



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

**Processo n°** 10912.000092/2005-11  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** **1801-002.155 – 1ª Turma Especial**  
**Sessão de** 21 de outubro de 2014  
**Matéria** Restituição - Prescrição  
**Recorrente** O BOTICARIO FRANCHISING S.A.  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO**

Ano-calendário: 1996, 1997, 1998

AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. ANÁLISE PELA DRJ.

Se as alegações do contribuinte foram analisadas pela DRJ, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, descumprimento do devido processo legal e ofensa aos princípios da legalidade e moralidade.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. HOMOLOGAÇÃO TÁCITA. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.

O §5º do art. 74 da Lei n. 9.430/96 é expresso ao prever prazo apenas para a homologação da compensação declarada pelo contribuinte e, portanto, não abrange o pedido de restituição. Assim, não há na legislação nenhuma norma instituindo prazo para a Receita Federal apreciar os pedidos de restituição.

IRPJ. PEDIDO DE COMPENSAÇÃO/RESTITUIÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO. AUSÊNCIA DE HOMOLOGAÇÃO EXPRESSA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. LC N. 118/05. POSICIONAMENTO DO STJ E STF.

Os pleitos protocolados até 09/06/2005 submetem-se à denominada “tese dos cinco mais cinco”, onde se conta o prazo prescricional quinquenal a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º do CTN), acrescido de mais cinco anos, contados da data de homologação tácita (art. 168, I do CTN). Entendimento definido pelo STF (RE 566621) e STJ (REsp 1269570), julgados sob os regimes dos arts. 543- B e 543-C do CPC.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento em parte ao recurso voluntário e determinar o retorno dos autos à unidade de jurisdição da recorrente para a análise do litígio, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Ana de Barros Fernandes Wipprich - Presidente.

(assinado digitalmente)

Alexandre Fernandes Limiro - Relator.

Participaram da sessão de julgamento, os conselheiros: Maria de Lourdes Ramirez, Fernando Daniel de Moura Fonseca, Neudson Cavalcante Albuquerque, Alexandre Fernandes Limiro, Rogério Aparecido Gil e Ana de Barros Fernandes Wipprich.

## Relatório

Trata-se de Pedido de Restituição, constante de e-fls. 02 e seguintes, **protocolado em 04/05/2005**, onde o contribuinte solicita restituição de valores pagos indevidamente ou a maior, no valor total de R\$ 800.061,38 (atualizado até 01/03/2005), em função de erro aritmético quando da apuração do IRPJ 1997 – Ano Calendário 1996; IRPJ 1998 – Ano Calendário 1997; e IRPJ 1999 – Ano Calendário 1998, conforme planilha abaixo:

<b>IRPJ (Código da Receita: 2362)</b>					
	<b>Período de Apuração</b>	<b>Data de Vencimento</b>	<b>Data do Pagamento</b>	<b>Valor Total do DARF</b>	<b>Valor Original do Pagamento Indevido ou a Maior</b>
Fl. 03	08/1996	30/09/1996	30/09/1996	R\$ 85.526,38	R\$ 34.133,91
Fl. 04	09/1996	31/10/1996	31/10/1996	R\$ 124.145,18	R\$ 33.856,92
Fl. 05	10/1996	29/11/1996	29/11/1996	R\$ 145.945,99	R\$ 19.620,73
Fl. 06	11/1996	30/12/1996	30/12/1996	R\$ 169.306,35	R\$ 21.024,32
Fl. 07	03/1997	30/04/1997	30/04/1997	R\$ 163.066,83	R\$ 70.118,74
Fl. 08	05/1997	30/06/1997	30/16/1997	R\$ 263.940,32	R\$ 128.745,98
Fl. 09	01/1998	28/02/1998	30/12/1999	R\$ 16.547,52	R\$ 6.453,53

Apontou como motivo do pedido a ocorrência de “erro aritmético no montante apurado quando da conferência de documentos” e fundamentou o pedido no “Regulamento do Imposto de Renda – RIR 3.000/1999, artigos: 837, 890, §2, §3 – I e II, 891, 892 e 893.”

Compareceu novamente aos autos em 01/11/2011 alegando que, após o decurso de 06 anos, sua solicitação ainda não tinha sido examinada (e-fls. 154/167). Assim, com base no §5º do art. 74 da Lei n. 9.430/96, **requereu o deferimento (homologação tácita) da restituição**. Não obstante, em 01/12/2011, o **pedido de restituição foi indeferido em razão da prescrição do direito do contribuinte de pleitear a restituição** de tais valores, conforme preconizam os arts. 165 e 168 do CTN e item I do Ato Declaratório SRF n. 096 de 26/11/1999 (fls. 170/172). Deu-se ciência ao contribuinte em 07/12/2011, conforme página do site dos correios de e-fl. 174.

