suas respectivas ementas na parte que interessa:

Acórdão 203-11.100

PIS. DECADÊNCIA. PRAZO: 5 + 5 ANOS. TESE DO STJ. Segundo jurisprudência pacífica do STJ é de 10 (dez) anos (5 + 5) o prazo para postular a restituição de indébito de PIS.

SEMESTRALIDADE. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. A apuração do indébito de PIS baseado na inconstitucionalidade dos Decretos-Leis nºs 2.445 e 2.449, ambos de 1988, deve observar a semestralidade, isto é, a verificação do débito levando-se em consideração o faturamento da empresa registrado no 6º (sexto) mês precedente à competência considerada para efeito de cobrança da citada contribuição.

Recurso provido.

Acórdão 203-10.417

PIS. DECADÊNCIA. DIREITO CREDITÓRIO RELATIVO A RECOLHIMENTOS OCORRIDOS MEDIANTE AS REGRAS ESTABELECIDAS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 7/70. O

prazo para o pedido de restituição de indébito é de dez anos a contar do fato gerador do tributo. (Precedentes do STJ - Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 435.835-SC).

SEMESTRALIDADE. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo da Contribuição para o PIS, até 29/02/1996 (IN SRF nº 002/96), é o faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador, de acordo com o parágrafo único do art. 6º da Lei Complementar nº 7/70, conforme entendimento da CSRF e do STJ.

Recurso provido em parte.

É de se observar, a despeito de terem sido indicados mais de dois paradigmas, por força do § 5º do art. 67 do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 — Regimento Interno do CARF, apenas os dois primeiros citados no recurso serão analisados para fins de verificação da divergência apontada.

Após o Exame de Admissibilidade do Recurso Especial da Contribuinte o Presidente da 2ª Câmara da 1ª Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Câmara sucessora), exarou o Despacho nº 1200-0.479/2009, de 17/12/2009 (fls. 171/172) dando seguimento ao Recurso Especial de Divergência, por satisfazer aos pressupostos regimentais.

Encaminhado, em 15/01/2010, os autos para ciência da Fazenda Nacional, nos termos do art. 70, do Anexo II, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 173), foram apresentadas, em 18/01/2010, as contrarrazões (fls. 175/185), argumentando, em síntese:

- que pelo exame dos artigos 165, inciso I e 168, inciso I, ambos do CTN, constata-se que o direito de o sujeito passivo pleitear a restituição total ou parcial de tributo pago indevidamente ou maior que o devido, em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido, termina com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário;

- que nessa perspectiva, as decisões administrativas devem respeitar o disposto no AD SRF no. 96, de 1999, como norma integrante da legislação tributária;

- que esse ato normativo tem caráter vinculante para a administração tributária, a partir de sua publicação, conforme os artigos 100, I e 103, I, do CTN, sob pena de responsabilidade funcional e, no que tange ao questionamento, suscitado eventualmente pelo contribuinte, sobre a inconstitucionalidade ou ilegalidade dessa norma, trata-se de competência exclusiva do Poder Judiciário, não cabendo discussão administrativa acerca dessas matérias;

- que, assim, aplicando-se o dispositivo normativo citado e tendo em vista que o CTN, em seu artigo 156, inciso 13, especifica que o PAGAMENTO é modalidade de extinção de crédito tributário e considerando a data em que o pedido de restituição foi protocolizado (03/08/2001), temos que não havia como ser deferido tal pleito, levando-se em conta o decurso de mais de 5 (cinco) anos desde a retenção efetuada durante o ano de 1993;

- que a e. Câmara a *quo* manteve corretamente a autuação ao argumento de que os resultados obtidos pela cooperativa de crédito em aplicações financeiras junto a terceiros estão submetidos à incidência do Imposto de Renda por não se caracterizarem como ato cooperado;

- que não há na lei qualquer autorização para se considerar um outro lapso temporal ou termo inicial da contagem do prazo para restituição do indébito mais favorável para o contribuinte, em detrimento do erário;

- que, desse modo, conclui-se que não deve ser reformada a decisão recorrida, pois extinto o tributo pelo pagamento, cabe ao sujeito passivo requerer a sua restituição no prazo de 5 (cinco) anos, contados da data do pagamento indevido, consoante disposto nos arts. 3º da LC 118/05, 168 e 165 do CTN. No caso, como o pedido foi apresentado somente em 2001, não há que se falar em restituição de valores retidos durante o ano de 1993.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Roberto Cortez, Redator Ad Hoc Designado

Inicialmente é de se ressaltar, que em face da necessidade da formalização da decisão proferida no acórdão nº 9101-01.586, de 24 de janeiro de 2013, processo de competência da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais e, tendo em vista que o Conselheiro José Ricardo da Silva, relator do processo, não mais faz parte de nenhum dos colegiados que integram o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, o Presidente da 1ª Seção resolveu designar este conselheiro como redator ad hoc, para formalizar o acórdão já proferido, nos termos do item III do art. 17 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009 (RICARF).

