



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.775 - ES (2012/0063045-5)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : STRAUCH E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOSÉ DIONÍZIO PERTEL BORGES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. DIGITALIZAÇÃO INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO ACOLHIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE APLICOU DIRETAMENTE O PRAZO PRESCRICIONAL DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA DENEGATÓRIA DE RESTITUIÇÃO. ART. 169 DO CTN. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA Nº 7 DO STJ. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela agravante em razão da digitalização incompleta da última página do acórdão recorrido à fl. 238 e-STJ, tendo em vista que o texto a que se refere encontra-se transcrito na ementa de fls. 240 e-STJ, não havendo qualquer prejuízo à defesa por conta de tal vício. É cediço que a declaração da nulidade processual depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese. Por outro lado, a conversão do feito em diligência militar contra o princípio da celeridade processual.
2. O presente feito trata de ação anulatória de decisão administrativa que negou restituição de indébito cumulada com repetição de indébito. A decisão administrativa que se pretende anular foi exarada em 20 de maio de 2002 e a ação anulatória foi ajuizada em 9 de fevereiro de 2004, portanto, dentro do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 169 do CTN.
3. Deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN) em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição (art. 169 do CTN). Precedentes.
4. Afastada a prescrição da ação anulatória da decisão administrativa denegatória, devem os autos retornar à origem para prosseguimento do feito quanto às demais questões de mérito.
5. A aplicação do direito à hipótese não demandou reexame do contexto fático-probatórios dos autos, mas apenas outra valoração jurídica dos fatos expressamente consignados no bojo do acórdão recorrido, não havendo que se falar em incidência da Súmula nº 7 do STJ.
6. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.

Brasília (DF), 03 de setembro de 2015.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.775 - ES (2012/0063045-5)

RELATOR : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : STRAUCH E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOSÉ DIONÍZIO PERTEL BORGES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Cuida-se de agravo regimental manejado pela FAZENDA NACIONAL contra decisão de minha lavra que deu provimento ao recurso especial resumida da seguinte forma:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 169 DO CTN. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DE DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE APLICOU ERRONEAMENTE A PRESCRIÇÃO NA HIPÓTESE. TESE DO CINCO MAIS CINCO. APLICABILIDADE. SISTEMÁTICA ANTERIOR À LC Nº 118/05. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA ANÁLISE DO MÉRITO DA RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO PLEITEADA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ART. 557, § 1º-A, DO CPC.

A agravante insurge-se contra a decisão agravada alegando, em síntese: (a) que a última página do acórdão recorrido foi digitalizada de forma incorreta, de forma a prejudicar a compreensão da controvérsia; (b) que a decisão incorreu em *erro in procedendo*, eis que não se manifestou sobre as preliminares suscitadas em sede de contrarrazões ao recurso especial relativamente à falta de prequestionamento e à incidência da Súmula nº 7 do STJ; e (c) que a premissa levantada pelo acórdão recorrido foi a de que a hipótese dos autos se refere à repetição de indébito, e não à ação anulatória de ato administrativo, razão pela qual o prazo prescricional aplicável seria o do art. 168 do CTN, e não o prazo do art. 169 do CTN, não sendo possível alterar tal premissa fática, haja vista o óbice da Súmula nº 7 do STJ.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do feito a julgamento pela Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.775 - ES (2012/0063045-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PRELIMINAR DE NULIDADE. DIGITALIZAÇÃO INCOMPLETA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. NÃO ACOLHIMENTO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE APLICOU DIRETAMENTE O PRAZO PRESCRICIONAL DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA DENEGATÓRIA DE RESTITUIÇÃO. ART. 169 DO CTN. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA À SÚMULA Nº 7 DO STJ. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. Não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela agravante em razão da digitalização incompleta da última página do acórdão recorrido à fl. 238 e-STJ, tendo em vista que o texto a que se refere encontra-se transcrito na ementa de fls. 240 e-STJ, não havendo qualquer prejuízo à defesa por conta de tal vício. É cediço que a declaração da nulidade processual depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese. Por outro lado, a conversão do feito em diligência militar contra o princípio da celeridade processual.
2. O presente feito trata de ação anulatória de decisão administrativa que negou restituição de indébito cumulada com repetição de indébito. A decisão administrativa que se pretende anular foi exarada em 20 de maio de 2002 e a ação anulatória foi ajuizada em 9 de fevereiro de 2004, portanto, dentro do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 169 do CTN.
3. Deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN) em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição (art. 169 do CTN). Precedentes.
4. Afastada a prescrição da ação anulatória da decisão administrativa denegatória, devem os autos retornar à origem para prosseguimento do feito quanto às demais questões de mérito.
5. A aplicação do direito à hipótese não demandou reexame do contexto fático-probatórios dos autos, mas apenas outra valoração jurídica dos fatos expressamente consignados no bojo do acórdão recorrido, não havendo que se falar em incidência da Súmula nº 7 do STJ.
6. Agravo regimental não provido.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): A irresignação não merece acolhida.

