



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

Processo nº 10980.003013/2006-00
Recurso nº 167.061 Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-02.160 – 2ª Turma
Sessão de 26 de junho de 2012
Matéria IRPF
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado VALTER OTAVIANO COSTA FERREIRA

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA - IRPF

Ano-calendário: 2001

IRPF. ABONO VARIÁVEL. REQUERIMENTO DE RESTITUIÇÃO ANTERIOR VIGÊNCIA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. TESE DOS 5 + 5. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA STJ E STF.

O Superior Tribunal de Justiça STJ firmou entendimento, em acórdão submetido ao rito do art. 543B do CPC, no sentido de 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 (Resp 1.002.932 SP).

O Superior Tribunal de Justiça STJ firmou, ainda, entendimento no sentido de que o prazo para pleitear a repetição tributária, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ainda que tenha sido declarada a inconstitucionalidade da lei instituidora do tributo em controle concentrado, pelo STF, ou exista Resolução do Senado (declaração de inconstitucionalidade em controle difuso), é contado da data em que se considera extinto o crédito tributário, acrescidos de mais cinco anos, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC 118/05 (09.06.2005). Precedentes: AgRg no Ag 1406333 / PE, Relator: Ministro Humberto Martins e AgRg no REsp 1131971 / RJ, Relator: Ministro Benedito Gonçalves.

Por seu turno, o Supremo Tribunal Federal STF fixou entendimento no sentido de que deva ser aplicado o prazo de 10 (dez) anos para o exercício do direito de repetição de indébito tão-somente para os pedidos formulados antes do decurso do prazo da vacatio legis de 120 dias da LC n.º 118/2005, ou seja, antes de 9 de junho de 2005 (RE 566621).

Ou seja, o STF ratificou o entendimento do STJ, no sentido de ser indevida a retroatividade do prazo de prescrição quinquenal para o pedido de repetição do indébito relativo a tributo lançado por homologação.

Entretanto, em relação ao termo e ao critério para incidência da novel legislação, entendeu "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 9.6.2005", e não aos pagamentos realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.

No presente caso, o pagamento indevido deu-se no período compreendido entre 01/01/2000 e 31/12/2000 e o pedido de restituição deu-se em 02 de fevereiro de 2006. É incontroverso que tanto o pagamento indevido como o pedido de restituição deram-se antes do início da vigência da LC N. 118/2005.

Portanto, para os pagamentos indevidos anteriores a 13/06/1992 transcorreu entre o pagamento indevido e a formalização do pedido de repetição do indébito, o prazo de dez anos. Por outro lado, há de se reconhecer que para os pagamentos indevidos realizados a partir de 13/06/1992, o recorrente exerceu tempestivamente o seu direito de pedir a repetição do indébito.

Recurso especial provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente)

Otacílio Dantas Cartaxo – Presidente

(Assinado digitalmente)

Manoel Coelho Arruda Júnior – Relator

EDITADO EM: 04/07/2012

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Otacílio Dantas Cartaxo (Presidente), Susy Gomes Hoffmann (Vice-Presidente), Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Gonçalo Bonet Allage, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Pedro Anan Junior, Maria Helena Cotta Cardozo, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Elias Sampaio Freire.

Relatório

A FAZENDA NACIONAL, por meio de sua procuradora, com fulcro no art. 70, II, do Regimento Interno da Câmara Superior de Recursos Fiscais, interpõe recurso especial em face do Acórdão nº.2801-00279, proferido pela Primeira Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais — CARF, o qual apresenta a seguinte ementa:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA
– IRPF Exercício: 2001*

*ABONO VARIÁVEL e PROVISÓRIO. RESTITUIÇÃO,
DECADÊNCIA.*

Conta-se a partir da publicação da Resolução nº 245, de 12/12/2002, o Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial para apresentação de requerimento de restituição dos valores indevidamente retidos na fonte.

*DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS PESSOA FÍSICA —
RETIFICAÇÃO - PRAZO — DECADÊNCIA*

Extingue-se em cinco anos o direito de o contribuinte pleitear retificação de Declaração de Ajuste Anual e respectiva restituição. Na hipótese decadência não verificada.

