



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.006821/2006-11
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-008.261 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de janeiro de 2021
Recorrente MARCUS AURELIO LOPES
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA (IRPF)

Exercício: 1999, 2000, 2001, 2002

MATÉRIA NÃO SUSCITADA NA IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO.

Não pode ser apreciada em sede recursal, em face de preclusão, matéria não suscitada pelo Recorrente na impugnação.

RETENÇÃO INDEVIDA DE IMPOSTO DE RENDA ANTES DO ADVENTO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118 DE 2005. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL. PRAZO DECENAL. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA STJ E STF.

Em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da LC nº 118 de 2005 (9/6/2005), 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).

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 nº 118 de 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 nº 118 de 2005, ou seja, antes de 9 de junho de 2005 (RE 566621).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Wilderson Botto (suplente convocado(a)), Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 101/109) interposto contra decisão da 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba (PR) de fls. 94/98, que julgou improcedente a manifestação de inconformidade, não reconhecendo o direito creditório pleiteado pelo contribuinte, formalizado em 30/6/2006, relativamente aos créditos tributários extintos pelo pagamento nos anos-calendário de 1998 a 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001.

Inicialmente, por sua precisão e clareza adotamos como relatório a narrativa constante do acórdão da DRJ em Curitiba/PR (fls. 95/96):

Trata o processo de manifestação de inconformidade quanto ao Despacho Decisório de fls. 32 a 42, da Delegacia da Receita Federal em Maringá/PR, que deferiu parcialmente o pedido de restituição de fl. 01, nos seguintes termos:

“...decido:

I. O indeferimento do pedido de restituição relativo aos anos-calendário 1998, 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001, devido à decadência do direito da petionária em pedir a restituição do possível indébito tributário, por ter decorrido período superior a cinco anos da data do pagamento indevido, nos termos do inciso I do art. 168 do CTN.

II. Que sobre o valor indevidamente retido, no período de junho de 2001 a dezembro de 2001, incida o acréscimo da taxa SELIC, a partir do mês seguinte à data do pagamento/retenção indevida e não a partir do mês seguinte à data prevista para entrega tempestiva das respectivas declarações de rendimentos, como calculado no anexo deste despacho, totalizando o valor de R\$ 783,91 (setecentos e oitenta e três reais e noventa e um centavos).

Os valores proporcionais calculados já incidiram SELIC a partir da data de retenção até o mês anterior restituição e de 1% relativamente ao mês que está sendo efetuada (maio de 2007).

III. O indeferimento do pedido de restituição relativo ao ano-calendário de 2002 devido a não inclusão do “abono variável provisório” neste período.”

Cientificado, em 18/07/2007 (AR de fl. 56), o contribuinte apresentou, em 08/08/2007, a manifestação de inconformidade de fls. 57 a 72, contestando o indeferimento do pedido de restituição referente aos anos-calendário de 1998 a 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001, fundamentado na decadência com início de contagem de prazo na data do pagamento indevido.

Esclarece que recebeu do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, gratificações a título de abono variável, rendimentos esses sujeitos à tributação na fonte, posteriormente considerados não tributáveis pela Resolução nº 245 do Supremo Tribunal Federal, de 12 de dezembro de 2002, entendimento que estaria corroborado

pelo Parecer PGFN nº 529, de 07 de abril de 2003. Aduz que, em 2003, a fonte pagadora retificou as Dirf dos períodos em questão.

Condena o resultado da análise do pedido pela Saort da DRF Maringá que estaria contrariando o disposto na Nota Conjunta Corat/Cosit nº 53, de 10 de março de 2006, uma vez que retificadas as declarações em 2003, não haveria que se falar em decadência pelo art. 168, 1 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Alerta para supostas contradições entre as decisões proferidas pela Receita Federal do Brasil (RFB) em Maringá e Ponta Grossa, na análise de casos similares (transcrições parciais das decisões e juntada de cópias de fls. 74 a 89).

Entende que a contagem do prazo decadencial deve se iniciar na data do reconhecimento da tributação indevida, no caso, a data de edição da Resolução STF nº 245, de 2002.

Invoca, ainda, os princípios constitucionais da legalidade, isonomia ou igualdade, irretroatividade, não-cumulatividade, vedação ao confisco, anterioridade, segurança jurídica e uniformidade, pedindo adoção da interpretação legal menos gravosa para o contribuinte.

Transcreve entendimentos judiciais sobre matérias correlatas e, ao final, requer, suspensão da exigibilidade do crédito, revisão integral do despacho decisório, fixando-se o prazo decadencial para cinco anos após a apresentação da Dirf retificadora, em consonância com a Nota Conjunta nº 53, de 2006, e a produção de provas.

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação do caso, em sessão de 14 de outubro de 2008, a 4ª Turma da DRJ em Curitiba (PR) julgou a manifestação de inconformidade improcedente (fls. 94/98), conforme ementa do acórdão nº 06-19.544 - 4ª Turma da DRJ/CTA, a seguir reproduzida (fl. 94):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA FÍSICA-IRPF

Ano-calendário: 1998, 1999, 2000, 2001

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. DECADÊNCIA.