Inicialmente, registro que não merece acolhida a preliminar de nulidade suscitada pela agravante em razão da digitalização incompleta da última página do acórdão recorrido à fl. 238



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

e-STJ, tendo em vista que o texto a que se refere encontra-se transcrito na ementa de fls. 240 e-STJ, não havendo qualquer prejuízo à defesa por conta de tal vício. É cediço que a declaração da nulidade processual depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*), o que não ocorreu na hipótese. Por outro lado, a conversão do feito em diligência militar contra o princípio da celeridade processual.

Quanto ao mais, melhor sorte não assiste à recorrente.

É que o presente feito trata de ação anulatória de decisão administrativa que negou restituição de indébito cumulada com repetição de indébito.

Dispõe o art. 169 do CTN o seguinte, *in verbis*:

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 da Fazenda Pública interessada.

A decisão administrativa que se pretende anular foi exarada em 20 de maio de 2002 e a ação anulatória foi ajuizada em 9 de fevereiro de 2004, portanto, dentro do prazo prescricional de dois anos previsto no art. 169 do CTN.

A pretensão da recorrente de anulação do *decisum* administrativo fundamenta-se no fato de que o Fisco aplicou erroneamente o instituto da prescrição no processo administrativo, por entender que o crédito relativo aos indébitos pagos em abril de 1993 a janeiro de 1994 estavam prescrito, tendo em vista que o pedido administrativo foi protocolizado em 27 de abril de 1999, após o prazo quinquenal previsto no art. 168 do CTN.

Conforme consignado pelo acórdão recorrido, na sistemática anterior à LC nº 118/05, o termo inicial do prazo prescricional fixava-se após expirado o prazo de cinco anos contados do fato gerador, de modo que o termo final era obtido mediante o acréscimo de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

Tal entendimento foi consolidado no âmbito desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, no regime do art. 543-B do Código de Processo Civil - CPC, (RE 566621, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Repercussão Geral - mérito, DJe-195) no sentido de que no caso de o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita, na sistemática anterior à LC nº 118/05. Precedente desta Corte: REsp 1110578/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 21.5.2010, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n. 8/08.

O acórdão recorrido, contudo, tratou o caso como se apenas repetição de indébito fosse e aplicou a prescrição no ponto, a despeito de citar expressamente, no acórdão que julgou os embargos de declaração, o contexto fático do caso, que trata, também, de ação anulatória da decisão administrativa que denegou a restituição.

Confira-se o seguinte trecho do voto-condutor do acórdão recorrido (fls. 253 e-STJ):

Sustenta a embargante que, nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, o prazo de cinco anos previsto no art. 168 do CTN teria início da data da homologação expressa ou tácita do lançamento. **Assim, como o primeiro recolhimento ocorreu em 30/04/1993 e a homologação tácita em 30/04/1998, o prazo final da pedido de restituição seria 30/04/2003. Entretanto, como o pedido de restituição formulado na esfera administrativa foi denegado (20/05/02) e o prazo para o exercício da ação anulatória prescreve em dois anos a contar desse fato (art. 169), tem-se que o prazo fatal para o exercício do direito de repetição do indébito seria 20/05/04, e não 30/04/03. (grifei)**

Dessa forma, deve ser reformado acórdão recorrido que aplicou diretamente o prazo prescricional para repetição do indébito (art. 168 do CTN) em ação que pleiteia, também, a anulação da decisão administrativa denegatória da restituição (art. 169 do CTN).