Recurso Voluntário Provido.

O acórdão recorrido deu provimento ao recurso voluntário para reconhecer que o direito do contribuinte pleitear a restituição do imposto de renda incidente sobre verbas natalinas recebidas a título de "abono variável e provisório" ocorrida em dezembro de 2000 tem como marco inicial a data da publicação da Resolução nº 245, de 12/12/02, do Supremo Tribunal Federal.

A recorrente alega que o entendimento acima diverge daquele proferido pela Câmara Superior de Recursos Fiscais nos Acórdãos nº 04-00.810 e 9303-00.080 que fixaram, com base no art. 168 do CTN, como termo inicial do referido prazo prescricional a data do pagamento indevido, sem que houvesse qualquer ressalva. Aduz que tais paradigmas decidiram que, ainda que o motivo do indébito tenha por fundamento a inconstitucionalidade, o prazo prescricional deve ser contado a partir da data do pagamento indevido:

Acórdão 9303-00.080

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/09/1989 a 31/03/1992

FINSOCIAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

O dies a quo para contagem do prazo prescricional de repetição de indébito é o da data de extinção do crédito tributário pelo

pagamento antecipado e o termo final é o dia em que se complete o quinquênio legal, contado a partir daquela data.

Recurso Especial do Procurador Provido.

Acórdão 04-00.810

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO — ILL — O direito de pleitear a restituição de tributo indevido, pago espontaneamente, perece com o decurso do prazo de cinco anos, contados da data de extinção do crédito tributário, sendo irrelevante que o indébito tenha por fundamento inconstitucionalidade ou simples erro (art. 165, incisos I e II, e 168, inciso I, do CTN, e entendimento do Superior Tribunal de Justiça).

Recurso Especial do Procurador Provido

Sustenta, ainda, ter havido afronta aos arts. 30 e 40 da LC nº 118/05 e 165 e 168 do CTN.

Diante do exposto acima entende estar demonstrada a divergência jurisprudencial, razão pela qual o recurso deve ser admitido para pacificar a controvérsia suscitada e sanar a violação aos arts. 165 e 168 do CTN, bem como aos arts. 3º e 4º da LC no 118/05.

Por meio do Despacho n. 2101-0007/2011 [fls. 116-117], o i. Presidente da 1ª Câmara da Segunda Seção entendeu, em exame de admissibilidade, dar seguimento ao Especial interposto, conforme os argumentos abaixo expostos:

Para que se caracterize a divergência jurisprudencial, que enseja a interposição de recurso especial, faz-se necessário que exista identidade fática entre as situações apreciadas pelo acórdão recorrido e pelo paradigma citado.

Em que pese o Acórdão nº 9303-00.080 não tratar de restituição de IRRF incidente sobre verbas natalinas recebidas a título de "abono variável e provisório", o que está em discussão em ambos os casos é o marco inicial para o contribuinte pleitear a restituição de tributo pago indevidamente. E aquele paradigma proferiu entendimento no sentido de afastar quaisquer outras hipóteses que não aquela que estabelece como termo inicial do citado prazo a data do pagamento indevido, nos termos dos arts. 3º e 4º c/c com art. 150, § 4º, do CTN. Oportuno transcrever trechos do respectivo acórdão em que essa tese é defendida:

[...]

Como o acórdão recorrido reconheceu como termo de início para a contagem do prazo de pedido de restituição de tributo pago indevidamente marco distinto daquele estabelecido, art. 168 c/c art. 165, I, do CTN, resta caracterizada a divergência jurisprudencial, que enseja a admissibilidade do recurso especial.

Cumprir informar que até a presente data o paradigma não foi reformado. Assim, tendo sido satisfeitos os pressupostos de admissibilidade previstos no art. 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela

Portaria MF nº 256, de 22/06/09, com as alterações das Portarias MF nº 446, de 27/08/09, e 586, de 21/12/10, publicadas nos DOU de 31/08/09 e de 22/12/10, respectivamente, ADMITO o recurso especial.