O prazo para pleitear a restituição de tributo pago indevidamente ou em valor maior que o devido, extingue-se após o transcurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado da data da extinção do crédito tributário.

DECISÕES JUDICIAIS.

Cabe à esfera administrativa aplicar as normas legais nos estritos limites de seu conteúdo, mormente se as decisões judiciais e administrativas, suscitadas na petição, não possuírem leis que lhes atribuam eficácia, ou se o ato legal contestado não tiver sido declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. PRERROGATIVA.

À autoridade administrativa não compete manifestar-se quanto à inconstitucionalidade das leis, por ser essa prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário.

Solicitação Indeferida

Do Recurso Voluntário

Devidamente intimado da decisão da DRJ em 31/10/2008 (AR de fl. 100), o contribuinte interpôs recurso voluntário em 28/11/2008 (fls. 101/109), com os seguintes argumentos:

(...) interpor o presente RECURSO ADMINISTRATIVO ao indeferimento do pedido de restituição, relativo ao ano-calendário 2002 devido a não inclusão do “abono variável

provisório" neste período exarado no PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº. 10980.006821/2006-11, pelos seguintes fatos e fundamentos aduzidos:

I- DOS FATOS E FUNDAMENTOS:

1.

No período de janeiro de 1998 a maio de 2002, o requerente recebeu do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, gratificações denominadas de abono variável, os quais incidiram como rendimento normal para efeitos do cálculo do imposto de renda retido na fonte.

Posteriormente, estas verbas foram consideradas de caráter indenizatório, ou seja, não tributáveis, nos termos da Resolução nº 245 do Supremo Tribunal Federal, de 12/12/2002.

Decorrente disso, em 2003, o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, encaminhou DIRF retificadora referente aos exercícios em questão. Em consequência da DIRF retificadora, a Requerente encaminhou pedido de restituição referente àquele período, o qual foi deferido parcialmente, ou seja, apenas o período de junho a dezembro de 2001.

Os períodos correspondentes aos anos-calendários de 1998, 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001, foram indeferidos, motivado pela decadência do direito da requerida, o que não ocorreu, como veremos.

2.

Denota-se, que mesmo havendo o pagamento não há que se falar em decadência, visto que, estas verbas, estavam "sub judice", ou seja, seriam alcançadas por uma decisão a qual qualificaria definitivamente sua natureza jurídica.

Com o advento da Resolução nº 245, do STF, que qualificou por definitivo tais verbas e a ocorrência da DIRF retificadora, é que efetivamente foram consideradas como resolvidas por parte da fonte pagadora, observe que até aquele momento, havia uma dúvida, se eram ou não verbas indenizatórias. Logo, somente com a Resolução nº 245, do STF e a DIRF retificadora é que se inicia a contagem do prazo decadencial de cinco anos para requerer a restituição dos valores recolhidos indevidamente, bem como, o efetivo prazo para a homologação expressa e não com a disponibilização dos valores retidos na fonte pela fonte pagadora. Visto que, os valores efetivamente devidos somente foram conhecidos pela Resolução retro citada.

Antes de tais adventos não havia recolhimentos indevidos e nem valores a restituir, havia apenas valores disponibilizados ao fisco como garantia de adimplência de uma obrigação.

3.

O pagamento antecipado, nos moldes do art. 150, do CTN, extingue provisoriamente o crédito, sob condição resolutória de ulterior homologação do lançamento efetuado.

No caso em tela, houve uma retificação, tão logo decidiu o STF pela requalificação da verba recebida a título de indenização e que anteriormente foi tributado na fonte.

Com efeito, por força da interpretação forçada, diante do disposto no art. 168, do CTN, o prazo para pleitear a restituição ou compensação do indébito somente começará a fluir a partir do recebimento da DIRF retificadora, quando então se extingue o crédito, ou seja, em 31/12/2007, se levar em conta o ano-calendário e em abril se levar em conta à apresentação da DIRF retificadora.

Tal argumentação se ajusta ao DESPACHO DECISÓRIO Nº 82/07, do processo nº 10980006838/2006-78, proferido em 14/03/2007, por ELIZABETH RIBAS, AFRF Matr. 1124, da AGÊNCIA DA RECEITA FEDERAL EM GUARAPUAVA/PR (cópia anexa - doc. 02), in verbi:

"Finalmente com relação ao prazo prescricional para pleitear a restituição das diferenças relativas a juros selic, de acordo com a nota conjunta Corat/Cosit nº 53, de 10 de março de 2006, como as declarações foram retificadas em 2003, não que se falar em

decadência a que se refere o art. 168, inciso I, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966."

Neste sentido às decisões:

Colaciona jurisprudência.

II - CONCLUSÃO:

O parecer que nega a restituição dos valores recolhidos a maior, se funda em interpretação de norma, numa situação mais gravosa ao contribuinte, e a regra diz que havendo duas possíveis interpretações de uma norma, prevalece a menos gravosa ao contribuinte que é a parte hiposuficiente, visto que, tem ao final do mês valores arrancado de suas remunerações, sem a oportunidade de discutir se deve ou não tais valores, somente cabendo o pedido de restituição se o fisco assim o permitir. Ao desconsiderar o fato de uma DIRF retificadora e seus motivos o faz penalizando ainda mais o contribuinte.