Nesse sentido, confira-se os seguintes precedentes:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Não tendo a esfera administrativa adentrado ao exame da existência de indébito em razão do lustro prescricional, a ação anulatória prevista no art. 169, do CTN, ou o mandado de segurança que lhe faz as vezes, é aquela que ataca a preliminar de prescrição e pede novo pronunciamento administrativo sobre a repetição de indébito e não aquela que avança diretamente sobre o indébito, como no presente caso. O avanço direto sobre o indébito chama a aplicação do art. 168, do CTN.

2. Não havendo omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser rejeitados os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente.

3. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp 1.219.078/SC, Rel.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 07/10/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DECISÃO ADMINISTRATIVA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. ART. 169, CAPUT, DO CTN. PRAZO DE DOIS ANOS A CONTAR DA CIÊNCIA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA DEFINITIVA DENEGATÓRIA. OMISSÃO CONFIGURADA. PRESCRIÇÃO AFASTADA.

1. Tratando-se de ação anulatória da decisão administrativa que denegou a restituição do indébito tributário, o prazo prescricional é aquele disposto no art. 169, caput, do CTN, ou seja, 02 (dois) anos a contar da ciência do contribuinte sobre a decisão administrativa definitiva denegatória. Precedente: AgRg nos EDcl no REsp 944.822/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17.8.2009.

2. In casu, depreende-se dos autos que o contribuinte fora intimado da decisão administrativa definitiva denegatória em 23.9.2004, sendo a demanda ajuizada em 3.3.2006. Não há, portanto, prescrição a ser declarada.

3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes, para afastar a prescrição. (EDcl nos EDcl no REsp 1.035.830/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/10/2010) (grifei)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA. DISPOSITIVO LEGAL APONTADO COMO VIOLADO QUE NÃO CONTÉM COMANDO CAPAZ DE INFIRMAR O JUÍZO FORMULADO PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 284/STF. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. MAGISTRADO ESTADUAL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTOS SUJEITOS A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO RETROATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. JUROS DE MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS.

(...)

3. O prazo de dois anos previsto no artigo 169 do CTN é aplicável às ações anulatórias de ato administrativo que denega a restituição, que não se confundem com as demandas em que se postula restituição do indébito, cuja prescrição é regida pelo art. 168 do CTN.

4. Sobre a prescrição da ação de repetição de indébito tributário de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a jurisprudência do STJ (1ª Seção) assentou o entendimento de que, no regime anterior ao do art. 3º da LC 118/05, 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. Assim, não havendo homologação expressa, o prazo para a repetição do indébito acaba sendo de dez anos a contar do fato gerador.

5. A norma do art. 3º da LC 118/05, que estabelece como termo inicial do prazo prescricional, nesses casos, a data do pagamento indevido, não tem eficácia retroativa. É que a Corte Especial, ao apreciar Incidente de Inconstitucionalidade no Eresp 644.736/PE, sessão de 06/06/2007, declarou inconstitucional a 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 art. 4º, segunda parte, da referida Lei Complementar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (REsp 799564/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 05/11/2007) (grifei)

Afastada a prescrição da ação anulatória da decisão administrativa denegatória, devem os autos retornar à origem para prosseguimento do feito quanto às demais questões de mérito.

Por fim, registro que a aplicação do direito à hipótese não demandou reexame do contexto fático-probatórios dos autos, mas apenas outra valoração jurídica dos fatos expressamente consignados no bojo do acórdão recorrido, não havendo que se falar em incidência da Súmula nº 7 do STJ.

Pelas razões expostas, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0063045-5

**AgRg no
REsp 1.316.775 / ES**

Números Origem: 14317020044025001 200450010014318

PAUTA: 03/09/2015

JULGADO: 03/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : STRAUCH E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOSÉ DIONÍZIO PERTEL BORGES E OUTRO(S)
RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - IRPJ / Imposto de Renda de Pessoa Jurídica

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
AGRAVADO : STRAUCH E COMPANHIA LTDA
ADVOGADO : JOSÉ DIONÍZIO PERTEL BORGES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Presidente), os Srs. Ministros Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Og Fernandes.