O contribuinte apresentou manifestação de inconformidade em 04/01/2012 alegando inocorrência de decadência para pleitear a repetição (e-fls. 175/179). Não obstante, a DRJ julgou improcedente a manifestação de inconformidade (e-fls. 185/189).

Salienta-se que foi apreciado o pedido de homologação tácita da restituição, aduzido pelo contribuinte em e-fls. 154/167, tendo a DRJ decidido pela sua improcedência ante ausência de previsão legal, porquanto o §5º do art. 74 da Lei n. 9.430/96 refere-se apenas à homologação da compensação. Outrossim, considerou também a diferença semântica entre os verbos “homologar” e “deferir”, sendo que o primeiro se aplica ao pedido de compensação e o segundo se aplica ao pedido de restituição, o que impede o compartilhamento de seus significados e o elástico da regra disposta no §5º do art. 74 da Lei n. 9.430/96.

Quanto à prescrição do direito de pleitear a restituição dos débitos, a DRJ reconheceu que o pedido foi realizado após o transcurso de cinco anos dos pagamentos que o contribuinte qualifica de indevidos, o que enseja o reconhecimento da prescrição, conforme interpretação atribuída ao art. 3º da LC 118/2005. Ressaltou ainda que o objetivo do contribuinte é a aplicação da tese dos cinco anos mais cinco, que prosperou durante algum tempo no Superior Tribunal de Justiça, a qual ainda pode ser acatada pelo Poder Judiciário, mas não por aquele órgão de contencioso administrativo.

O contribuinte foi intimado desta decisão em 03/10/2013, conforme AR de e-fl. 191 e apresentou Recurso Voluntário em 01/11/2013, o qual foi recepcionado com cópia simples da procuração, cuja cópia autenticada consta do processo n. 10912.000092/2005-11, conforme informação de fl. 193.

No recurso o contribuinte trouxe os seguintes argumentos (fls. 194/229):

a) Em sede de preliminar apontou cerceamento do direito de defesa, descumprimento do devido processo legal e ofensa aos princípios da legalidade e moralidade em função da “não apreciação do documento quando da decisão SEORT”.

b) Consignou que a decisão recorrida não indicou qual o prazo de que dispõe a Receita Federal para deferimento ou não dos pedidos de restituição.

c) Argumentou que “na declaração de compensação está implícito o direito superveniente anterior, o requerimento de restituição. Tanto o é que a lei diz que ele (o contribuinte) poderá solicitar a compensação, o verbo poder representa uma faculdade ao requerente que pode escolher livremente sua opção.” Colacionou ainda a íntegra do requerimento, com fim de que a autoridade julgadora de segunda instância se manifeste sobre as questões lá apontadas.

d) Indicou a não ocorrência da decadência do pedido de restituição, pois o IRPJ sujeita-se ao lançamento por homologação, aplicando-se o disposto no art. 150 do CTN. Entende que “antes da homologação do lançamento não se pode falar em crédito tributário e no pagamento que o extingue, pois não se pode extinguir o que não existia.” Por esta razão teria sido editada a LC 118/2005, que expressamente prevê que a extinção do pagamento do tributo sujeito ao lançamento por homologação ocorre na data do pagamento, a qual seria aplicada apenas aos casos ocorridos após 09/06/2005, uma vez que o STJ teria julgado inconstitucional sua aplicação retroativa (Arguição de Inconstitucionalidade no EREsp 644.736/PE). Colacionou ainda decisão proferida pela Câmara Superior de Recursos Fiscais acerca do prazo decadencial e decisão do extinto Conselho dos Contribuintes.

Por fim, requereu: i) a nulidade do despacho decisório da SEORT; ii) a pronúncia expressa quanto ao prazo legal da Receita Federal para deferir ou indeferir o pedido de restituição; iii) a reforma-anulação da decisão de primeira instância, afastando-se a preliminar de decadência e determinando-se o retorno dos autos para apreciação das questões de mérito; iv) a reforma da decisão da DRJ relativa ao deferimento (homologação tácita) do pedido de restituição, nos termos do §5º do art. 74 da Lei n. 9.430/96, em razão de aplicação do princípio da isonomia tributária.