Instado a se manifestar a propósito do Recurso Especial da Fazenda Nacional, o contribuinte apresentou suas contrarrazões, às fls. 123/127, corroborando as razões de decidir do Acórdão recorrido, em defesa de sua manutenção.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e acatada pelo ilustre Presidente da 2ª Câmara da 2ª SJ do CARF a divergência suscitada, conheço do Recurso Especial e passo à análise das razões recursais.

Conforme se depreende da análise do Recurso Especial, pretende a Procuradoria a reforma do Acórdão recorrido, alegando, em síntese, que as razões de decidir ali esposadas divergiram do entendimento levado a efeito por outras Câmaras do Conselho a respeito da mesma matéria, Acórdão nº CSRF/9303-00.080, impondo seja conhecida peça recursal da recorrente, uma vez comprovada a divergência argüida.

Em defesa de sua pretensão, sustenta que o Acórdão encimado, ora adotado como paradigma, diverge do *decisum* guerreado, na medida em que admite como termo inicial para contagem do prazo decadencial do pedido de restituição a data da extinção do crédito tributário e não com a publicação de ato normativo ou prolação de decisão judicial, na forma que restou decidido pela Câmara recorrida:

ABONO VARIÁVEL E PROVISÓRIO. RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

Conta-se a partir da publicação da Resolução nº 245, de 12/12/2002, o Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial para apresentação de requerimento de restituição dos valores indevidamente retidos na fonte.

DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS PESSOA FÍSICA — RETIFICAÇÃO - PRAZO — DECADÊNCIA

Extingue-se em cinco anos o direito de o contribuinte pleitear retificação de Declaração de Ajuste Anual e respectiva restituição. Na hipótese decadência não verificada.

Recurso Voluntário Provido.

Ressalte-se que cuida a presente hipótese de discussão acerca da decadência do direito de proceder:

- a restituição de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte — IRRF (fls.11), em relação as verbas natalinas recebidas a título de "Abono Variável e Provisório", relativas ao ano-calendário de 2000, no valor de R\$ 1.115,73, com base na Resolução n°. 245. de 2002 do Supremo Tribunal Federal, que considerou tal abono como verba indenizatória, isenta do imposto de renda na fonte. Segundo consta, o pedido de restituição foi apresentado em 02 de fevereiro de 2006.

Consoante se infere dos autos, conclui-se que a pretensão da Fazenda Nacional merece acolhimento.

Do exame dos elementos que instruem o processo, constata-se que o Acórdão recorrido, inobstante as sempre bem fundamentadas razões de direito do ilustre Conselheiro relator, apresenta-se em descompasso com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, especialmente nos autos de Recurso Repetitivo, de observância obrigatória por este Colegiado, como passaremos a demonstrar.

Antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, cumpre trazer à baila os dispositivos legais que regulamentam a matéria, que assim prescrevem:

“ 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 art. 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;”

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

I - nas hipóteses dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário;”

Na hipótese dos autos, não há dúvidas quanto à existência do indébito, tendo em vista tratar-se de pedido de restituição de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte — IRRF (fls.11), em relação as verbas natalinas recebidas a título de "Abono Variável e Provisório", relativas ao ano-calendário de 2000, no valor de R\$ 1.115,73, com base na Resolução n°. 245. de 2002 do Supremo Tribunal Federal, que considerou tal abono como verba indenizatória, isenta do imposto de renda na fonte.

Nesse sentido, a discussão centra-se tão somente no prazo prescricional para o contribuinte exercer seu direito de repetição de indébito, mais precisamente em relação ao termo *a quo* de referido prazo.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, com amparo nos artigos 3º, 97, inciso I, 106 e 168, do Códex Tributário, entende que o termo *a quo* do prazo prescricional em comento é a data do pagamento do tributo indevido.