III - DO PEDIDO:

Diante de todo o exposto, é a presente para requerer à Colenda Câmara que após a devida alteração de endereço da recorrente, promova a reforma do Acórdão recorrido e que determine ao setor competente deste órgão da receita federal o recálculo da restituição pendente, fixando de vez o prazo da decadência do direito, para cinco anos após o advento da DIRF retificadora.

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade razão pela qual deve ser conhecido.

O Recorrente insurge-se contra a decisão que indeferiu o pedido de restituição formalizado em 30/6/2006, referente aos anos-calendário de 1998, 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001, com os seguintes argumentos: i) não ter ocorrido a decadência, visto que as verbas - gratificações denominadas abono variável - estavam "sub judice" quanto a sua natureza jurídica e ii) por entender que o prazo da decadência do direito deve ser fixado para cinco anos após o advento da Dirf retificadora.

Além desses argumentos o contribuinte acrescentou em suas razões, no recurso apresentado, a alegação de indeferimento do pedido de restituição relativo ao ano-calendário de 2002 devido a não inclusão do "abono variável e provisório do ano-calendário de 2002 no presente processo administrativo. Nos termos do artigo 17 do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972¹, tal matéria está preclusa, motivo pelo qual não será conhecida. Todavia, oportuno deixar consignado que no Despacho Decisório (fl. 43), houve a seguinte manifestação sobre a questão:

EXERCÍCIO DE 2003 - ANO-CALENDÁRIO 2002

29. Verificamos que, para o ano-calendário de 2002, não houve inclusão indevida do "abono variável provisório", como se vê nos extratos das DIRF (Original e Retificadora

¹ Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) (Produção de efeito)

- fls. 30 e 31) processadas pelo sistema eletrônico da Receita Federal, não havendo alterações, tanto na DIRF original quanto na retificadora apresentadas, no rendimento bruto, deduções e imposto retido. Portanto, o pedido de restituição é improcedente.

O litígio instaurado diz respeito à discussão acerca do prazo prescricional do direito de proceder a restituição de Imposto sobre a Renda Retido na Fonte — IRRF (fls. 4/5), em relação às verbas recebidas a título de "Abono Variável e Provisório", relativas aos anos-calendário de 1998 a 2001, nos meses de: 1/1998, 2/1998, 12/1999, 2/2000 a 12/2000, 1/2001 a 12/2001, com base na Resolução nº 245 de 12 de dezembro de 2002 do Supremo Tribunal Federal, que considerou de natureza jurídica indenizatória os reajustes concedidos ou incorporados à remuneração dos magistrados, a contar de janeiro de 1998 até a edição da Lei nº 10.474 de 2002. Segundo consta, o pedido de restituição foi apresentado em 30 de junho de 2006.

A decisão de piso negou o pedido de restituição do contribuinte referente aos anos-calendário de 1998 a 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001 sob o argumento de o mesmo ter sido atingido pela decadência, uma vez que formalizado em 30/6/2006, na forma estabelecida nos artigos 165, inciso I e artigo 168 do CTN².

A discussão acerca do prazo para a extinção do direito do sujeito passivo pleitear a restituição de tributo indevidamente pago, sujeito ao lançamento por homologação, foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A respeito do tema, pertinente a transcrição de excerto do voto do I. Conselheiro Manoel Coelho Arruda Junior, no acórdão nº 9202-02.160 – 2ª Turma, em sessão de 26 de junho de 2012:

(...)

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 Código 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

² 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;

(...)

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

I - nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005)

(...)

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 Câmara 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 0400.827 — 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 dos 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 autoproclamado 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. 543B, § 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 DJe195 DIVULG 10102011 PUBLIC 11102011EMENT 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. 543B e 543C 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.

(...)

A tese jurídica firmada encontra-se sumulada, sendo objeto da Súmula CARF nº 91, cujo teor reproduzimos abaixo:

Súmula CARF nº 91:

Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato gerador. **(Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).**

No presente caso, o pagamento indevido deu-se no período compreendido entre **janeiro/1998 a dezembro de 2001** e o **pedido de restituição ocorreu em 30 de junho de 2006**, ou seja, após a vigência da LC nº 118/2005.

Assim sendo, não merece reparo a decisão recorrida que ratificou o parecer do Despacho Decisório (fls. 35/45) que: i) reconheceu o direito à restituição do valor retido indevidamente no período de junho de 2001 a dezembro de 2001; ii) indeferiu o pedido de restituição relativo aos anos-calendário de 1998 a 2000 e dos meses de janeiro a maio de 2001 e iii) indeferiu o pedido de restituição relativo ao ano-calendário 2002 devido a não inclusão do “abono variável provisório” neste período.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, voto em negar provimento ao recurso voluntário.

Débora Fófano dos Santos