## Voto

Conselheiro Alexandre Fernandes Limiro, Relator

Presentes os pressupostos recursais exigidos pela legislação, conheço do presente recurso.

Ausência de cerceamento do direito de defesa, descumprimento do devido processo legal e ofensa aos princípios da legalidade e moralidade.

Em suma, o contribuinte alega que protocolou requerimento em 01/11/2011, onde requer a homologação tácita do pedido de restituição, o qual não teria sido analisado na decisão da SEORT.

O Despacho Decisório (e-fls. 170/172) não se manifestou expressamente sobre o requerimento, pois concluiu pela prescrição do direito de pleitear a restituição do indébito tributário. Não obstante, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, descumprimento do devido processo legal e ofensa aos princípios da legalidade e moralidade, pois o pleito do contribuinte não restou esquecido, porquanto foi analisado expressamente pela DRJ de Curitiba/PR, que o analisou profundamente e teceu longos comentários sobre o tema:

“Entendo que, antes do exame do mérito, deve ser apreciado o pedido da contribuinte de homologação tácita da restituição, formulado na petição de fls. 154167.

A pretensão, deve ser indeferida, por absoluta ausência de previsão legal. Com efeito, conforme a própria contribuinte reconhece, o § 5º do art. 74 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, estabelece prazo apenas para homologação da compensação. Não existe, portanto, qualquer menção a suposto prazo para homologação de restituição. Aliás, tecnicamente, nem poderia haver, conforme passo a demonstrar.

pela Instrução Normativa SRF nº 460, de 18/10/2004, que estabelece regramentos distintos para os institutos da restituição e compensação, verbis:

(...)

Conforme se vê, o normativo prevê que o contribuinte requeira a restituição e declare a compensação, conforme o caso. Trata-se, por óbvio, de verbos com conteúdos semânticos distintos.

(...)"

Cumpre ressaltar que, mesmo após analisar detidamente os argumentos do contribuinte, a DRJ de Curitiba/PR também reconheceu a prescrição. Portanto, não houve cerceamento do direito de defesa, descumprimento do devido processo legal e ofensa aos princípios da legalidade e moralidade.

#### Homologação Tácita do Pedido de Restituição – Requerimento (e-fls. 154/167)

Muito embora a DRJ de Curitiba/PR tenha analisado pormenorizadamente o pedido de homologação tácita do pedido de restituição, o contribuinte trouxe os mesmos argumentos, tendo, inclusive, inserido no meio do Recurso Voluntário o referido requerimento, onde requer a homologação tácita da restituição em função do decurso do prazo de seis anos entre a data do protocolo do pedido de restituição e a data do protocolo do requerimento.

Não obstante, não merece reparos a argumentação delineada pela DRJ, pois efetivamente não há previsão legal que autorize a homologação tácita de pedido de restituição. O § 5º do art. 74 da Lei n. 9.430/96 é expresso ao prever prazo apenas para a homologação da compensação declarada pelo contribuinte.

*Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.*

*§ 5º O prazo para homologação da compensação declarada pelo sujeito passivo será de 5 (cinco) anos, contado da data da entrega da declaração de compensação.*

Outrossim, não há nada na legislação brasileira que permita o elastecimento desta norma ao pedido de restituição.

O trâmite da declaração de homologação e do pedido de restituição é bastante distinto, pois na primeira o contribuinte não requer a homologação, mas apenas a declara, cabendo ao fisco homologar expressamente ou tacitamente aquele ato do contribuinte. Todavia, a restituição é feita através de pedido, o qual requer expressa manifestação do fisco acerca de seu deferimento ou não. Assim, não há possibilidade de estender ao pedido de restituição o mesmo tratamento conferido à declaração de compensação.

O contribuinte questionou ainda, ante a inaplicabilidade do prazo de homologação tácita da compensação, qual seria o prazo da Receita Federal para deferimento ou não dos pedidos de restituição. Com efeito, não há na legislação nenhuma norma instituindo

prazo para a Receita Federal apreciar os pedidos de restituição. Portanto, inexistente prazo para que esta resista a pretensão do contribuinte. De outro lado, isso não significa que este tenha de ficar aguardando *ad eternum*, posto que lhe é facultado utilizar-se do instituto da declaração de compensação, forma mais célere de se proceder a restituição do indébito tributário.

Lembra-se, por fim, que ao órgão administrativo cabe apenas aplicação do disposto na lei, verificando a legalidade dos atos praticados. Assim, as decisões administrativas pautam-se apenas no que se encontra disposto na legislação, razão pela qual não lhe cabe elastecer o conceito de homologação tácita da compensação a fim de aplicar o prazo cabível ao pedido de restituição.