Tendo a Contribuinte tomado ciência do decisório recorrido em 04/12/2007 (fls. 124/125) e protocolizado o seu Recurso Especial de Divergência, em 18/12/2007 (fls. 126/146), isto é, dentro do prazo de 15 (quinze) dias, evidencia-se a tempestividade do mesmo nos termos do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Da mesma forma, a Contribuinte, cumpriu os requisitos previstos no RICARF para interpor Recurso Especial de Divergência, já que acostou aos autos cópia de ementas divergentes de decisões que deram à lei tributária interpretação divergentes da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, bem como demonstrou analiticamente com a indicação dos pontos nos paradigmas colacionados que diverjam de pontos específicos no acórdão recorrido.

O confronto dos fundamentos expressos nos enunciados (acórdãos: recorrido e paradigmas) evidencia que a recorrente logrou êxito em comprovar a ocorrência do alegado dissenso jurisprudencial, tendo em vista que em situações fáticas idênticas chegou-se a conclusões distintas, com diferentes interpretações dadas à legislação tributária.

Assim sendo, o Recurso Especial interposto pela Contribuinte preenche os requisitos legais de admissibilidade merecendo ser conhecido pela turma julgadora.

A questão colocada para apreciação deste Tribunal Administrativo diz respeito à contagem do prazo decadencial do direito de pleitear indébito tributário.

A decisão recorrida entendeu, que é de cinco anos o prazo para pleitear a restituição de crédito do Imposto de Renda Pessoa Jurídica apurado na declaração de

rendimentos, tendo como início a data da extinção do crédito tributário. Assim sendo, entendeu a decisão recorrida, que considera-se esgotado o prazo para o contribuinte exercer o seu direito, quando o pedido de restituição foi apresentado em 03/08/2001 e o IRPJ se refere ao período de apuração do ano-calendário de 1993, de acordo com a disposição do artigo 3º, da Lei Complementar nº 118/2005, ao interpretar o artigo 168, I, do Código Tributário Nacional.

Por outro lado, a Contribuinte entende que o acórdão recorrido diverge frontalmente da jurisprudência mantida por outras Câmaras, já que não tendo a administração homologado o lançamento no prazo de 5 (cinco) anos, o prazo que o contribuinte tem para pleitear a restituição ou a compensação do indébito é de 10 (dez) anos, em consonância com as disposições do art. 150, § 4º e 168, inc. I, ambos do Código Tributário Nacional.

Observa, ainda, no que diz respeito ao art. 3º da Lei Complementar nº 118/2005, que suas disposições somente se aplicam para os pedidos de restituição/compensação formulados após a sua vigência (09/06/2005), dado o seu caráter modificativo.

Nesta linha de pensamento, pleiteia a aplicação retroativa dos efeitos da Lei Complementar 118, de 2005, qual seja: a aplicação da prescrição decenal, sob o argumento de que é entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a par das ações de repetição de indébito propostas pelos contribuintes que têm por objeto os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, 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 aplicaria a teoria dos "cinco anos mais cinco".

Como visto, a discussão 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 Pública 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 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 RI-CARF 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 correspondente.

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. Conseqüentemente, 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 a requerente protocolou Pedido de Restituição, datado de 03/08/2001 (fls. 1 e 2), onde declarou os possíveis indébitos tributários de IRPJ, relativo ao período de 01/01/1993 a 31/12/1993.

Assim sendo, a 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.

Neste contexto, assiste razão a Contribuinte de que não decaiu o direito de pleitear a restituição/compensação do indébito de IRPJ relativo ao ano-calendário de 1993.

Nestas condições, entendo que se faz necessário adaptar a decisão recorrida aos julgados do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual conheço do Recurso Especial interposto pela Contribuinte, por tempestivo, preenchendo as demais questões de admissibilidade e, no mérito, voto no sentido de dar provimento ao recurso e determinar o retorno dos autos à Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem, para enfrentamento do mérito.

(Assinado digitalmente)

Paulo Roberto Cortez