Por sua vez, a Câmara recorrida, em sua maioria, determinou que o prazo para a contribuinte pleitear a restituição e/ou compensação dos tributos em referência (IRPF) inicia-se a partir da Resolução n. 245, de 12/12/2002:

O Conselho de Contribuintes já enfrentou, diversas vezes, matéria semelhante, tendo se manifestado, por exemplo nos

casos de pagamento de PDV, no sentido de que o prazo para requerer a restituição do IRRF, teve início com a publicação da Instrução Normativa n.º 165, em 06 de janeiro de 1999, ou seja, no momento em que o Imposto passou a ser indevido.

Dessa forma, o mesmo entendimento deve ser adotado em relação ao "Abono Variável e Provisório", cujo prazo para requerer a restituição do Imposto de Renda na Fonte há que ser contado a partir da data da Resolução n.º 245, de 12 de dezembro de 2002, extinguindo, portanto em 13 de dezembro de 2007;

Assim, tendo o interessado requerido a restituição do IRFP que incidiu sobre a verba natalina do ano-calendário de 2000, em 31/01/2006, não há porque falar-se em decadência do direito.

Esse, aliás, é o entendimento da Camara Superior de Recursos Fiscais, conforme se verifica através da ementa abaixo transcrita, verbis:

IRPF — VERBAS INDENIZA TÓRIAS — PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA — PDV — RESTITUIÇÃO — DECADÊNCIA.

O marco inicial do prazo decadencial para os pedidos de restituição de imposto de renda indevidamente retido na fonte, decorrente do recebimento de verbas indenizatórias referentes participação em PD V, se dá em 01 de janeiro de 1999, data de publicação da Instrução Normativa SRF n.º 165, a qual reconheceu que não incide imposto de renda na fonte sobre tais verbas. Recurso especial da Fazenda negado.

(Acórdão CSRF 04-00.827 — Sessão de 03/03/2008)

Entendimento divergente poderia levar a situações juridicamente inaceitáveis tais como o reconhecimento pela administração pública de que determinado tributo é indevido quando já decorrido o prazo decadencial para o contribuinte pleitear a restituição, fato que constituiria verdadeiro enriquecimento ilícito do Estado e tratamento diferenciado para situações idênticas.

Diante de todo o exposto e do que consta do's autos, oriento o meu voto no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário para que seja reconhecido o direito retificação de declaração do exercício de 2001, juntamente com a solicitação de restituição nela previsto [...]

A tese defendida era de inoccorrência de prescrição do direito das empresas pleitearem a devolução dos tributos pagos a maior, pois, segundo o STJ à época, “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 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”:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA. PRAZO DE PRESCRIÇÃO PARA A REPETIÇÃO DE INDÉBITO, NOS TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. LC 118/2005: NATUREZA MODIFICATIVA (E NÃO SIMPLEMENTE INTERPRETATIVA) DO SEU ARTIGO 3º. INCONSTITUCIONALIDADE DO SEU ART. 4º, NA PARTE QUE DETERMINA A APLICAÇÃO RETROATIVA.

1. 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.

2. Esse entendimento, embora não tenha a adesão uniforme da doutrina e nem de todos os juízes, é o que legitimamente define o conteúdo e o sentido das normas que disciplinam a matéria, já que se trata do entendimento emanado do órgão do Poder Judiciário que tem a atribuição constitucional de interpretá-las.

3. O art. 3º da LC 118/2005, a pretexto de interpretar esses mesmos enunciados, conferiu-lhes, na verdade, um sentido e um alcance diferente daquele dado pelo Judiciário. Ainda que defensável a 'interpretação' dada, não há como negar que a Lei inovou no plano normativo, pois retirou das disposições interpretadas um dos seus sentidos possíveis, justamente aquele tido como correto pelo STJ, intérprete e guardião da legislação federal.

4. Assim, tratando-se de preceito normativo modificativo, e não simplesmente interpretativo, o art. 3º da LC 118/2005 só pode ter eficácia prospectiva, incidindo apenas sobre situações que venham a ocorrer a partir da sua vigência.