#### Prescrição à repetição de indébito

Em relação a este tema, cumpre invocar o art. 62-A do Regimento Interno deste Conselho, que determina a aplicação das decisões definitivas de mérito do STJ e STF, julgadas na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C do CPC, com o fim de aplicar ao presente caso o que foi decidido pelo STF no RE 566621 e pelo STJ no REsp 1269570:

*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 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.*

*(STF, RE 566621, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 04/08/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011 EMENT VOL-02605-02 PP-00273 RTJ VOL-00223-01 PP-00540)*

**CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, DO CPC). LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. ART. 3º, DA LC 118/2005. POSICIONAMENTO DO STF. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SUPERADO ENTENDIMENTO FIRMADO ANTERIORMENTE TAMBÉM EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.**

*1. O acórdão proveniente da Corte Especial na AI nos Eresp nº 644.736/PE, Relator o Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 27.08.2007, e o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009, firmaram o entendimento no sentido de que o art. 3º da LC 118/2005 somente pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência. Sendo assim, a jurisprudência deste STJ passou a considerar que, relativamente aos pagamentos efetuados a partir de 09.06.05, o prazo para a 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.*

*2. No entanto, o mesmo tema recebeu julgamento pelo STF no RE n. 566.621/RS, Plenário, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 04.08.2011, onde foi fixado marco para a aplicação do regime novo de prazo prescricional levando-se em consideração a data do ajuizamento da ação (e não mais a data do pagamento) em confronto com a data da vigência da lei nova (9.6.2005).*

**3. Tendo a jurisprudência deste STJ sido construída em interpretação de princípios constitucionais, urge inclinar-se esta Casa ao decidido pela Corte Suprema competente para dar a palavra final em temas de tal jaez, notadamente em havendo julgamento de mérito em repercussão geral (arts. 543-A e 543-**

**B, do CPC). Desse modo, para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §1º, do CTN.**

4. Superado o recurso representativo da controvérsia REsp. n. 1.002.932/SP, Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.

5. **Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.**

(STJ, REsp 1269570/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 04/06/2012)

Deste modo, os referidos tribunais superiores decidiram – em recursos submetidos aos regimes instituídos pelos arts. 543-B e 543-C do CPC – que a LC n. 118/05 não é interpretativa. Assim, a alteração legislativa trazida por ela implica na diminuição do prazo prescricional previsto no art. 168, I c/c art. 150, § 4º, ambos do CTN. Por esta razão, restou determinado que apenas as ações ajuizadas após 09/06/2005 (data de início da vigência da LC n. 118/05) submetem-se ao prazo de cinco anos, contados a partir da data em que ocorreu o pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º do CTN.

A tese dos cinco mais cinco, reconhecida pelo STJ e STF, implicava na contagem do prazo prescricional a partir da ocorrência do fato gerador, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN, acrescido de mais cinco anos para se pleitear a restituição, conforme disposto no art. 168, I do CTN. Apenas a título exemplificativo, confira:

*TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA  
COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DECADÊNCIA. PRAZO.  
TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.  
JUROS DE MORA. TAXA SELIC. CORREÇÃO MONETÁRIA.  
PRECEDENTES.*

**1. A jurisprudência desta Corte já assentou que a extinção do direito de pleitear a restituição de imposto sujeito a lançamento por homologação, em não havendo homologação expressa, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados daquela da data em que se deu a homologação tácita. (...) 6. Recurso Especial improvido.**

(STJ, REsp 460.644/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2004, DJ 15/03/2004, p. 232)

No caso, o pedido de compensação é relativo ao pagamento antecipado de IRPJ 1997 – Ano Calendário 1996; IRPJ 1998 – Ano Calendário 1997; e IRPJ 1999 – Ano Calendário 1998, conforme e-fls. 02 e seguintes. O fato gerador dos tributos, conforme planilha constante do relatório desta decisão, ocorreu entre 08/1996 e 01/1998. Assim, se o pedido de compensação foi **protocolado em 04/05/2005**, conclui-se que não houve prescrição.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao Recurso Voluntário determinando o retorno dos autos à unidade de jurisdição da recorrente para análise do mérito do litígio quanto **a existência do crédito apontado pelo contribuinte.**

Processo nº 10912.000092/2005-11  
Acórdão n.º **1801-002.155**

**S1-TE01**  
Fl. 238

---

(assinado digitalmente)

Alexandre Fernandes Limiro

CÓPIA