5. O artigo 4º, segunda parte, da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do seu art. 3º, para alcançar inclusive fatos passados, ofende o princípio constitucional da autonomia e independência dos poderes (CF, art. 2º) e o da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

6. Arguição de inconstitucionalidade acolhida.

(AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 06/06/2007, DJ 27/08/2007, p. 170)

Apesar desse entendimento estar consolidado à época do **ajuizamento das ações**, em 04.08.2011, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento de mérito do RE 566.621/RS em repercussão geral, afastando parcialmente a jurisprudência do STJ:

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.

(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)

O STF ratificou o entendimento do STJ, no sentido de ser indevida a retroatividade do prazo de **prescrição** quinquenal para o pedido de repetição do indébito relativo a tributo lançado por homologação. Entretanto, em relação ao termo e ao critério para incidência da novel legislação, julgou **"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 9.6.2005", e não aos pagamentos realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.**

Diante desse entendimento, o STJ reviu sua jurisprudência e passou a aplicar o manifestado pelo STF:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PIS E COFINS. INCLUSÃO DO ICMS. SÚMULAS 68 E 94/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO LANÇADO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DE PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICAÇÃO RETROATIVA INDEVIDA. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. APLICAÇÃO DO NOVO PRAZO ÀS AÇÕES AJUIZADAS A PARTIR DE 9.6.2005.

1. O STJ admite Embargos de Declaração opostos com a finalidade de adaptar o julgamento à orientação adotada em recurso processado na forma dos arts. 543-B e 543-C do CPC.

2. O egrégio STF concluiu o julgamento de mérito do RE 566.621/RS em repercussão geral, em 4.8.2011, afastando parcialmente a jurisprudência do STJ fixada no REsp 1.002.932/SP (repetitivo). O Informativo 585/STF, de 3 a 7 de maio de 2010, noticiou o voto proferido pela relatora, eminente Ministra Ellen Gracie, que orientou o acórdão.

3. O STF ratificou o entendimento do STJ, no sentido de ser indevida a retroatividade do prazo de prescrição quinquenal para o pedido de repetição do indébito relativo a tributo lançado por homologação.

Entretanto, em relação ao termo e ao critério para incidência da novel legislação, julgou "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 9.6.2005", e não aos pagamentos realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.

4. A Primeira Seção deliberou, no dia 24.8.2011, pela imediata adoção da jurisprudência do STF.

5. No presente caso, é incontroverso que a demanda foi ajuizada em outubro de 2009, devendo, portanto, ser contado o prazo prescricional de cinco anos, a partir do pagamento indevido, na forma do art. 3º da LC 118/2005.

6. Os embargos da empresa não merecem acolhimento, porquanto o STJ tem julgado a demanda - inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins -, sob a ótica infraconstitucional, aplicando a jurisprudência sumulada do STJ (Súmulas 68 e 94/STJ).

7. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

8. Sob pena de invasão da competência do STF, descabe analisar questão constitucional em Recurso Especial, ainda que para viabilizar a interposição de Recurso Extraordinário.

9. Embargos de Declaração da Fazenda Nacional acolhidos com efeito modificativo para dar provimento ao Recurso Especial. Embargos de Declaração da empresa rejeitados.

(EDcl no AgRg no AgRg no Ag 1402871/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 24/10/2011)

Assim, em relação ao termo e ao critério para incidência da novel legislação, entendeu "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 9.6.2005", e não aos pagamentos realizados antes do início de vigência da LC 118/2005, como o STJ vinha decidindo.

No presente caso, o pagamento indevido deu-se no período compreendido entre **janeiro e dezembro de 2000** e o **pedido de restituição deu-se em 02 de fevereiro de 2006**, ou seja, após a vigência da LC n. 118/2005.

Por todo o exposto, estando o Acórdão guerreado em dissonância com a jurisprudência consolidada no âmbito dos Tribunais Superiores, VOTO NO SENTIDO DE DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA PROCURADORIA, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

(Assinado digitalmente)

Manoel Coelho Arruda Júnior

CÓPIA